

REVISTA EDITADA POR ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



REVISTA DE DERECHO

FORO JURÍDICO

Domingo García Belaunde • Germán J. Bidart Campos • César Delgado-Güembes
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera • Juan Espinoza Espinoza • Fernando de Trazegnies Granda
José Fernández Rodríguez • Calogero Pizzolo • Antonio Peña Jumba • Benjamín Aguilar
Eduardo Hernando Nieto • Christian Guzmán Napurí • Félix F. Morales Luna
Carlos Andaluz Westreicher • Abraham Siles Vallejos • Carmen Robles Moreno
Vilma Balmaceda Vargas • Pierino Stucchi López Raygada • Christian Donayre Montesinos
• Mary Ann Gamarra Bellido •

AÑO I N° 1

Foro Jurídico
Revista de Derecho

Año I, N° 1

Foro Jurídico

Revista de Derecho

(Publicación editada por Foro Académico)

Año I, N° 1

Consejo Directivo

Jorge Orlando Ágreda Aliaga
Presidente

M. Abraham García Chávarri
Director de Publicaciones

Antonio Santander Rengifo
Director de Relaciones Públicas

Nicolás Efraín Carbajal Torres
Director de Economía

Joel C. Díaz Cáceda
Director de Investigaciones

Miguel Ángel Carrillo Bautista
Director de Actividades

Asociados

Renzo Elio Andrade Chirinos
Eric Castro Posadas
Hernán Jordán Manrique
Raúl Fernando Meneses Bendezú
Christian Ojeda Zaga
Marco Antonio Palomino Aranibar

Asociados

Hugo Manuel Alonzo Navarro
Ricardo J. Castellanos Habich
Jorge Luis Gutierrez Torres
Lilia Ramírez Varela
Manuel A. Romero Ramírez
Cruz Lisset Silva del Carpio



Asociación de Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

ÍNDICE

Editorial

Presentación

Homenaje

- Domingo García Belaunde. **Homenaje a Carlos Fernández Sessarego.**

Cátedra

- César Delgado-Güembes. **Colapso político y transición democrática.**
- Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. **Algunas consideraciones sobre el Amparo contra leyes a propósito de su tratamiento en la propuesta de reforma constitucional hoy en trámite.**
- José Julio Fernández Rodríguez. **En torno al concepto de inconstitucionalidad por omisión.**
- Abraham Siles Vallejos. **Juicio emblemático a Montesinos y la corrupción en el Perú: publicidad, visibilidad, control democrático.**
- Christian Donayre Montesinos. **Un breve análisis de las condiciones del juez militar actual frente a los presupuestos de independencia judicial y algunos alcances sobre la cuestionada "autonomía" de la justicia castrense: una mirada a las propuestas de reforma constitucional sobre el particular.**
- Christian Guzmán Napurí. **Las teorías existentes sobre el servicio público.**
- Carmen del Pilar Robles Moreno y Mary Ann Gamarra Bellido. **La sujeción pasiva en la relación jurídica tributaria y la capacidad de pago.**
- Calogero Pizzolo. **El desarrollo de algunas garantías que hacen al "debido proceso" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).**
- Pierino Stucchi López Raygada. **Comunidad Andina hacia un mercado común. Institucionalidad y ordenamiento jurídico.**
- Juan Espinoza Espinoza. **Una vedette, un reportero y un viejo cuento... (A propósito de los modelos jurídicos circulantes en materia de pruebas biológicas a efectos de declarar la filiación extramatrimonial en la experiencia jurídica nacional).**
- Benjamín Aguilar Llanos. **Patrimonio familiar.**
- Carlos Andaluz Westreicher. **Derecho Ambiental: el principio precautorio.**
- Félix F. Morales Luna. **Principios jurídicos y sistemas normativos.**
- Antonio Peña Jumpa. **Un análisis socio-antropológico del Derecho para el Perú.**

Perspectivas

- **Vilma C. Balmaceda Vargas. Perú: Post 11 de setiembre. ¿De qué modo nos afecta la nueva agenda antiterrorista norteamericana?**

Folios

- **Germán J. Bidart Campos. Palabras en la clausura del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 15 de febrero de 2002).**

Patio de letras

- **Fernando de Trazegnies Granda. Umberto Eco y la controversia franciscana sobre la propiedad.**
- **Eduardo Hernando Nieto. ¿Teología Política o Filosofía Política?: La amistosa conversación entre Carl Schmitt y Leo Strauss.**

EDITORIAL

Nosotros, FORO ACADÉMICO, asociación civil integrada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asumimos el compromiso de generar un nuevo espacio para la mayor difusión y discusión crítica del Derecho, en todas sus ramas y relaciones con las otras disciplinas del conocimiento. Ésa es nuestra finalidad y hacia ello encausaremos nuestros esfuerzos siempre.

Casi dos años después de iniciar esta empresa común -y de trabajar por ella-, este primer número de FORO JURÍDICO viene a concretar el anhelado sueño conjunto, a la vez que se torna en el nítido reflejo de nuestros objetivos como institución estudiantil y académica.

El Derecho, necesariamente complejo; estudiado en todas sus variantes, aspectos y facetas; examinado en sus causas últimas o primeras; analizado desde las más diversas y sugestivas perspectivas; padecido como una cívica obsesión que busca mejorar las condiciones en las que nos desenvolvemos como individuos y colectividades; el Derecho, convocado y reunido por la generosidad de nuestros valiosos colaboradores, es lo que presentamos en esta primera edición de nuestra revista.

Nuestros objetivos no hubieran sido cumplidos siquiera mínimamente sin el importante concurso de las personas e instituciones que mencionaremos a continuación. Así, vaya nuestra primera muestra de gratitud a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a sus autoridades, por hacer de ella el idóneo espacio vital para el debate académico y el compromiso intelectual.

De igual modo, deseamos publicar nuestro profundo agradecimiento al doctor Armando Zolezzi Möller, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por acoger con agrado nuestra iniciativa académica y acceder siempre, con la generosidad que le es característica, a nuestras peticiones.

Así mismo, dejamos expresa nuestra mayor gratitud al doctor Rogelio Llerena Quevedo, Director de la Dirección Académica de Proyección Social y Extensión Universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por interesarse en nuestro entonces proyecto y brindarnos su inapreciable apoyo para volver realidad la presente edición de nuestra revista. Agradecemos también al señor Luis Becerra Chávez por su mejor disposición y paciencia para con nosotros.

Igualmente, hacemos pública nuestro singular reconocimiento al doctor Marcial Ojeda Sánchez, Notario de Junín, por su desinteresado y constante auxilio en todas las acciones que tuvieron como desenlace nuestra constitución como asociación civil.

Damos gracias al doctor Luis Jaime Cisneros por escuchar con paciencia y gentil interés nuestras dudas sobre los posibles nombres de nuestra revista, para brindarnos después sus amables consejos y sugerencias.

En igual sentido, queremos expresar nuestra particular gratitud al doctor Domingo García Belaunde por su generosa disposición para colaborar con nosotros en más de una oportunidad, así como por su gentil intermediación para poder publicar un texto del doctor Germán Bidart Campos. También nuestra especial deferencia al doctor Javier Neves Mujica por confiar en nuestro proyecto y brindarnos siempre su importante concurso. De la misma manera, expresamos nuestra mayor consideración al doctor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera por colaborar con nosotros desde los orígenes de nuestra iniciativa académica, así como también por sus valiosos comentarios y sugerencias.

Adicionalmente, deseamos dejar escrito nuestro agradecimiento al doctor César Delgado-Guembes por confiar en nuestro propósito desde un inicio al brindarnos la primera colaboración para esta

publicación. Reconoceremos siempre ese detalle y por él reciba nuestra gratitud.

Del mismo modo, damos gracias a los doctores Juan Espinoza Espinoza, Benjamín Aguilar Llanos, Antonio Peña Jumpa, Fernando de Trazegnies Granda, Félix Morales Luna, Carmen Robles Moreno, Christian Guzmán Napurí, Carlos Andaluz Westreicher y Eduardo Hernando Nieto por no dudar en apoyar esta empresa y por su paciente espera en la publicación de sus valiosas contribuciones. Así también, agradecemos a los doctores Calogero Pizzolo y José Julio Fernández Rodríguez por confiar en este inicial quehacer. Así mismo, vaya nuestra gratitud a los doctores Abraham Siles Vallejos y Vilma Balmaceda Vargas por sus generosas colaboraciones. Finalmente no queremos dejar de agradecer a los doctores Carlos Cornejo, Raúl Saco Barrios y Renato Mejía Madrid por brindar su generosa contribución hacia nuestro proyecto.

LOS EDITORES

PRESENTACIÓN

Nuestro primer constitucionalista, Domingo García Belaunde, inicia esta edición con un homenaje a quien es otra figura eminente del Derecho peruano, el profesor Carlos Fernández Sessarego. Abogado de éxito, político de hondas convicciones democráticas, incansable maestro universitario, además de creativo e innovador jurista; son algunas de las facetas que García Belaunde resalta en la obra de Fernández Sessarego.

¿Qué debe cambiar para que se dé en efecto un cambio hacia la democracia, y no solamente para que acabe un régimen autoritario, al que podrán suceder muchos más antes de que nuestra sociedad y nuestra cultura política sean más democráticas? El exhaustivo trabajo de César Delgado-Guembes, experto en derecho parlamentario, detalla el perfil de la crisis política del Perú durante el año 2000 y responde con precisión a esta importante pregunta.

A continuación, otro importante constitucionalista, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, desarrolla el tema del Amparo contra leyes. Si bien, desde una concepción que se puede denominar clásica, el proceso de Amparo se ha venido entendiendo como el *mecanismo destinado específicamente a la protección de los diferentes Derechos Fundamentales frente a actos efectuados en principio por los poderes públicos, y eventualmente por los particulares*; el valioso trabajo del profesor Espinosa-Saldaña, a propósito de la reforma constitucional hoy en trámite, analiza las diferentes teorías existentes en el Derecho Comparado sobre la posibilidad de plantear este proceso constitucional de modo directo contra una norma legal por considerarla violatoria de los Derechos Fundamentales.

Igualmente estimable, la investigación de José Julio Fernández Rodríguez (profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, España) desarrolla el concepto de inconstitucionalidad por omisión. Iniciando su estudio con la precisión terminológica de esta institución, y presentando después las diversas propuestas de la doctrina, el autor detallará el instituto de la inconstitucionalidad por omisión de forma positiva, es decir, indicando el contenido y la extensión que ella encierra.

Por su parte, el proceso contra Vladimiro Montesinos y la revisión del principio de publicidad procesal desde los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia constituyen la preocupación que motiva el trabajo del profesor Abraham Siles Vallejos.

Concluimos los artículos que integran la sección de Derecho Constitucional con el trabajo del joven estudiante Christian Donayre Montesinos. Así, desde la exposición y el análisis de las diferentes propuestas de reforma constitucional sobre la impartición de justicia en el ámbito castrense, este interesante trabajo tiene por finalidad enmarcar la justicia militar dentro de los parámetros propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En el terreno del Derecho Administrativo, y desde la sugerente perspectiva del análisis económico del Derecho, el trabajo del especialista Christian Guzmán Napurí desarrolla las teorías existentes sobre el servicio público. El autor presenta los alcances y las limitaciones de las teorías subjetiva y objetiva del servicio público, y rescata, en su interés por la defensa de los Derechos Fundamentales, la teoría funcional del servicio público como la más adecuada en términos jurídicos y económicos.

Dentro del campo del Derecho Tributario, el análisis del sujeto pasivo en la relación jurídico-tributaria (visto principalmente desde su papel como contribuyente o responsable), así como una aproximación crítica a las capacidades jurídico-tributaria y contributiva de aquél, son los temas a tratar en la investigación conjunta de la doctora Carmen Robles Moreno y de Mary Ann Gamarra.

Son dos los trabajos que integran nuestra sección de Derecho Internacional: el primero pertenece al



doctor Calogero Pizzolo (profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, Argentina); mientras que el segundo, al joven abogado Pierino Stucchi López Raygada.

Teniendo como base los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la valiosa investigación del profesor Pizzolo desarrolla con minuciosidad el contenido de las llamadas garantías procesales o rituales, es decir, de aquéllas que *operan una vez instaurado el proceso judicial y forman una especie de “escudo” para las partes contra las posibles arbitrariedades que se cometan en aquél, dando lugar a lo que la doctrina denomina “debido proceso”*.

Por otro lado, los retos que presenta la integración como alternativa al desarrollo de nuestros países, así como el estudio detallado de la Comunidad Andina -analizada tanto en los órganos e instituciones que la componen cuanto en el ordenamiento jurídico y el sistema de solución de controversias que le es propio- constituyen las principales inquietudes que se pueden apreciar en el artículo de Pierino Stucchi.

Los importantes aportes de los profesores Juan Espinoza Espinoza y Benjamín Aguilar Llanos constituyen el área de Derecho Civil de nuestra revista. Así, *¿hasta qué punto la negativa del presunto padre a someterse a la prueba hemato-biológica puede ser entendida por el juez como una aceptación tácita de su paternidad?* El muy interesante trabajo de Juan Espinoza, experto en Derecho de las Personas, responde a esta interrogante desde el prolijo análisis de un famoso caso jurisprudencial, donde -nos indica el autor- se aprecia la inevitable tensión propia del quehacer jurisdiccional, que oscila entre la cómoda literalidad de la norma y las exigencias de una sociedad en constante transformación.

En segundo lugar, y recogida por primera vez en nuestro Código Civil de 1936 con el nombre de “hogar de familia”, la labor del profesor de Derecho de Familia Benjamín Aguilar es exhaustiva en el tratamiento del concepto, fundamentos y antecedentes, ventajas e inconvenientes y régimen legal de la importante institución del patrimonio familiar.

Ante el riesgo de daño al medio ambiente, comprobado científicamente, el Estado debe adoptar las acciones necesarias para enfrentarlo. Esto es lo que se conoce, dentro del Derecho del Medio Ambiente, como el principio de prevención, y que es además motivo de un interesante estudio por parte de una autoridad en la materia como es Carlos Andaluz Westreicher. En el presente trabajo, el autor nos detalla los antecedentes normativos del principio precautorio, su carácter -discutido por cierta parte de la doctrina- de principio del Derecho y los elementos y requisitos para su aplicación; todo ello sin perder de vista su configuración en el caso peruano.

En el área de la Teoría General del Derecho, “Principios jurídicos y sistemas normativos” es el título del artículo del profesor Félix Morales Luna. La definición y tipología de los principios jurídicos, sus funciones en los diferentes sistemas normativos y la necesidad de su planteamiento en el ordenamiento normativo peruano -donde se hace ineludible la *actividad creativa del Derecho en la figura del juez en ejercicio de su labor de interpretación jurídica*- son los puntos que desarrolla el autor en esta valiosa colaboración.

La perspectiva general y amplia de la Sociología y la tendencia más bien específica y particular de la Antropología, sumadas a una revisión de la escuela histórica del Derecho y a la identificación del teorema fundamental del pluralismo jurídico, constituyen los instrumentos metodológicos de los que se vale el muy entendido profesor Antonio Peña Jumpa para presentarnos su inquietud sobre la urgencia de asumir un análisis socio-antropológico del Derecho para una realidad sociocultural plural como la peruana.

Una actitud vigilante y constructiva de los distintos sectores de la sociedad civil frente a los posibles riesgos de la nueva agenda antiterrorista norteamericana es lo que apunta Vilma Balmaceda Vargas, profesora de Derechos Humanos, en nuestra sección *Perspectivas*..

Incluimos en el apartado *Folios* las palabras del doctor Germán J. Bidart Campos -primera figura del Derecho Constitucional Argentino y constitucionalista de renombre internacional- con ocasión de la



clausura del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, ocurrido en México el 15 de febrero de este año.

Patio de letras contiene los trabajos de los doctores Fernando de Trazegnies Granda y Eduardo Hernando Nieto. Así, ¿los franciscanos deben aceptar la propiedad de sus iglesias y conventos, pues tienen su uso estable y garantizado; o mas bien, ellos (igual que los apóstoles) sólo se limitan a usar sin tener poder de hacerlo, sin título para el goce? A propósito de “El nombre de la rosa”, la célebre novela de Umberto Eco, el bello escrito del doctor Fernando de Trazegnies nos introduce en la Europa del siglo XIII, dentro de la controversia franciscana en torno de la institución de la propiedad.

Por su parte, Carl Schmitt y Leo Strauss, filósofos políticos de innegable trascendencia, y autores en apariencia divergentes, comparten –lo demostrará el autor-, además de una visión metapolítica común, equivalentes oposiciones y reparos contra la política y el liberalismo modernos. ¿La Teología Política de Schmitt o la Filosofía Política de Strauss?, enterémonos de la amistosa relación entre ambos en el interesante ensayo del doctor Eduardo Hernando Nieto.

Sea esta arbitraria presentación sólo el pretexto para invitarles, amables lectores, al disfrute de cada una de las páginas que componen esta primera entrega de Foro Jurídico, mérito exclusivo de la generosa colaboración de todos sus destacados autores.

LOS EDITORES



Homenaje a Carlos Fernández Sessarego¹

Domingo García Belaunde

Señor Decano del Colegio de Abogados de Lima,
Autoridades, homenajeados y familiares,
Colegas y amigos todos:

Inmensa satisfacción me produce intervenir el día de hoy en un acto tan significativo. Nos reunimos en un triple homenaje a colegas muy queridos, en una fecha en la cual recordamos a Francisco García Calderón, prototipo y paradigma del foro peruano.

Y más aun, cuando se me pide que haga un homenaje a Carlos Fernández Sessarego, compromiso que he asumido con íntima complacencia. Ya que se trata de un homenaje que se hace a nuestro dilecto amigo y colega, cuando se encuentra en la plenitud de sus facultades y en medio de una actividad que podría calificar como dinámica, y en cierto sentido, abrumadora.

Por eso es que no puedo, en tan corto espacio, hacer un análisis completo sobre la personalidad de nuestro homenajeadado, sino tan sólo poner las bases para tal análisis, una especie de esbozo o bosquejo. Y nada mejor que señalar las diversas facetas de Carlos Fernández Sessarego.

La primera es la de abogado. Y abogado de éxito, que no es fácil, ni antes ni ahora. Esto puede llamar la atención a quienes me escuchan, porque los colegas que actualmente ejercen, no saben de estudio o despacho alguno que lleve su nombre o que lo cuente entre sus colaboradores más cercanos. Pero eso lo fue desde siempre, y diría yo que hasta 1977, en forma diaria y batalladora, como lo demuestran los numerosos casos en los cuales participó, tanto en la defensa y apoyo del sector público, como en las del sector privado. Trabajó en varios estudios profesionales, empezando con el de su recordado maestro José León Barandiarán, y para terminar fundando el suyo propio, primero con colegas cercanos y luego con abogados más jóvenes. Y fue también el primero de los abogados que se trasladó a San Isidro, cuando los más vivían entonces seducidos o anclados en el centro histórico de nuestra vieja ciudad capital.

Hay que recordar que los grandes juristas, sobre todo los pertenecientes a los países latinos, han ejercido siempre la profesión de abogado, como

se ve en los juristas latinoamericanos, españoles, franceses y por cierto italianos. Y esto por cuanto la verdadera práctica, el razonamiento jurídico se da, en puridad de rigor, en la experiencia forense. Abogado, pues, a tiempo completo, y de éxito. Supo así dar prueba de su sentido práctico y también de una fina sensibilidad teórica.

La segunda faceta en la que queremos llamar la atención es la del político. Y político de hondas convicciones democráticas, que lo llevaron a la cárcel por algunos días, en las épocas negras de la dictadura odriísta, cuando se hallaba en su tramo final. Esta misma convicción democrática lo ha llevado no sólo a mantenerse independiente de muchas fuerzas políticas, sino al margen de las acechanzas de los gobiernos de turno. Por eso no dudó en renunciar a la Comisión Consultiva de la Cancillería con motivo del golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Y al igual que muchos, mantuvo su temple democrático cuando no eran pocos, incluso abogados de nota, que celebraban el golpe y luego colaboraron activamente con la dictadura, si bien ahora se encuentran agazapados por temor a lo que vendrá. No fue, pues, Fernández Sessarego un acomodaticio, como hay tantos en este país de inconstantes, denunciados en su tiempo por la prosa lacerada de González Prada, que habría que releer para entender lo que hoy pasa en nuestro medio.

Desde muy joven estuvo Fernández Sessarego vinculado a la política, y en especial al Partido Demócrata Cristiano, en donde permaneció hasta el momento en que el ambiente se le hizo irrespirable. Y dentro de este periplo suyo, hay que destacar su muy notoria presencia, en 1965, como Ministro de Justicia, momento en el cual no sólo renovó las políticas carcelarias y de relación con la Iglesia peruana, sino emprendió la modernización de nuestro vetusto aparato legislativo. Y de manera especial, puso en marcha la reforma del venerable Código Civil de 1936, creando una comisión que luego de un largo periodo –casi veinte años– nos dio el actual Código Civil de 1984.

¹ Discurso leído en el homenaje brindado por el Colegio de Abogados de Lima, el 2 de abril de 2002, con motivo de la entrega de la condecoración de la Orden “Francisco García Calderón”.

La tercera fase que debe resaltarse en la personalidad de nuestro homenajeado es la de maestro, en el mejor sentido del vocablo. Este magisterio, iniciado en colegios, pero prolongado largamente en diversos centros universitarios (Universidad de San Marcos, Universidad Católica, Universidad de Lima, Universidad San Martín de Porres), es lo que nunca ha abandonado, ni aun en las peores y más complicadas situaciones de su vida. Para permanecer en la docencia tantos años, se necesitan varias condiciones. En primer lugar, tener un verdadero amor por la enseñanza, pues ella en sí misma trae muy pocas compensaciones. Luego, tener un sincero afecto por los estudiantes, a los cuales se quiere ayudar a superarse. Y por último, tener un amor al estudio serio y desinteresado, pues sin este requisito, no funcionan los dos anteriores.

La enseñanza es así hermosa y terrible. Por eso, Manuel García Morente, eximio filósofo que fue Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid, decía, en anécdota que recuerda su discípulo Julián Marías, que de la enseñanza no se vive, pero sin la enseñanza, no se puede vivir.

En la docencia, Fernández Sessarego ha hecho varias cosas. En primer lugar, ha divulgado los mejores adelantos que en su disciplina se daba en otras partes del mundo, y de preferencia en el orbe europeo. En segundo lugar, lo que se ha hecho y se ha estudiado en el Perú. Y finalmente, cuáles eran sus propias concepciones de lo que él pensaba sobre su materia. Alta tarea de divulgación, necesarísima en un país de gente que no lee o que no sabe o no tiene la posibilidad de hacerlo. Y además, sus ideas propias, contribuciones de primer orden en el mundo del Derecho, y sobre todo en el campo en el cual decidió especializarse.

La cuarta faceta que debo recordar es la del jurista, que es la más creativa y la más trascendente de todas las mencionadas. En ella se dan los mejores frutos de la capacidad creadora de nuestro homenajeado. Y se da fundamentalmente en dos campos: la Filosofía del Derecho y el Derecho Civil: este último centrado, sobre todo, en el Derecho de las Personas.

Fernández Sessarego empezó su andadura intelectual en el mundo de las letras. Sus primeros ensayos rondan temas de literatura, historia y sociología. Y por cierto, también de la filosofía. Fue este su basamento y lo que le permitió, siendo estudiante, presentar una tesis, en 1950, sobre la determinación ontológica del concepto del

Derecho, que fue un verdadero petardo en los claustros sanmarquinos, adormecidos entonces por la prédica jusnaturalista o positivista, de la cual la más notoria, era entonces la de Kelsen. En esa tesis, que sólo a mi insistencia ha publicado casi cuarenta años más tarde, apartándose de los maestros de entonces que optaban por un solo elemento en la configuración del concepto de Derecho, señaló como una especie de triángulo, la presencia de tres elementos, barruntando de esta manera lo que luego sería conocido, sobre todo merced a los extraordinarios estudios de Reale, como la Teoría Tridimensional del Derecho.

Este gran esfuerzo demuestra como ya para esa época, la comunidad jurídica peruana estaba dando muestras de su capacidad y de su originalidad, pues todo lo que se había hecho antes de él, por muy meritorio que fuese, había sido sobre todo calco, copia o alta divulgación –me refiero a la materia filosófico-jurídica-. Si nos remontamos al siglo XIX, esto lo podemos comprobar claramente en un pensador señero como Bartolomé Herrera, de calificada actuación política y gran forjador de juventudes, pero cuya producción se enrola en la manualística. El mismo Manuel Vicente Villarán, enseñó durante casi quince años el curso de Filosofía del Derecho en la Universidad de San Marcos, pero sus copias y folletos, por él impresos, fueron desterrados y olvidados por él mismo cuando, años más tarde, y ya en sus años de glorioso retiro, confeccionó su bio-bibliografía. Y lo mismo puede decirse del meritísimo trabajo de Juan Bautista de Lavalle y sus muy encomiables traducciones, que tuvieron amplia difusión, dentro y fuera del Perú. Pero es a Fernández Sessarego a quien corresponde este primer aporte jusfilosófico que hace nuestra comunidad jurídica. Después de él han venido otros, entre los que hay que mencionar, sobre todo, a Francisco Miró Quesada Cantuarias, filósofo de renombre universal, que es considerado uno de los creadores de la lógica jurídica moderna.

Lamentablemente, esta veta filosófica fue abandonada por Fernández Sessarego cuando a principios de la década de los sesenta, incursionó en el Derecho Civil, y desde entonces, no ha hecho otra cosa que adentrarse en él, renovándolo de raíz, como en efecto ha sucedido, y remozando todos sus conceptos, si bien privilegiando los aspectos vinculados a la persona. Pero lo más importante es que este enfoque civilista no ha ahogado al filósofo, pues su formación filosófica le ha permitido –creo yo– avizorar nuevos horizontes y hacer nuevos y novedosos planteamientos.



Como civilista ha hecho aportes medulares, muchos de ellos condensados en libros de largo aliento, como son los dedicados al abuso del derecho, el derecho a la identidad personal, el daño a la persona y al proyecto de vida, entre tantos otros. Y este esfuerzo suyo ha sido reconocido en el extranjero, como lo confirman las invitaciones y homenajes de que ha sido objeto, y el haber impartido cursillos y seminarios en universidades italianas y españolas, así como argentinas. También ha llegado su influencia a las sentencias de tribunales supremos de otros países y órganos jurisdiccionales supranacionales –como lo ha precisado Oscar Fappiano, ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-. Y las tesis universitarias que dentro y fuera del país, se dedican a analizar su pensamiento y sus contribuciones al ámbito del Derecho Civil (una de ellas, en el prestigiado doctorado de la Universidad de Pisa, en Italia).

Ahora bien, ¿cómo así se han unido, en síntesis armoniosa, tantas y tan diferentes facetas en un solo personaje?. Si esto hubiese sucedido en el si-

glo XIX o a principios del siglo XX, hubiera sido muy explicable por la época. Pero haberlo hecho a partir de los años sesenta del siglo XX, es algo más complicado.

No hay una sola manera de explicarlo, sino varias. En primer lugar, una gran vocación por todas esas facetas, pues sin ella nada se puede hacer. Vocación que no sólo es llamado, sino aceptación gustosa del llamado. En segundo lugar, una disciplina constante y sin desmayo para hacer cosas. Finalmente, hacerlas en espacios distintos y en períodos no necesariamente coincidentes.

Y esto, aun así, no es tan fácil llevarlo a cabo. Ni entonces, ni ahora. Por eso creo que un homenaje como este es justiciero, y dicho esto sin eufemismos. Lo que he querido hacer esta noche, en un día tan nuestro como el que hoy celebramos, es dejar testimonio de mi homenaje y de mi gratitud a quien además de gran jurista y amigo, es sobre todo una persona de muy alta calidad humana.



Colapso político y transición democrática

César Delgado-Güembes

Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Cuando Fujimori caiga, ¿qué clase de régimen seguirá?
John Crabtree "Neopopulismo y el fenómeno Fujimori"

Si añadimos a estos posibles errores la presencia actual de un inmenso poder tutelar, sobre el que la gente no tiene apenas control y actúa sin responder por sus actos ante nadie, entonces se genera una opresión asfixiante contra la que debemos reaccionar. Es inaceptable la presencia de tal poder, y menos aún su continuidad, aunque se le pueda querer justificar en nombre de una llamada eficacia. Este fenómeno está en la raíz de muchos problemas de nuestra situación actual y merece una decisión firme y clara.

Homilía del Arzobispo de Lima, Monseñor Juan Luis Cipriani.
Te Deum del 28 de julio del 2000 en la Catedral de Lima

Sumario: Introducción 1.- La crisis y quiebre del régimen de Fujimori 1.1.- La premisa autoritaria 1.2.- Los puntos de quiebre del régimen 1.2.1.- La interpretación auténtica 1.2.2.- Un cholo en el Mar Muerto 1.2.3.- El agua sucia de los medios 1.2.4.- Enfrentamiento y exorcismos en la calle 1.2.5.- Fisuras en las relaciones internacionales 2.- El colapso como síntoma 2.1.- Síntoma de corrupción en la camarilla 2.2.- Síntoma de ilegitimidad parlamentaria 2.3.- Límites de higiene política: la comunidad internacional 3.- Reflexiones finales.

Introducción

La caída del régimen de Fujimori abre una inmensa cantidad de interrogantes. ¿Qué cabe decir desde el punto de vista institucional sobre la ruptura y caída políticas de un régimen que se autolimita en su periodo de gobierno reduciendo el plazo del mandato popular? ¿Qué cabe decir a partir de la concepción de la democracia y del Estado que reclama y exige el *Staatsrecht*, el *rule of law*, cuando debe recurrirse a una salida extra constitucional para salir de la *democradura*¹ de un régimen autoritario que domina la escena política mediante la manipulación del principio de mayoría y la técnica legislativa para legalizar su dominio? ¿Es que basta con describir los logros del régimen para olvidar que se trató de una vía que negó la democracia y el Estado de derecho? De otro lado, ¿es que sólo debe afirmarse el daño causado en el desarrollo de la cultura democrática del país y negarse los avances obtenidos? ¿Se trata de, solamente, *la segunda década perdida*? Igualmente, ¿será más democrática la cultura política del Perú después de Fujimori, y serán menos intolerantes o autoritarios los dirigentes y representantes de la clase política en el gobierno y en el parlamento después de Fujimori? ¿Qué debe cambiar, en suma, para que se dé en efecto un cambio hacia la democracia, y no solamente para que acabe un régimen autoritario, al que podrán suceder muchos más antes que nuestra sociedad y nuestra cultura política sean más democráticas?

Para quienes hemos vivido el régimen y nos toca dejar testimonios de su modo de entender la política y el derecho, las preguntas anteriores nos dejan la sensación de que una perspectiva meramente institucional o jurídica dejaría vacíos e insatisfechos los contornos de una realidad que hoy delata el uso innegablemente instrumental que tuvo el andamiaje legal e institucional que edificó. ¿Cómo, en efecto, reducir el análisis de la caída de un régimen a los signos que sólo sirvieron para ocultar sentidos ocultos e imperceptibles durante los aproximadamente diez años que duró? Aunque se trate probablemente demasiadas preguntas para un ensayo prematuro de interpretación, son este tipo de interrogantes las que motivan el atrevimiento por aclararnos el perfil de la crisis política del Perú durante el año 2000, que acaba con el régimen Fujimori y da inicio a una transición todavía inconclusa en una nueva primavera hacia la democratización.

En los a veces espinosos senderos que comunican la ciudad de la política y el edificio del derecho, las transiciones de la hegemonía autoritaria a la pluralidad de la democracia opacan las normalidades de la dogmática constitucional con ambigüedades impredecibles por la racionalidad formal de la normatividad. Esta experiencia deja la lógica del derecho y de la institucionalidad sin contestación. La crisis del 14 de setiembre del 2000 llevó al presidente Fujimori a anunciar, dos días después, el adelanto y aceleración de la agenda de fortalecimiento institucio-



nal y democrático, y con ello a romper una vez más la regularidad constitucional prevista en el documento de 1993.

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

En septiembre del 2000, a menos de dos meses de haber iniciado su tercer periodo presidencial, consciente de la creciente desaprobación popular y con una percepción clara del sentido de la falta de respaldo de la comunidad internacional, optó por abdicar de su pretensión de gobernar por el periodo completo. La situación había explotado y la explosión empezó a regarse y expandirse en multiplicidad de focos en tal grado que la ingobernabilidad interna escapó de su capacidad de control: descomposición del régimen político, actos manifiestos de insubordinación en las fuerzas armadas, incapacidad del congreso de superar y corregir la ilegitimidad, rechazo generalizado del autoritarismo en la colectividad nacional, riesgo de golpe de estado y presión y exigencia internacional e interna de sincerar la liberalización del régimen y la sucesiva democratización.

Era una nueva ruptura en la legalidad e institucionalidad formal. Una nueva situación de excepcionalidad política. Excepcionalidad, sin embargo, que en setiembre estaba aún lejos de conocerse en su apropiada dimensión. El juego estaba todavía lejos de haber terminado entonces, había aún mucha ilusión de poder mantenerse y subsistir y llegar al final de la transición con su conducción. Como lo señala con acierto Romeo Grompone, *es recién en la última etapa de noviembre del 2000 y por la evidencia de la impresionante maquinaria de corrupción de Montesinos y las responsabilidades inocultables de Fujimori, que la oposición toma por primera vez la iniciativa con capacidad de imponerse*². Sólo en noviembre es que el régimen se desploma y pierde toda capacidad de seguir. La transición cambió de conductor. El reto quedó en manos de la oposición, y el juicio sobre el reequilibrio democrático debe asumir por lo tanto su crítica.

Para O'Donnell y Schmitter la *transición* es el intervalo entre un régimen político y otro, que tiene como límites el despegue del proceso de disolución de un régimen autoritario, de un lado, y del otro la instalación de alguna forma de democracia, el retorno de otra forma de gobierno autoritario o aún la emergencia de una alternativa revolucionaria³. Esto es, la transición supone un proceso de un régimen autoritario a otro que, en el plano ideal, debiera ser democrático. La dinámica de desarrollos políticos excepcionales y extraordinarios como los de fines del invierno del 2000, requiere se distingan los momentos o etapas en su evolución. Pueden ser parte de un proceso más o menos largo y lento, o pueden ser ellos mismos un evento súbito y repentino. En la caída de los regímenes autoritarios se produce, en primer lugar, un contexto de apertura, constituido por episodios de descomposición que caracterizan y relevan la fisura. Es un suceso más o menos dramático que deja expuestas las contradicciones de un proceso de hegemonización política en desintegración, deterioro o en descomposición, que puede tener un período de incubación incierto, pero que siempre resulta de una acumulación de antagonismos que llegan a un punto de no sutura intolerable por los principales sujetos de la coyuntura en el país.

En el caso de la crisis del 2000, el primer momento del *quiebre* pudiera fijarse probablemente antes de la fecha de las elecciones del 9 de abril, y probablemente antes también de febrero, cuando el electorado concentra masivamente sus preferencias y se convierte en seguidor de un candidato de oposición para enfrentarlo a la candidatura de Fujimori. La opción por Toledo, luego del prematuro y deliberado exitoso complot contra Alberto Andrade y Castañeda Lossio, es una fisura clara en el régimen.

Pero el antecedente más visible del quiebre parece ser, sin embargo, la constatación del proyecto de permanencia de Fujimori, al que Grompone le ha llamado el *proyecto inconcluso*. Ese punto preciso parece ser el momento en el que finalmente se confirma la sospecha y Fujimori anuncia que la ley de interpretación auténtica tiene un contenido específico: su propia postulación a la segunda reelección. Sin ley ni postulación el régimen no caía. Sencillamente habría regido el principio de alternabilidad democrática y Fujimori habría dejado que la comunidad decida sobre el destino de su proyecto, más allá de su propia persona. Quedó declarada la voluntad oculta de Fujimori y de la camarilla que lo acompañaba desde 1990. De entonces en adelante toda justificación para su permanencia



no solamente resultaba de dudosa calidad legal, sino que exhibía signos manifiestos de engaño y de fraudulencia.

Posteriormente el símbolo en que se convirtió el fujimorismo como imagen de una época se desdibujó en la misma medida en que crecía la adhesión a Toledo. Se hizo manifiesta su discontinuidad. Empezó a fortalecerse el espíritu de la oposición a nivel social. El sucesivo reprocesamiento de la realidad a través de los símbolos, discursos y mensajes mediáticos llegó al ápice de la cresta, y empezó a decaer. La multiplicidad de una realidad más amplia que llegó a desbordar la maquinaria eficaz del control mesiánico llevó el proyecto, finalmente, al estancamiento.

Al anuncio de la descomposición que se inicia con la postulación a la segunda reelección, al ascenso de Toledo, y a la recomposición del espacio público en el que se regenera la protesta política, se añade la cada vez mayor falta de apoyo de la comunidad internacional ante la metodología fraudulenta para la apropiación del poder por tercera vez consecutiva. Pero el colapso mismo tiene como síntomas más claros la *gaffe* de Fujimori y Montesinos sobre la denuncia del tráfico de armas a favor de las FARC colombianas, así como la exhibición del video Kouri-Montesinos y la revelación que el gobierno suizo transmite sobre los 48 millones de dólares depositados en distintas cuentas del sistema bancario de dicho país, con lo que queda en evidencia la naturaleza oculta y corrupta del régimen. Era la redención epifánica de una legalidad insostenible moral, social ni políticamente.

Afirman O'Donnell y Schmitter igualmente que durante la transición las reglas y procedimientos tienden a permanecer en las manos del gobierno autoritario, y que el signo típico de que la transición ha comenzado es que el gobierno autoritario comienza a modificar sus propias reglas en un sentido que procure mayor seguridad de las garantías para los derechos de individuos y grupos⁴. El compromiso con el cambio de reglas que nace en Windsor y en la Mesa de Diálogo de la OEA parecía solamente una simulación detrás de la cual se encubría y retardaba el encuentro final del régimen con el fondo de la garrafa.

O'Donnell y Schmitter llaman liberalización al proceso durante la transición en el que se redefinen y extiende el ámbito de reconocimiento y aplicación efectiva de ciertos derechos que protegen tanto a individuos como a grupos sociales de actos arbitrarios o ilegales cometidos por el Estado o por terceros⁵. Añaden, además,

que una característica de esta etapa temprana en la transición es su precaria dependencia del poder del gobierno, el cual sigue siendo arbitrario y caprichoso⁶. Es en virtud de esta definición que cabría entender que la fase de liberalización pudo comenzar con la instalación de la Mesa de Diálogo, que es cuando se inicia propiamente el debate formal sobre los cambios de reglas⁷. De otro lado, sin embargo, sólo es en la primera quincena de noviembre del 2000, con la desintegración por desmoronamiento y colapso del régimen, es que empieza un proceso franco de modificación de reglas y hábitos de conducta política. En lo anterior no debiera advertirse sino la adaptación del régimen a las negociaciones a que se llegaba en la Mesa de Diálogo de la OEA, a las que no se llegaba tampoco de buen grado⁸.

Al descenso final del quiebre o ruptura del régimen sigue la crisis de transición, que es el período incierto más agudo, a partir del cual se observa tanto la descomposición del equilibrio hegemónico del régimen, como la recomposición de los escenarios, el rediseño de los discursos, van perdiendo efecto las articulaciones previas en proceso claro de agotamiento y descomposición y, finalmente, la alteración efectiva de las reglas que conduzcan al reequilibrio democrático. La crisis de transición es el momento de la emergencia de nuevas reglas, sujetos, posiciones y discursos. Las diferencias son reprocesadas y se fijan nuevos ejes de equivalencia. No hay un núcleo hegemónico claro, sino por el contrario luchas por encontrar alianzas y articulaciones que definan una nueva correlación y fuerza hegemónica en un escenario por venir.

El período de la crisis es un momento sumamente inasible e indeterminable. Como tanta otra experiencia moderna, en la frase del libro de Marshall Berman que toma de Marx, "lo sólido se desvanece en el aire" de la topografía política. Pero en medio de la volatilidad y fugacidad de su duración, la crisis es también el momento en el que se deben fijar algunos acuerdos o tomar algunas decisiones centrales. Entre esos acuerdos, por ejemplo, que forman hitos en el marco de la crisis propiamente dicha, se cuentan la conducción de la transición por la oposición a partir de la recomposición de la Mesa Directiva del Congreso, la asunción de la presidencia de la república por el presidente del congreso, y la posterior reestructuración del consejo de ministros con un gabinete plural

El tránsito es la etapa de direccionalidad tendencial al reequilibrio institucional, y comprende el desenvolvimiento de los actores a par-



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

Luego de más de un año del desgraciado generalizado de Fujimori y de haberse producido el colapso definitivo de su régimen, cuando se desconoce y es impredecible la culminación de la transición, en este trabajo se enfoca algunos de los elementos presentes en el momento o período de la crisis y transición, que es a la vez que el momento tensional más alto y en el que la indecidibilidad es mucho más intensa; también un momento emergente probablemente más rico en diagnósticos, alternativas, imaginarios y proyectos, e igualmente una etapa en la que tienden a consolidarse convicciones y consensos mínimos muy fuertes y determinantes.

Este trabajo es sólo el avance provisional de un ensayo de comprensión de un proceso de transición todavía inconcluso, a partir de la recopilación de algunos de los hitos más significativos de su desarrollo, en el que se presentan algunos criterios y elementos de juicio para evaluar y criticar los hechos y los aspectos de coyuntura que aparecieron en mayor o menor grado vinculados al colapso del régimen Fujimori así como al inicio, clímax y sucesiva remisión de la crisis (hasta niveles relativamente más manejables), a la que se espera que posteriormente suceda el retorno a la normalidad constitucional, la legitimidad política y, finalmente, el reequilibrio y la consolidación democráticos. La pregunta a la que procuraremos responder es, finalmente, cómo salir de la ruptura, del colapso, del régimen, y cómo llegar al reequilibrio democrático durante la transición.

Para la recuperación de la legitimidad política en el Perú debe tenerse en cuenta varios aspectos clave, más allá de la conclusión prematura del período constitucional. Entre ellos es necesario tener presente a los actores principales con responsabilidad sobre el proceso de retorno a la normalidad; los foros o espacios en los que se debía discutir el proceso de normalización; las reglas para salir de la transición; y, las condiciones y oportunidad en las que se establecería la fundación de la nueva normalidad. Este tra-

bajo toma en cuenta estos aspectos de carácter estructural como un referente, pero el propósito central es la caracterización del proceso mismo a partir de las etapas que llevaron al colapso, y la evaluación de las alternativas institucionales en la transición relativas a la conducción del mismo.

1.- La crisis y quiebre del régimen de Fujimori

El colapso del régimen de Fujimori, ¿marca, acaso, el posible fin de una contraola autoritaria?⁹ El autogolpe que ese postuló como un signo de ruptura democrática que debiera tener breve duración, resultó ser el hito de un régimen que nunca dejó de acusar rasgos autoritarios. La ola democrática que se inició en 1980 fue un continuo proceso de democratización que no llegó a consolidarse¹⁰, y la transición de la liberalización a la democratización que se inició en 1993 acabó prematuramente en 1996, cuando se advirtió el proyecto de perpetuación que quedó definido con la aprobación de la llamada ley de interpretación auténtica que permitía la segunda reelección de Fujimori. A fines de diciembre del 2000, en pleno proceso de transición, y en medio de las incertidumbres propias de este tipo de situaciones, aún no puede determinarse si la transición culminará efectivamente en régimen democrático o liberal, o si se transformará en otra forma de democracia aparente y engañosa con el sello interior del autoritarismo o, peor, del despotismo o de la tiranía¹¹.

Sea cual fuese el siguiente hito en nuestra historia republicana, es importante desde el inicio observar la advertencia que formuló Flores Galindo respecto del supuesto carácter pendular de gobiernos en los que se suceden civiles y militares, como sinónimos de democracia y de autoritarismo, respectivamente¹². Flores Galindo recordaba que, en particular a partir del proceso de lucha contra el terrorismo, ya no solamente era cuestión de una tradición autoritaria en nuestra sociedad y en nuestra vida política, sino que el otrora militarismo se convirtió en militarización de la sociedad civil, con lo cual *la imagen del péndulo se desdibuja, así como se aproximan en la práctica, civiles y militares*¹³.

No es asunto de asumir por principio una actitud pura y simplemente escéptica o de descreimiento, sino de atender a una lectura lúcida de nuestra historia. La revisión de la historia en esa dimensión corta o inmediata de la que hablaba Braudel, puede con facilidad apresurar el



juicio del investigador y, por lo tanto, inducirlo a error. A menudo la ignorancia del pasado en sus dimensiones de mediano y largo plazo nos hace olvidar nuestra propia naturaleza. Hablar, por eso, de una transición o una nueva ola democrática luego del fin del régimen de Fujimori, no debe ser tomado sin beneficio de inventario.

Descuidar en nuestro análisis desapasionado de la realidad política esa dimensión, perspectiva y visión de largo plazo nos conduce a la ingenuidad histórica, en primer lugar, pero, lo que es más grave, nos lleva también a perder de vista los síntomas y rasgos incipientes de formas presentes y futuras de despotismos y de regímenes autoritarios que se van larvando en los ropajes y discursos de una democracia detrás de cuya máscara se esconden las semillas de los tiranos del porvenir¹⁴. Baste para fijar la idea la referencia que hace Humberto Maturana, también dentro de una perspectiva estructuralmente más compleja y larga, a la condición patriarcal de las sociedades, en las que se resalta la relación de dominio y de jerarquía; el deseo de control y de certeza; la urgencia e impaciencia por la acción inmediata mediante la imposición casi a cualquier costo; prácticas destructivas contra quien niega la propia cultura; y todo en un marco de conversaciones basadas en argumentos de desconfianza que destruyen el espacio público necesario para que se desarrolle la democracia, a la vez que crean el contexto favorable para el autoritarismo¹⁵. De otra parte, parece decisivo asumir el reto de la democratización como una empresa basada, según lo advierte Maturana, en el emocionar. Este emocionar releva y demanda la cooperación, el compartir y la participación como modo de interacción, sentimientos que se asientan en una cultura matrística y prescindir del sentimiento de apropiación que favorece las relaciones de enemistad y la destrucción del sentido de comunidad, de respeto mutuo, de autoestima como ocurre en las sociedades patriarcales¹⁶.

De manera que, con la salvedad metodológica anunciada sobre el valor relativo del supuesto carácter pendular de nuestros regímenes políticos, así como con la referencia anotada sobre la esencia de la cultura política peruana (a la que debe incluirse por cierto como una cultura patriarcal aunque con elementos de una base matrística importante), que no favorece ni supone una auténtica base democrática en la sociedad civil¹⁷, en el desarrollo de este trabajo se pretende una presentación elemental del quebrantamiento del régimen autoritario de Fujimori, así como los hitos principales en el proceso de transición

hasta diciembre del 2000.

El objetivo concreto de este trabajo no será, sin embargo, incidir en la etiología de la caída, ni enfatizar en la cronología del desgaste y colapso del régimen de Fujimori, sino presentar, primero, los pródomos de la transición, y en segundo lugar revisar las opciones fundamentalmente de carácter institucional que se abrían a partir de la crisis y del colapso para la recuperación de niveles aceptables de normalidad. La transición, en consecuencia, será revisada a partir del juego y evaluación de las opciones política y constitucionalmente disponibles. La finalidad perseguida es exponer el abanico normativo e institucional consumibles, con el propósito de procurar elementos de juicio que permitan evaluar mejor las opciones efectivamente escogidas de acuerdo a las metas y objetivos que los actores del proceso de transición tenían que enfrentar.

1.1.- La premisa autoritaria

Probablemente una de las primeras dificultades en el análisis de la crisis del periodo fujimorista, sea la calificación del régimen como tal¹⁸. Un concepto formal de democracia permitiría afirmar que el suyo fue un régimen democrático, aun cuando con elementos que lo tipificarían como un régimen presidencialista¹⁹, esto es, un régimen en el que la institución de la presidencia de la república tiene un peso notable en los nodos críticos de los procesos de toma de decisión política nacional. El presidencialismo puede, en este contexto, resultar que es perfectamente compatible con alguna definición de democracia, aunque la intensidad del mismo, como lo ilustró Cardoso, puede *ocultar detrás de la autoridad formal del presidente el control efectivo que ejerce la institución militar sobre los que están en el gobierno*²⁰. Otros, con una definición más comprensiva y políticamente más exigente, postularán que el fujimorismo no podía ser un régimen democrático. Los más benévolos dirán que es una “democracia con adjetivos”; otros más que pasó de una *dictadura a una dictablanda*, para convertirse en una *democradura*²¹; y los más exigentes afirmarán que fue un régimen dictatorial o autoritario, e incluso en una forma de dominación parecida a la que rige al sultanismo²².

Como el objetivo de este análisis escapa a la definición formal de los fenómenos políticos, optaremos por asumir como premisa metodológica que el fujimorismo no cumplió con una característica mínima para calificar como una democracia: el rasgo populista²³ y la concentración de poder alrededor de una persona²⁴, cuyo



proyecto central consiste en el copamiento del poder político, el populismo como una forma de relación con la sociedad²⁵ y la cooptación en el poder militar²⁶ a la que en niveles más mayores que pequeños se subordina una decisiva proporción de instituciones y funcionarios estatales, y con la que colaboran de manera significativa (con distinto grado de convicción) sectores importantes de la sociedad civil, particularmente el sector empresarial²⁷ al que se suma la política de secreto estatal, coacción, cooptación y de desinformación de los medios de comunicación²⁸.

El montaje del aparato autoritario fue un proceso finamente elaborado. Ya acabado el régimen, se confirmó que el montaje no fue un proceso limpio, sino que recurrió a maniobras éticas reprobables y a prácticas vetadas, que consistían desde el chuponeo telefónico o la persecución por la policía fiscal, hasta la extorsión, y la compra de voluntades y lealtades. No fue un aspecto casual que la *democracia de Fujimori* fuera construida por él mismo, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992²⁹, y hoy tampoco parece casual que generara su permanencia mediante una red de corrupción, a la que se ha llamado gangsteril y mafiosa, basada en el sistema oculto de dominio³⁰, de mimetismo en la democracia, y de imposición sobre las conciencias³¹. En ese mismo proceso quedaron diseñadas hasta las condiciones en las que podía funcionar la oposición.

Por esta misma razón, en el desmontaje debían intervenir factores tanto interiores como exteriores al régimen, que requerían la participación de quienes actuaran deslealmente desde el centro del mismo (como miembros del SIN); la de una oposición más articulada tanto al interior del parlamento como en la generalidad de la sociedad civil (como en la votación de censura a la Presidenta del Congreso, la elección de Valentín Paniagua como su sucesor, la declaratoria de la vacancia de la presidencia de la república por permanente incapacidad moral de su titular, o la devolución de sus cargos a los miembros del Tribunal Constitucional); así como el oportuno respaldo de la comunidad internacional (que fue no precisamente despreciable, en particular a partir de la labor de la Mesa de Diálogo de la OEA, que fue una respuesta, finalmente, al cuestionamiento de los Estados Unidos, Costa Rica y Canadá en la asamblea de Windsor, en Canadá, en junio del 2000).

La voluntad de permanencia y perpetuación en el poder abusando del poder legal, que avalaba la maquinaria parlamentaria construida en el Congreso, y respaldaban las fuerzas arma-

das y la policía nacional, atentaron gravemente contra la voluntad de pluralidad y alternabilidad democrática. Un factor clave en el quebrantamiento del régimen Fujimori y en su configuración como un régimen antidemocrático, por eso, fueron los artificios electorales que facilitaron la segunda reelección, pensados precisamente para permitirle un tercer e inconstitucional período³².

1.2.- Los puntos de quiebre del régimen

1.2.1.- La interpretación auténtica

A la luz del síntoma del colapso y de su lectura retrospectiva cabe examinar la historia y su significación. Un primer eslabón del quiebre es el que une el 22 de Agosto de 1996, fecha en que se aprueba la Ley N^o 26657, llamada ley de interpretación auténtica del Artículo 112 de la Constitución³³, con la fecha en la que Fujimori anuncia su postulación por tercera vez: el 28 de diciembre de 1999.

Entre quienes en 1993 redactaban la Constitución del mismo año unos creían, con una buena fe que hoy día se sabe que carecía de justificación, en la declarada inexistencia de voluntad de permanencia de Fujimori³⁴. Pero otros, a quienes la historia terminó dándoles la razón, anticipaban una voluntad oculta más allá de la aparentemente irritada voz de quienes protestaban por la malicia de una oposición que denunciaba el proyecto de perpetuación, dentro del cual el golpe había sido apenas un aviso y la Constitución ese monumento al cinismo y edificio de nocturnidad, redactado como el registro vacío de reglas que debían servir para adaptar y mimetizar las sinuosidades del poder que, finalmente, resultó ser el poder de dos hombres: Fujimori y Montesinos.

Por eso el anuncio de la candidatura de Fujimori que los medios de comunicación hacen público el 28 de diciembre, fue como el despertar definitivo de una broma por el día de los Santos Inocentes. El golpe de 1992 se dio teniendo en mente también la candidatura del 2000. No se llegó a ella de casualidad ni por sacrificada condescendencia con el clamor popular. Incluso el clamor popular fue preparado, diseñado y construido a través del apoyo mediático y el uso populista de los programas de asistencia social. Que ello haya ocurrido de este modo exige, una vez más, relecturas que la desprejuiciada visión del régimen no permitieron desmentir sino hasta la emergencia del síntoma.

El eslabón que se cierra el 28 de diciembre



de 1999 es un hito importante a partir del cual se concentra y empieza la consolidación de los esfuerzos de la oposición. Crece y aumenta el disenso de la comunidad, y crecen las oportunidades de las distintas facciones de la oposición en el diseño de sus tácticas para jaquear la confianza del régimen. Es el punto de búsqueda de la transición. Es la apertura hacia una formación discursiva antagónica. El inicio de un imaginario que se concreta en actos de oposición que progresiva y crecientemente se extienden y generalizan

1.2.2 Un cholo en el Mar Muerto

De ahí que el otro eslabón en el quiebre sea la aparición y reconocimiento de otra opción y líder visible del antagonismo. La opción y líder a los cuales se adjudica la posibilidad y capacidad de reemplazar el orden ilegítimo advertido, de conducir la diversidad más o menos inconexa de fuerzas de la oposición, de fundar un orden institucional en el que haya mayor transparencia, mayor equivalencia entre lo expresado y lo realmente querido, y menor ocultamiento del proyecto público.

El día 6 de enero del 2000, cuando quedó claro que no habría una candidatura única para enfrentar a Fujimori en la presidencia de la república³⁵, refiriéndose a La situación polarizada del gobierno y la oposición en que se presentaba la candidatura de Alejandro Toledo, Javier Valle Riestra dijo que *la decisión de Toledo constituye una consecuencia del divisionismo opositor de las vanidades egolátricas de gente que no tiene ninguna significación caudillesca en el Perú y que, en consecuencia, no atrae a las masas porque no tiene un inventario de obras sino de críticas y quejas*. En relación a la anunciada decisión de Carlos Ferrero de aceptar la candidatura a la primera vicepresidencia en la lista de Perú Posible, el grupo de Toledo, Valle Riestra añadía que *entre el Atlántico del gobierno y el Pacífico de la oposición, el congresista Ferrero Costa ha escogido navegar en el Mar Muerto. Ferrero es un hombre muy inteligente, pero navega entre los océanos del gobierno y los de la oposición. Así que no llama la atención que haya entrado en el Mar Muerto de la política*³⁶.

De acuerdo con las encuestas sobre la intención de voto, Alejandro Toledo empieza a hacerse notar alrededor de febrero de 1999, con un frugal 4%. Este nivel conserva hasta setiembre de 1999 en que empieza una leve tendencia a crecer hasta enero de 1999, cuando aparece con 7%. Febrero, sin embargo, es el mes en el que se advertía que se afirmaba su candidatura, habiendo

casi conseguido alcanzar a Andrade y a Castañeda. En Marzo caen las candidaturas de Andrade y Castañeda y Toledo pasa al segundo lugar como favorito, registrando 22% al 19 de marzo y 27% al 24 de marzo³⁷.

Comparativamente, la curva de intención de voto para Fujimori presentaba una periodificación diversa, no precisamente ascendente además. De setiembre de 1998 hasta junio de 1999 Fujimori no pasaba de 29%; en julio pasa a 31% y para noviembre avanzó hasta 36%. En diciembre de 1999 y enero del 2000 llega a sus picos más altos, coincidiendo con el anuncio de su candidatura a la segunda reelección, con 46% y 45%. En febrero baja a 39%, al 19 de marzo sube un poco hasta 40%, y al 24 de marzo desciende a 37%³⁸.

La percepción de Valle Riestra reflejaba, por eso, una lectura sesgada de la posición que ocuparía finalmente Toledo en la escena política del 2000. La alusión a las deficiencias de Toledo como conductor dejan ver no solamente una crítica al líder de Perú Posible, porque tenía similitudes críticas contra Andrade y contra Castañeda. Su referente eran los líderes de talla internacional que ha tenido el Perú con Haya de la Torre, o con Belaunde. No parecía concebible que un personaje con las dificultades oratorias que exhibe Toledo en su relación con la masa congregada en plazas públicas tuviera la capacidad de inspirar y congrega, deslumbrar y enardecer. Desprovisto además de características temperamentales como cierta reserva y algún grado de circunspección mínimo, la deslucida sobreactuación de Toledo ante escenarios públicos delataba esas *vanidades egolátricas* que sobredimensionaban caricaturescamente al candidato a líder.

Sin embargo, la visión de Valle Riestra, que revelaba efectivamente deficiencias notables e inocultables en Toledo, no percibían el público al que apelaba Toledo. Se trata de dos criterios diferentes de conceptualización del *ánfora*. Como recuerda Degregori, Toledo adoptó el perfil del "cholo triunfador" y sus *votantes son mestizos y cholos, jóvenes, educados, informados y hados del centralismo, el desempleo y más recientemente del autoritarismo (...)* Toledo pega más entre los jóvenes que nunca tuvieron vergüenza de ser cholos o los adultos que la perdieron³⁹. La visión de Valle Riestra exige la toma de posición de una figura que esté en capacidad de aglutinar y trascender las diferencias étnicas entre chino y cholo, entre blanco y mestizo, entre serrano y costeño, a partir de una posición que, en la idealidad de la nacionalidad, resulta ciertamente deficiente e inalcanzable. No existe aún figura política alguna contemporánea



en el Perú que esté en capacidad de unir y sumar a todas las sangres bajo una sola visión y destino colectivo.

Para Valle Riestra, en consecuencia, Toledo tenía más bien características que lo harían indeseable como candidato único de la oposición, precisamente porque no se allanó ni sometió a otro liderazgo. Esta lectura permite advertir y distinguir dos aspectos: primero, la presunta voluntad de liderazgo no declarada del propio Valle Riestra; y segundo, que de haberse resignado Toledo a convenir en una figura distinta de él mismo, en vista de las tendencias en la intencionalidad de voto de las encuestas, probablemente habría abdicado de su propio liderazgo en nombre de una figura menos relevante que él mismo. Habría resultado suicida luego de advertir la precipitación de Andrade y Castañeda en las encuestas luego de la campaña exitosa de sabotaje en su contra por el aparato y maquinaria de Fujimori⁴⁰.

Vistas las cosas con las ventajas que el desarrollo de los acontecimientos y la distancia del tiempo favorece, pareciera acertado afirmar que si las elecciones del 2000 hubieran sido limpias, si ambos candidatos hubieran tenido efectivamente igualdad de condiciones para apelar ante la población a través de los medios de comunicación, el sentido común dictaría que Toledo pudo haber vencido a Fujimori en primera vuelta. Sin embargo, la razón por la que no vence es precisamente porque el régimen se mantenía en un estado de diurnidad todavía eficazmente encubierto.

Una pregunta se agita en este escenario. ¿Por qué el gobierno no se deshizo de Toledo? ¿Por qué se cubrió de Andrade y de Castañeda, pero descuidó el frente de Toledo, cuando el suyo fue un fenómeno muy similar al que se observó con el surgimiento del propio Fujimori en 1990? Aparentemente la razón sería que efectivamente se lo menospreció como un desafío para la primera vuelta. Para el caso de la segunda vuelta, sin embargo, la artillería sí tendría preparada alguna sorpresa relativa a la divulgación de su vida privada.

Toledo, por eso, es parcialmente un resultado fortuito⁴¹. El camino para Andrade y para Castañeda había quedado minado⁴², pero el de Toledo no pudo ser afectado en los niveles mortales de los otros dos⁴³. Toledo capitalizó el atascamiento y desencantamiento que dañó a Andrade y a Castañeda y el gobierno no logró neutralizarlo a pesar de los ataques lanzados en

su contra a propósito, fundamentalmente, de sus descuidos paternos con una hija y de las declaraciones que hizo en contra de los programas de comedores populares y el vaso de leche⁴⁴. El azar lo dejó en libertad para hacer todo el daño de que era capaz. El resto fue solamente el aprovechamiento que hizo la sociedad descontenta, adjudicándole sus preferencias y elevándolo a la categoría de líder opositor en igualdad de condiciones que al incumbente. Coincidió la necesidad de una imagen de oposición presidenciable, con la sobrevivencia de un candidato insuficientemente desprestigiado por el gobierno⁴⁵.

El quiebre de timón que hizo entre la primera y segunda vuelta al anunciar que abandonaba la competencia para no coonestar la ilegitimidad del régimen⁴⁶, fue una decisión de buena factura que dejó en una situación precaria a Fujimori ante la población y ante la comunidad internacional. Esta variante en el tablero lo puso adelante en el liderazgo de la calle y en los foros internacionales: quedó identificada la comunidad con su líder. Su figura trascendió más allá de las diferencias que resaltaban antes de la primera vuelta. A partir de entonces había que capitalizar el ánimo sublevadizo de la población descontenta e iracunda en favor del quiebre del régimen. El eje de la acción política viró de los medios de comunicación a las calles.

1.2.3.- El agua sucia de los medios

El inicio de la campaña electoral fue frustrante para los candidatos. Salvo medios escritos como *El Comercio*, *La República*, *Liberación*, y *Caretas*, y exclusivamente *Canal N* entre los medios televisivos, ninguno otro daba cobertura a la campaña electoral⁴⁷. Toda la televisión de señal abierta capturada. La campaña electoral, que es un típico acto público, quedó excluida de uno de los espacios públicos más indiscutidos en la sociedad contemporánea. Dos ejemplos lo ilustran.

Cuando el día 28 de noviembre de 1999 Alberto Andrade dirigió un mensaje al país, en su calidad de candidato a la presidencia de la república, para informar y hacer conocer los objetivos del gobierno de *Somos Perú*, en caso ganaran las elecciones, solamente Canal N transmitió dicho mensaje. Ningún canal de señal abierta cubrió la noticia⁴⁸. De igual modo, no bien finalizó el plazo para la inscripción de los candidatos presidenciales, una medida lógica en la campaña era la contratación de espacios televisivos.

Sin embargo, una vez más, el control que



había logrado el gobierno en la casi integridad de los medios era asombrosamente exitosa⁴⁹. Tanto así que incluso se negaron a contratar publicidad política, como ocurrió con los Canales 2 (Frecuencia Latina), 4 (América Televisión), 5 (Panamericana), 7 (Televisión Nacional), 9 (Andina de Televisión) y 13 (Global Televisión), que negaron el acceso en su espacio a la agrupación *Avancemos* o, posteriormente, fijaron tarifas prohibitivas como en el caso de Canal 4, según lo denunció Rafael Rey en los diarios *El Comercio* y *Cambio* el 26 de enero del 2000⁵⁰. Es más, de acuerdo a la información que proporcionaron Rafael Rey y José Barba, los canales rehusaron pasar ninguna publicidad política a pesar de haberseles ofrecido los pagos respectivos por adelantado⁵¹.

La situación fue caracterizada como una figura de *secuestro informativo*. Esto es, las agrupaciones políticas fueron aisladas informativamente de la sociedad, impidiendo el ejercicio democrático de difusión de la información y propuestas de las colectividades políticas a la población. De esta manera sólo el gobierno tendría la exclusividad en la información a través del candidato-presidente. Tal situación representa una competencia desigual e inequitativa que favorece ostensiblemente al gobierno⁵². Por eso lo ocurrido a Alberto Andrade el 28 de noviembre de 1999, así como la denuncia de Rafael Rey, fueron un clarinazo que anunció el porvenir.

Definitivamente los medios habían sido capturados, sometidos, y no habría modo de alterar el acuerdo tácito entre el gobierno y ellos. El silenciamiento autoimpuesto de la prensa, en complicidad con el régimen de Fujimori fue una agresión intolerable contra el buen juicio y las normas civilizadas de hacer política. Fue por eso, también, un eslabón más en la cadena de desesperamiento y de levantamiento contra el régimen. Contribuyó a la decisión de abandonar la resignación y de sustituirla por la activación de la protesta⁵³.

El absurdo y despropósito del discurso hegemónico del régimen de Fujimori fue tal en materia mediática que el propio día de las elecciones, el 9 de Abril del 2000, como recuerda sagazmente Degregori, *mientras se realizaba el conteo de votos más controvertido de nuestra historia contemporánea, el canal del Estado transmitía una película de Cantinflas; América TV nos entretenía con una repetición más de El Chavo del 8; y Frecuencia Latina con el escalofriante largometraje Chucky, el muñeco diabólico*⁵⁴.

La voluntad de abolición del espacio electoral, su minimización a extremos, intensificaba y encendía más todavía el espíritu de la población para protestar. Quedaba en evidencia que había voluntad de esconder, de ocultar, de impedir la libre difusión e información de las actividades políticas del país. La subestima de la capacidad de reacción trajo como resultado la confirmación del espíritu de protesta callejera. Es a lo que Degregori le llama la *rebelión [mediática] contra los medios* y que consistía en que *los protagonistas de las manifestaciones sabían que sus acciones serían difundidas o tenían la esperanza de que lo serían, si no en el país, en el extranjero, y actuaban teniendo en cuenta ese escenario virtual, probando que es imposible mantener una hacienda informativa en la aldea global*⁵⁵.

1.2.4.- Enfrentamiento y exorcismos en la calle

Las repetidas manifestaciones colectivas son otro eslabón engarzado al quiebre del régimen. O'Donnell y Schmitter dicen que *la "apertura", "descongelamiento", "descompresión", o como se le llame, de las reglas autoritarias, produce usualmente un aumento agudo y rápido en la politización general y la actividad popular*⁵⁶. La mayor concentración y centralización del poder en perjuicio de la colectividad tiene su propia némesis. Nada rebela más que el abuso.

Salvo protestas aisladas, o pintas callejeras, en contra del gobierno, probablemente las primeras manifestaciones generalizadas son las que se realizan luego de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional en 1997; las que las suceden en 1998, luego que la mayoría parlamentaria votara en contra de la realización del referéndum para declarar inconstitucional la ley de interpretación auténtica sobre la segunda reelección; así como el Paro Cívico Nacional del 28 de abril de 1999⁵⁷. Uno de los slogans más repetidos entonces fue "el miedo se acabó".

Eran los primeros anticipos de que la vida colectiva no estaba totalmente adormecida, ni sometida. La sociedad mediática no controlaba toda la esfera pública. El régimen no podía suturar las fisuras de la población insatisfecha. La sociedad no estaba controlada. Si la sociedad se sustenta en sus creencias, definitivamente había evidencia de que las de quienes respondían de esta manera contra actos del gobierno no creían en el discurso con el que se quería ofrecer una versión ordenada de la vida social.

En un distinto plano, la actividad política de la población conoció otro tipo de organiza-



ción y expresiones, entre las cuales las más notables, luego de realizada la primera vuelta para las elecciones generales, fueron el ataúd en el que se veló y enterró simbólicamente a la Oficina Nacional de Procesos Electorales⁵⁸; el “lavado de la bandera”, del que Degregori ha dicho que constituye un *ritual democrático de purificación e inversión*⁵⁹; el “muro de la vergüenza”, una especie *dadzibao a la peruana, en el cual se exhibe una galería de tráfugas y corruptos, que pueden ser escupidos o pintarrajeados por los transeúntes, que pueden asimismo realizar inscripciones sobre el mural portátil*⁶⁰; la campaña “pon la basura en la basura”, una *suerte de guerrilla urbana* que consistía en arrojar bolsas negras de plástico llenas simbólicamente de papel, en las que aparecían los retratos de Fujimori y de Montesinos, en palacio de gobierno o en las casas de personajes destacados del régimen como Carlos Boloña o Martha Chávez⁶¹; la procesión de los monigotes de Fujimori y Montesinos enjaulados⁶²; la fumigación del Palacio de Justicia y de Palacio de Gobierno⁶³; los “plantonés” delante del Palacio de Justicia⁶⁴; el “minuto de la resistencia”⁶⁵; y diversidad de marchas cívicas periódicas⁶⁶.

Luego de las dos grandes protestas públicas en 1997 y 1998⁶⁷ el punto más alto de las manifestaciones colectivas contra el régimen fue, sin duda, la marcha de los cuatro suyos, de los días 26, 27, y 28 de julio, que tuvo como uno de sus momentos simbólicamente más significativos el triple juramento por la democracia que tomó a todos los asistentes una niña de 12 años de edad⁶⁸. De la marcha de los cuatro suyos Degregori dice que *su convocatoria después de la segunda ronda electoral salvó la dignidad y canalizó la indignación de los sectores más movilizadas de la oposición, estableciendo un vínculo con los movimientos regionales y con los sectores populares más pobres hoy llamados D y E, donde su imagen y su mensaje había logrado penetrar*⁶⁹. Naturalmente, por otro lado, ésta era una oportunidad que no podría desperdiciar el régimen para sembrar semillas de confusión que lesionen severamente a su organizador, Alejandro Toledo.

La marcha de los cuatro suyos fue suficientemente planeada y anticipada como para que la maquinaria estatal no reaccione. Era una oportunidad demasiado tentadora para quedar desaprovechada. La adjudicación a Toledo y a la oposición de la muerte de los seis vigilantes particulares y de los millones de dólares de pérdidas por los daños materiales al Banco de la Nación serían un trofeo difícil de desperdiciar. La marcha de los cuatro suyos fue utilizada por el régimen como un *boomerang* para presentar a To-

ledo como el equivalente del retorno al pasado, al terrorismo, a la muerte.

En el otro extremo, Toledo sostenía que la marcha había sido sabotada desde adentro por agentes de inteligencia del gobierno, y que habían sido víctimas de una emboscada. Razonamiento éste perfectamente congruente con la nocturnidad, el cinismo y la obscenidad tenebrosa en la que opera la coalición en el poder⁷⁰. El objetivo parece tener sentido: incentivar la desmovilización de la sociedad, tanto por los riesgos adicionales que las manifestaciones traerían en la salud o integridad física de las personas, como por la asociación que aquéllas crean con el presunto retorno al pasado del terrorismo. No era ineficaz el modo de lesionar la figura del adversario, y había que hacerlo de una manera contundente y fulminante. Intimidar a la población, horrorizarla, reducirla al miedo, arrinconarla, podía ser un medio apropiado para incentivar su desmovilización. Llevarla nuevamente a la desidia⁷¹.

Sobre el papel de la colectividad en el proceso de democratización, la observación de Degregori sintetiza apropiadamente el estado de la cuestión: *las multitudes que en las calles hirieron de muerte al régimen entre marzo y setiembre, si bien no olvidan reclamos por empleo y descentralización, tienen un inédito contenido ciudadano: exigen el respeto al voto, la independencia de poderes, el fortalecimiento de instituciones, la re fundación de un sistema de partidos y sobre todo ética, honestidad en los gobernantes*⁷².

1.2.5.- Fisuras en las relaciones internacionales

La creciente ideologización de un mundo globalizado alrededor de las ideas y los procedimientos democráticos hacía más vulnerable al régimen de Fujimori. La ética democrática como norma de corrección política era un estándar que no cumplía el autoritarismo. Adicionalmente, su concepción anárquica de las relaciones internacionales, basada en la preeminencia del Estado como sujeto de las mismas, y la determinación de los derechos humanos en función de la soberanía del Estado en vez de un ideal abstracto de carácter universal, actuó como cerrojo ideológico, a punto tal que lejos de sensibilizar a los conductores de la política internacional sobre las reacciones de la mayoría de la comunidad internacional, sirvió por el contrario para negar por desacertada la opinión general.

Esa opinión general en la comunidad internacional desde inicios del 2000, luego que Fujimori confirmara su postulación a los comi-



cios, era que el de Fujimori no era propiamente un régimen democrático, que recurría a medios anormales si no oscuros para gobernar el país, que su prioridad consistía en su voluntad de permanencia, y que a ella pretendía llegar a través tanto de la maquinaria normativa y personal preparada para el fraude electoral, como del miento a la oposición, para lo cual contaba con el soporte operacional, ejecutivo y organizacional de las fuerzas armadas y mediante las acciones de planeamiento.

En febrero del 2000 el embajador de los Estados Unidos había fijado la posición de los Estados Unidos de una manera incontrovertible, señalando que *el gobierno debe garantizar que los recursos y personal del Estado no sean utilizados para promover agendas políticas partidarias*, así como que *es de suma importancia que los candidatos de oposición reciban cobertura equitativa y gocen de un acceso razonable a la publicidad de los medios de comunicación*⁷³. Tan tempranamente como en febrero era posible advertir que el proceso de abril del 2000 no sería uno limpio ni transparente y, por lo tanto, tampoco justo.

Esas habían sido las percepciones originales de los integrantes de los observadores del Centro Carter, y del Instituto Democrático Nacional para los Asuntos Internacionales (*National Democratic Institute for International Affairs-NDI*), que llegaron a Lima en noviembre de 1999⁷⁴. De igual manera la ilegitimidad del régimen fue anticipada por el frente externo. La revista *Caretas* refería que *el Departamento de Estado, la Comunidad Europea y países amigos le están haciendo saber a nuestros embajadores y funcionarios internacionales el malestar que provocan sus veleidades reeleccionistas*⁷⁵.

Cuando llega a Lima el ex canciller guatemalteco Eduardo Stein para observar el proceso electoral, se inicia una dinámica de tensiones que incomodaron notablemente al régimen de Fujimori⁷⁶. La misión tuvo como objetivo examinar el desarrollo del proceso electoral, con la finalidad de detectar su transparencia y limpieza. Como consecuencia de su observación Stein elabora un informe que presentó directamente a César Gaviria, Secretario General de la OEA, el que lo remite para su debate al Consejo Permanente.

La exposición de Stein ante el Consejo Permanente dejó ver que habían irregularidades logísticas e informáticas en el proceso y en el sistema de cómputo, que no habían sido satisfactoriamente corregidas ni explicadas por los responsables. A raíz del informe, el embajador

estadounidense ante la OEA, Luis Lauredo, pidió la convocatoria a una reunión *ad hoc* de cancilleres con el fin de revisar la aplicación de la Resolución 1080 (XXI-0/91). Su propuesta fue apoyada por Costa Rica y Canadá, pero se opusieron a ella México, Brasil, Chile, Argentina y Uruguay. El tema de las sanciones a propósito de la Resolución 1080 no fue acordado, pero pasó a la Asamblea General⁷⁷.

En la trigésima Asamblea General de la OEA, en Windsor, del 4 al 7 de junio, se debatió y acordó el proyecto de resolución de la delegación del Canadá, por la cual se resuelve *enviar al Perú de inmediato una misión integrada por el Presidente de la Asamblea General y el Secretario General de la OEA con el fin de explorar, con el gobierno del Perú y otros sectores de la comunidad política opciones y recomendaciones dirigidas a un mayor fortalecimiento de la democracia en ese país, en particular medidas para reformar el proceso electoral, incluidos la reforma de los tribunales judiciales y constitucionales y el fortalecimiento de la libertad de prensa*⁷⁸. Esta misión fue objeto de mucha expectativa, particularmente por el reconocimiento a Lloyd Axworthy, como un hombre honorable y celoso de los principios democráticos⁷⁹.

Como consecuencia de las entrevistas que realiza la delegación de la OEA a fines de junio con representantes del gobierno y la oposición surge una propuesta de 29 puntos sobre reformas institucionales en materia de administración de justicia; fortalecimiento del Estado de Derecho; restitución de los magistrados separados en el Tribunal Constitucional; equilibrio derechos humanos y seguridad; reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; solución satisfactoria para el caso de los canales 2 y 13; unificación de los órganos electorales; establecimiento del distrito electoral múltiple para la elección del Congreso; y la fiscalización del servicio de inteligencia nacional, entre otros temas⁸⁰. Esta propuesta es respondida por la oposición con cuatro puntos: la implementación inmediata de las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre devolución a sus propietarios de los canales 2 y 13; restitución inmediata de los magistrados del Tribunal Constitucional; retorno inmediato a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y la salida de Vladimiro Montesinos del gobierno⁸¹.

A fin de favorecer e impulsar la apertura del régimen, otra consecuencia del informe Axworthy-Gaviria fue la designación de la Se-



cretaría Permanente, que tendría a su cargo propiciar el diálogo y monitorear el proceso de “democratización”⁸², para lo cual se designó al canciller de República Dominicana Eduardo Latorre, quien vino al Perú el 18 de julio del 2000⁸³. Esta Secretaría Permanente, a la que se integraron el embajador de Canadá en el Perú, Graham Clark, y el representante de la OEA en el Perú, Patricio Chellew, fue a la que se conoció como la Mesa de Diálogo de la OEA, que se integró con representantes del gobierno⁸⁴, la oposición⁸⁵ y la sociedad civil⁸⁶.

La Mesa de Diálogo de la OEA, más allá de los límites en el papel que cumplió, resulta ser un signo de ruptura formal en las relaciones del régimen con la comunidad internacional. Se constituye como un espacio concebido como entre facilitador, de monitoreo o mediador. Lo central es que era que su existencia aparecía como una ruptura, y significaba el reconocimiento de una brecha de ilegitimidad ante los ojos de la comunidad internacional, que debía ser subsanada. Su presencia declaraba la irregularidad manifiestamente no democrática de la situación política del Perú. Se había consolidado la tesis de la oposición sobre el fraude electoral. Tesis que resultaba ser sólo un corolario y un indicio de la grave anomalía en las interioridades del régimen.

El día de la instalación de la Mesa de Diálogo, el 4 de setiembre del 2000, se fijó el plazo de dos semanas para que cuatro grupos de trabajo propusieran el cronograma de trabajo⁸⁷. El núcleo de las posiciones del gobierno y de la oposición, sin embargo, tuvo como eje del debate la propuesta y pedido de la oposición por la realización de un nuevo proceso electoral. Este planteamiento era inaceptable por el gobierno. Tanto que el ministro Bustamante Belaunde anunció que el diálogo no podía conducir a nuevas elecciones⁸⁸. Pocos días antes de la difusión del vídeo Kouri-Montesinos, la Mesa de Diálogo parecía condenada a su exterminio por voluntad de enmienda insuficiente del gobierno. Las posiciones eran cada vez más encontradas. Su mejor papel sería cumplido luego como mediadora para la superación de la crisis, hasta que se declara la permanente incapacidad moral de Fujimori y la asunción de la presidencia por el presidente del congreso, Valentín Paniagua.

Paralelamente a la reacción de la OEA y la Mesa de Diálogo, deben destacarse las posiciones y los pronunciamientos de los diversos gobiernos americanos⁸⁹ y europeos respecto a las irregularidades antes y durante la primera

y la segunda vuelta⁹⁰. En vista de no haber conseguido éxito en el pedido ejecutar de la Resolución 1080, la actitud de los Estados Unidos fue estudiar la aplicación de sanciones de naturaleza unilateral, como la Resolución 43 del Congreso⁹¹, lo cual implicaría, paralelamente, la realización de acciones hemisféricas de presión contra la permanencia de Fujimori.

La reacción más seria y fuerte de los Estados Unidos vendría, sin embargo, cuando Montesinos juega la más dramática de sus cartas en una partida de alto riesgo, que consistió en los supuestos descubrimientos sobre una operación de venta de armas acreditable al SIN⁹², las mismas que tendrían como destino la república de Colombia⁹³. La gota que colmó toda paciencia fue el doble discurso sobre la venta de armas a las FARC colombianas⁹⁴, en el que Fujimori y Montesinos pretendieron presentar al Perú como moralizador y pacificador de la región⁹⁵, a la vez que como víctima potencial en caso de un eventual éxito de las FARC que pudiera favorecer el resurgimiento del terrorismo. Lejos de tener éxito en la cortina de humo que pretendía crear para minimizar el frente creado en la política doméstica con los avances de la oposición en la Mesa de Diálogo⁹⁶, y lejos también, mucho menos, de jaquear a los líderes de la opinión internacional en contra del régimen, el petardo le reventó en la cara a Montesinos y al propio Fujimori⁹⁷.

La consecuencia fue la exposición abierta del fraude que no alcanzó a convencer a nadie⁹⁸; el recrudescimiento y mayor acritud en la posición de los Estados Unidos; la posición contraria en que forzaría a tener a una Colombia sorprendida por la deslealtad y cinismo con que actuaron adrede las propias autoridades involucradas en el tráfico⁹⁹; el descrédito y mayor exposición del gobierno ante la OEA y la sociedad; y, por supuesto, la precipitación de la caída de Montesinos y el propio Fujimori¹⁰⁰.

En el plano de la Unión Europea fueron importantes las gestiones realizadas por Toledo en su viaje a España, que le sirvió para presentar la situación así como para gestionar y comprometer la voluntad española, la que tiene un peso considerable ante la Unión Europea en asuntos relativos a América Latina¹⁰¹.

En cuanto a los organismos no gubernamentales internacionales, la capacidad de acción con que contaron fue escasa, fundamentalmente por la nula acogida que recibieron del gobierno, lo cual, naturalmente, no hacía sino agravar el concepto internacional sobre la legitimidad del



régimen¹⁰².

Fernando Rospigliosi refería que *ningún gobierno peruano en las últimas décadas había logrado aislarse tan plenamente en el ámbito internacional como el de Alberto Fujimori*¹⁰³. Si Alan García se apartó de la comunidad internacional al decidir unilateralmente la suspensión de los pagos de la deuda externa, Fujimori se aisló por el menosprecio del impacto que podía tener en la política doméstica la convicción dominante sobre los estándares políticos y la ideología democrática como régimen de gobierno y hábito de conducta en el poder.

El mal manejo de la cosa pública interna fue observado y cuestionado por la comunidad internacional. La soberanía no le fue suficiente para proteger el rol y discurso hegemónico de dominio sobre la sociedad. Y las consecuencias del talante autoritario del régimen, de su impericia democrática, de su desatención de la corrección política dominante, equivalieron a una fisura de dimensiones importantes que minó notablemente la gobernabilidad del país. La fisura reveló la ineficacia del gobierno para asimilar las demandas políticas crecientes de la población que se levantó contra los abusos, así como la precariedad de la institucionalidad sobre la que edificó su hegemonía.

Desde el punto de vista del vínculo del régimen con la comunidad internacional el contexto no era precisamente acogedor ni auspicioso. La presencia de una misión internacional, con misión de monitoreo, facilitadora, o mediadora no es precisamente un síntoma de salud política, ni de higiene democrática. Por el contrario, es el indicador de una ofensiva diplomática internacional en el ámbito de competencias típicamente domésticas. Indicador también de problemas de gobernabilidad. El país cuyo régimen es objeto de observación padece de una situación institucionalmente anómala. En el caso del Perú la presencia de la OEA era resultado de un desborde de poder, cuyo efecto recíproco fue igualmente el descontento interno y la disconformidad internacional.

La reacción internacional dejó ver cómo la soberanía interna debió ceder bajo la presión tanto de la oposición como de la aplicación de estándares políticos supranacionales. El régimen jurídico no preveía la constitución de un árbitro entre el gobierno, la oposición y la sociedad civil. Claro sometimiento del Estado a una regla no adoptada por los canales normativos regulares. El Estado de derecho suspendió la legalidad

formal y se adaptó a una norma y procedimientos materiales distintos a los de la ley de la república. Se trataba, en consecuencia, de un arreglo excepcional al que debió consentir el régimen. Consentir equivalió a reconocer la falta y, por lo tanto, la vulneración. Se exhibía públicamente una situación deduelo. Herido el régimen, debía abrirse a la concesión de posiciones. Se iniciaba una nueva etapa discursiva y se escribía el libreto de una nueva formación hegemónica.

2.- El colapso como síntoma

Si el 14 de setiembre aparece el síntoma de la caída y desmoronamiento, el fin del régimen propiamente puede fijarse el día en que Fujimori anuncia su no retorno al país. El anuncio de Fujimori desde Tokio, el 19 de noviembre del 2000 fue el gatillazo de gracia. Su definitiva e irrecuperable descompensación. Ese día la historia redactó el certificado de defunción por desmoronamiento y colapso biológico generalizado del régimen de Fujimori. La lealtad de sus ciegos seguidores, con la probable y patológica excepción de la congresista Martha Chávez, se quebró definitivamente.

La normalidad y regularidad aparente se desvanecen y la realidad de un régimen paralelo y oculto emerge en el horizonte. Su aparición delinea un contorno diferente del de identidad¹⁰⁴. Se confirman anuncios e hipótesis largamente anticipados que, en su momento, carecían de evidencia y hasta tenían algún viso de inverosimilitud. El vídeo apareció como una protuberancia innegable en la pista argumentativa del gobierno. La protuberancia que desenmascaró y delató la base para reinterpretar y desmontar la arqueología del aparato y de la institucionalidad establecidas desde el propio inicio, incluso, del régimen. Es un síntoma del doble juego al descubierto y expuesto. Lo que se postuló y defendió como bueno, como deseable, se desvanece y pierde credibilidad. Se ilegitima. Queda en evidencia que el umbral del consentimiento político y de la aceptación social han sido transgredidos. Que la confianza política fue abusada.

Por eso es que el vídeo del 14 de setiembre es el referente obligado para la formulación de hipótesis, así como el indicio de sospechas adelantadas desde años atrás sobre, entre tantas otras cosas, el poder efectivo de los altos mandos de las fuerzas armadas sobre el presidente de la república¹⁰⁵, así como el sustento nocturno del régimen¹⁰⁶. Es a través del síntoma, por eso, que cabe realizar una lectura retroactiva de la historia presente con una luz y a partir de una perspec-



tiva imposibles de imaginar durante la vigencia del régimen hasta el 14 de setiembre del 2000.

El síntoma contiene la clave de La fantasía fujimorista, de su deseo de plenitud, ya la vez es también la condición de dolor, de vergüenza y de duelo evitada. El síntoma revela las articulaciones discursivas en los dos mundos, así como La bisagra que los enlaza¹⁰⁷. La clave que articula y llena los vacíos y las carencias del régimen. Por lo mismo es igualmente la condición de las futuras fantasías y legitimaciones en la política de la transición. La base de afirmación de demandas para la fundación de un horizonte con una hegemonía discursiva diferente: la del antagonismo de la oposición¹⁰⁸.

2.1.- Síntoma de corrupción en la camarilla¹⁰⁹

En su edición del 20 de setiembre del 2000 el *Walt Street Journal* decía que *el futuro económico del Perú está atado a los militares*. Esta declaración parte de reconocer la trascendencia política de las fuerzas armadas, pero también de la importancia que debe tener la fuerza moral de sus jefes. El diagnóstico era exacto. De la claridad de objetivos y de la visión de los más altos oficiales de las fuerzas armadas dependía el destino económico, pero no sólo económico, del Perú¹¹⁰.

La crisis que atravesó el Perú tuvo origen eminentemente militar. El problema fue la hegemonía de las fuerzas armadas en el proceso político, como agente de intermediación y de solución de los antagonismos de la sociedad civil. El poder de las fuerzas armadas se originó en dos frentes: la confianza que tuvo en ella el presidente de la república, a través de la capacidad de dirección que le reconoció a la cabeza efectiva de las mismas en que se constituyó Vladimiro Montesinos, de una parte y, de la otra parte, a través de la ausencia de control que se le reconoció al congreso sobre ella. La organización política estuvo vertebrada en gran parte por el servicio de inteligencia, como parachoque y defensa frente a los peligros y como agente activo de generación del respaldo popular. Lo primero mediante el aparato de espionaje de las personas que potencialmente podrían significar o ser fuente de iniciativas riesgosas para el régimen. Lo segundo a través de los proyectos, programas, actividades y tareas monitoreadas por el servicio de operativos sicosociales.

El servicio de inteligencia se constituyó, en efecto, en el agente de fabricación de articulaciones favorables para consolidar la posición del régimen conducido por el presidente de la

república. A la vez que se definió como su misión el fortalecimiento de la posición del presidente de la república en el sistema político, el servicio de inteligencia quedó mimetizado y confundido en la esfera de poder, convirtiéndose en inescindible el ámbito propio de su papel legal y el que se le adjudicó como garante del régimen del ingeniero Fujimori.

Si bien los detalles del entramado y del copamiento del poder por las fuerzas armadas es en sí mismo un tema que merece un análisis especial, lo relevante del tema para las ideas que desarrollamos en este trabajo es presentar la evidencia del carácter privilegiado de su posición en el régimen político. Y la manera más gráfica de observar tal carácter es constatar el poder efectivo e inmovible que tuvo durante la crisis.

Desconocer la gravitación e impacto de las posiciones sostenidas por los más altos mandos militares equivale, durante la crisis de Setiembre del 2000, a ignorar qué es posible y qué no lo es en materia política. El ejemplo menos cuestionable es la referencia y presencia invisible pero tangible de las fuerzas armadas en los discursos acerca de las salidas posibles en la transición.

Para un observador que ignorara el papel político privilegiado de la organización militar detrás del régimen de Fujimori parecería suficiente con pedir la destitución del asesor presidencial Vladimiro Montesinos y de quienes estuvieran vinculados a él, para solucionar la crisis. Tal apreciación no podría explicar cómo un acto aparentemente imputable sólo a esta persona, podría haber motivado al propio presidente de la república a decidir apartarse de la presidencia a solamente dos meses de su tercer mandato, ni podría explicar cómo el Secretario General de la OEA, cuatro presidentes latinoamericanos, y el presidente del consejo de ministros del Perú intercedieron ante el gobierno de Panamá para coordinar las acciones que favorecerían su salida del país y su ingreso a dicho país bajo la condición de asilado.

¿Por qué habría de ser necesario que el presidente Fujimori opte por anunciar su prematuro alejamiento de la presidencia de la república, de no ser porque él mismo se concibe manchado por la práctica abyecta de Montesinos? Si sólo fuera la conducta política y moralmente repulsiva de su asesor personal, bastaría removerlo para eliminar el escollo. Pero el presidente de la república no pudo removerlo a su sola voluntad¹¹¹.

Tan no pudo removerlo que debió recono-



cer un poder paralelo al suyo que no acataba la remoción. Reconocer su falta de autoridad constituye a la vez la admisión de su ilegitimidad política por no estar en capacidad de ser eficaz. Si el superior no consigue que el subordinado lo obedezca, y por el contrario genera su rebeldía, ello implica que el superior no es más tal. Cuando el subordinado desconoce al superior surge una fuente paralela de legitimidad, sustentada en la capacidad de enfrentarse. ¿Es concebible que quien manda no sea obedecido, a menos que el subordinado se rebele como su par? Tanto Montesinos como los más altos mandos militares se enfrentaron al presidente de la república. El punto disputado era el reconocimiento y fidelidad que prestaba la cúpula militar a Montesinos como su jefe auténtico. La lealtad era no al poder civil del presidente de la república, sino al híbrido que servía de bisagra entre el poder civil y el poder militar.

Una situación tal revela, a todas luces, una situación de desgobierno. Revela a un presidente de la república impotente para afirmar su autoridad, aunque igualmente a un poder marginal que no sale a la luz para evitar ser identificado como un poder paralelo. Tanto mayor poder tiene ese poder marginal cuanto menor sea la posibilidad de que se lo identifique o reconozca como tal. Ese es probablemente el golpe más grande recibido por el servicio de inteligencia: el haber quedado expuesta la magnitud excepcional y devastadora de su influencia y dominio de la vida nacional.

Pero la pregunta central es, ¿cómo explicar la insubordinación del asesor frente al jefe de estado, y cómo explicar que el presidente se someta a la insubordinación?. Caben dos hipótesis. O la cobardía, o la complicidad. Si se trata de que Fujimori es un cobarde entonces cabe la explicación porque huye de quien le inspira miedo. La mascarada es siempre la prudencia como virtud de ética, o la conveniencia como valor práctico. El cobarde es cobarde porque carece de la valentía para admitirla.

No es fácil adjudicar una calificación a la conducta de Fujimori. Hay rasgos de cobardía, si se pasa por alto el pragmatismo como ideología y actitud principal en su modo de conducir políticamente el país que distinguió a su régimen. Fue la más repetida acusación que la oposición le hizo luego que el premier Salas anuncié su no retorno al país el día 19 de Noviembre del 2000. *Son tantas las expectativas que un líder crea en su ambición, decía la psicoanalista María Paz de la Puente, que le es difícil, después, asumir el duelo de*

la pérdida o del fracaso. El cobarde o el débil de manera inconsciente ansía la protección idealizada de un padre y al no encontrarla prefiere huir, no enfrentar el peligro¹².

Calificar de cobarde el no retorno del presidente Fujimori, sin embargo, no puede hacerse con facilidad y requiere alguna elaboración. Ocurre así precisamente por el pragmatismo de Fujimori. Para el pragmatismo las consideraciones basadas en el heroísmo carecen de valor. El heroísmo tiene sentido solamente si es un medio para alcanzar un bien útil. El heroísmo por sí mismo, como finalidad de una acción, es estéril y no conduce a nada. La cobardía es el vicio de quien carece de la virtud del heroísmo. Si Fujimori no puede ser héroe, y no conduce su conducta según tal virtud, ¿cómo habría de esperar que él retorne al Perú para vencer o para enfrentar su propio duelo?

Fujimori se queda en el Japón para evitar una desventaja personal: la de ser procesado y acusado. Regresar no le reportaba beneficios, y alejarse del Perú le significaba ventajas o, por lo menos, menores inconvenientes para su defensa. Su lógica es la de su propia sobrevivencia. ¿Por qué regresar cuando la oposición no podría garantizarle una defensa que respetara el principio de inocencia ante la ley penal?

Es más, reprocharle cobardía se convierte en un arma que usarán sus leales seguidores para criticar la impertinencia de la acusación. La defensa consistirá en el señalamiento del escenario parcializado por el encono contra quien fue presidente durante más de 10 años. De este modo resulta en su perspectiva justificado permanecer en un lugar neutral desde donde se evite una injusticia. Enfrentar las acusaciones por los excesos del propio régimen desde el territorio nacional importa exponerse innecesariamente a la *vendetta* de una oposición de ánimos no precisamente templados.

Es difícil pensar, además, que se trate de un cobarde, porque se le reconoce un coraje y osadía que han lindado a veces en la temeridad. Aunque, ciertamente, el coraje, la osadía y la temeridad han estado también vinculadas al cálculo escrupuloso de la factibilidad de éxito de sus planes, más que al arrojo y al enfrentamiento al destino. El coraje o la temeridad son características del espíritu en las que se desconoce la posibilidad de triunfo. La temeridad de Fujimori se ha basado en el planeamiento riguroso de una estrategia y líneas de acción con los que la adversidad había sido minimizada hasta su más pe-



queña expresión. De manera que, una vez más, cabría confirmar que no es aplicable la categoría de cobarde a Fujimori, porque se habría constatado su actitud calculadora, pragmática, utilitaria, que excluye el heroísmo propio de quien se arroja al destino con no otra cosa que el valor y la audacia. No con el cálculo de quien ha controlado y hasta dominado confortablemente las incertidumbres.

Un aspecto vinculado a la cobardía es el de la traición. El psicoanalista Jorge Kantor se refirió a ella en relación con la soledad de Fujimori. *Se dice que la persona en el poder está generalmente sola, dice Kantor, y en el caso de líderes como el ex presidente Fujimori, quien, se comentaba, mantenía siempre en secreto sus planes, el solitario exilio parecía ser su salida más evidente. Aquí hay una figura adicional la traición a sus seguidores*¹¹³. Por eso, ¿puede hablarse de traición?. El abandono y la huida pudieran no afectar el ámbito que, a partir de la valentía, se califica de cobarde a Fujimori. Pero, ¿eliminar la cobardía lo libera de la acusación de traición a sus seguidores?

Esta actitud es muy similar, por ejemplo, a la reacción que expresó Luz Salgado al conocer el no retorno de Fujimori. Es el desconcierto, la desazón, el abandono. Ella esperaba que el presidente viniera a enfrentar su destino. Más allá de las consecuencias previsibles de una situación políticamente distinta y adversa. Su esperanza era que regresara y condujera su defensa en unión de quienes fundaron con él el movimiento que denunció un modo La suya es la lógica de la valentía, del arrojo, del coraje. Sin embargo, la posición de la que parte Luz Salgado es opuesta a la perspectiva de Fujimori. Fujimori no combate si no tiene posibilidad de éxito. La suya no es la lógica de la valentía y del enfrentamiento heroico al destino. Ambas son visiones y posiciones incompatibles. Lamentable que la congresista Salgado quede decepcionada, pero lamentable igualmente que luego de tanto tiempo haya conocido tan poco a su líder. La lealtad él no la practica. Su relación es de una sola vía: la espera pero no la practica.

La hipótesis alternativa es la complicidad¹¹⁴. Según este supuesto la ascensión del poder militar resultó del entendimiento entre Montesinos y Fujimori, y se debía al chantaje que Montesinos le hizo a Fujimori (y por ende a todos los personajes protagónicos de la escena política peruana) que Fujimori no solamente no lo despidió, sino que además le entregó una resolución suprema dándole las gracias por los importantes servicios brindados al país, dispuso que se le

apoye para abandonar el país y gestionó que sus ministros, otros presidentes del hemisferio y el propio Secretario General de la OEA apoyen en la gestión de su recepción, en calidad de asilado, en Panamá.

Pero, ¿cómplice? Esto querría decir que Fujimori habría estado al tanto de cuanta irregularidad e ilicitud ha cometido Montesinos y la ha condonado callándola, tolerándola, aceptándola. Y todo en nombre de la gobernabilidad del Perú.

Concedamos que Fujimori no estuvo al tanto de *todo* lo que hizo Montesinos. Parece haber hecho tanto que sólo quien viviera en su conciencia conocería cuánto verdaderamente llegó a hacer. Pero lo que si parece improbable es que no conociera por lo menos algo de lo que si hizo de malo. Lo contrario equivaldría a imaginar a un Fujimori completamente ingenuo, confiado o crédulo, características que tampoco tiene. Por el contrario. Encaja mejor con su modo de ser el pragmatismo. Ideología ésta que puede llevar a su practicante a justificar lo que al principista le parecería moralmente aberrante, y que le permitiría a la misma vez callar lo incorrecto indulgentemente a cambio de las ventajas y utilidad prestada por el agente de la incorrección. Fujimori es un hombre de ideas y objetivos claros. Sabe que la perfección es inalcanzable. Pero sabe también que hay objetivos colectivos superiores que requieren valerse de recursos torcidos para obtenerlos. Estos recursos son los hombres inescrupulosos que hacen el trabajo sucio. Siempre y cuando no sean demasiado sucios. Y siempre y cuando la suciedad no salpique más de la cuenta.

Lo peor que podría existir en la mente pragmática del presidente es la falta de gobernabilidad. La democracia no debe ser un bien ilimitado. Su oferta debe restringirse. El Estado debe ser eficaz. Para conseguirlo es menester equilibrar la oferta a todo cuanto no impida la gobernabilidad. Para ello debía reforzarse el control del país, aunque el costo supusiera la invasión o daño a ciertos bienes privados. El principal juez del bien nacional, y de los bienes privados perecibles o descartables resultó ser el jefe del espionaje y el superpoder del servicio de inteligencia.

Convertido en el factótum del poder a la sombra, el poder militar quedó controlado y subordinado. Pero subordinado no a Fujimori, sino a Montesinos. Quedó establecido un nexo y articulación en el sistema de poder a partir de dos elementos claves: la presidencia de la repú-



blica y la burocracia de las fuerzas armadas. La pieza clave fue el jefe del espionaje nacional a quien desde el servicio de inteligencia nacional se atribuyó la potestad de definir líneas de mando a partir de no otro criterio que la discreción y confianza por “necesidades del servicio”, en vez de la línea de carrera y méritos de la profesión militar.

A finales del régimen de Fujimori-Montesinos había conseguido ubicar a gente de su más estricta confianza en los puestos más importantes, así como a destituir a los críticos o conflictivos¹¹⁵. El poder militar estaba consolidado. Y en la misma proporción el poder civil había quedado sometido a la hegemonía militar: un presidente civil a la cabeza de todo el sistema político, un parlamento mayoritario a su disposición, un poder judicial y Contraloría sometidos al igual que la mayoría de instituciones y organismos claves en la organización y rol fiscalizador del Estado, y un aparato de chantaje y de manipulación de la opinión pública eficientemente montado para neutralizar a los enemigos incómodos en los momentos difíciles. Sean de la esfera privada, como, en particular, de la esfera pública.

Descubierta la trama con el hilo conductor del soborno al congresista Kouri por un grupo de congresistas inmune a la presión y chantajes como eran Olivera, Iberico e Higushi, quedó develada la ilegitimidad del poder del presidente de la república, así como el titular efectivo del poder en el Perú. Fujimori debía jugar sus cartas y encontrar una fuente de respaldo de su accionar más allá de la cúpula. Tarea nada fácil, dado que marcar distancias con Montesinos creó un vacío de poder innegablemente complicado de llenar. La presidencia quedó desarticulada de su fuente de eficacia y el montaje de legitimidad legal de la mayoría parlamentaria quedó diezmada e igualmente desmontada con los desbordes de los tráfugas espantados, de los arrepentidos y de los leales al liderazgo efectivo de Montesinos.

Este es el contexto que en el plano militar muestra el desmembramiento del momento hegemónico de Fujimori y de Montesinos, y a la vez la urgencia de un nuevo piso para un régimen político fatalmente fisurado. La salida más eficaz era la pronta convocatoria a elecciones previa la adopción de medidas legislativas que allanen el camino a la normalidad y superen la ausencia de fundamento político.

2.2.- Síntoma de ilegitimidad parlamentaria

El hecho inconcuso es que un congresista

haya sido comprado, para fabricar la mayoría parlamentaria de que carecía el gobierno en el congreso, trajo consigo la sospecha inminente de ilegitimidad de la mayoría parlamentaria, y con ella la de la presidencia del congreso y sus comisiones, así como la propia ilegitimidad del gabinete Salas Guevara Schutz. El caso del congresista Alberto Kouri Bumachar afectó la estabilidad del parlamento de Fujimori y determinó su ilegitimidad. Ilegitimidad a tal grado que el congreso resultó inútil como foro de conciliación de posiciones. El congreso, por el contrario, no obstante subsistir como reserva de algún contingente de legitimidad, se había convertido en un foco de exacerbación de antagonismos y polarizaciones que llevaban al país por una pendiente incierta y turbulenta, y no aparecía como el órgano que contaba con la capacidad ni la destreza indispensables para remontar exitosamente la crisis que la historia le puso delante.

La supuesta compra de un equipo de fedayines para el régimen de Fujimori sería sin duda un acto fraudulento y defraudatorio que afecta el sentido de la voluntad popular. Un acto de legitimación que corresponde a la misma especie que la aprobación de la llamada ley de interpretación auténtica N° 26657, o al de la falsificación de las firmas que permitió la inscripción de Perú 2000 a comienzos del 2000 ante la Oficina de Procesos Electorales, de cuya investigación se excluyó a otro importante funcionario público, como era el congresista Oscar Medelius, a quien se responsabilizaba de la organización de la falsificación¹¹⁶, a la vez que de servir de nexo entre Montesinos y los denominados congresistas montesinistas¹¹⁷.

En el pasado se conocieron casos graves de ilegitimidad parlamentaria basados en procedimientos ilícitos. Uno de los más célebres fue la elección viciada del señor Becerra de la Flor como presidente del Senado en julio de 1966, como consecuencia de la falta de conformidad entre el número de cédulas y el número de senadores votantes, en razón de lo cual el senador Luis Alberto Sánchez declaró viciada la elección de Becerra de la Flor y procedió a una segunda votación en ausencia de la oposición parlamentaria integrada por la alianza Acción Popular y Partido Demócrata Cristiano que abandonó el salón de sesiones. En la segunda elección gana el candidato de la coalición APRA-UNO, Julio de la Piedra. La lección de este caso es que la crisis de ilegitimidad se resolvió mediante la renuncia de de la Piedra a la presidencia del Senado, y la posterior elección a mediados de agosto de 1966 de David Aguilar Cornejo.



No carece por eso de razón, aún más, es totalmente razonable y coherente con los principios y la lógica de los hechos, que se gestionara el reemplazo de la Mesa Directiva por una elegida con representación de las distintas minorías en el Congreso. Solamente la taita de lucidez y apego al poder podía aconsejar a la congresista Martha Hildebrandt reacciones como la de que ella no sucumbiría a la oposición ni a pedidos de renuncia, porque ella no abdicaba de su autoridad. La ceguera moral y política en la seudomayoría del congreso revelaba que no estaba a la altura de las exigencias que el país tenía en circunstancias tan difíciles. Una crisis es todo lo contrario a un momento en el que uno puede reaccionar con las normalidades confrontacionales y los antagonismos exasperantes. La falsedad del título parlamentario en la presidencia del congreso no puede dar autoridad para exigir lealtad de nadie. Peor aún. Pretenderla socava más todavía la ilegitimidad de toda la institución, cuando el propósito central es encontrar puntos sólidos para reconstruir la institucionalidad diluida.

La salida obvia habría sido la disponibilidad de la Mesa Directiva de desprenderse de sus cargos y convocar a nuevas elecciones. Así un punto de discrepancia podría quedar resuelto, a la vez que se daba muestras de que el congreso podía ser considerado como algo más que un simple lugar de trámite para acuerdos a los que se llegaba en un foro paralelo, como era la Mesa de Diálogo presidida por el embajador dominicano Eduardo Latorre. El congreso tenía que recuperar el protagonismo y vitalidad dejados de lado por la intransigencia obcecada del autoritarismo de la seudomayoría parlamentaria.

La conclusión incuestionable para la población luego de constatado el agenciamiento de lealtades parlamentarias era que el congreso no lo representaba legítimamente. Este mismo congreso, sin embargo, era el puente entre el colapso y el nuevo régimen, con toda su falta y mancha de origen. El enlace entre el orden deteriorado y el orden por fundar. El último eslabón de un proyecto autoritario, a la vez que el primero de un nuevo intento democrático.

En medio de una crisis de proporciones insólitas, uno de los pasos hacia la regeneración de la vida parlamentaria debía ser, por eso, el cambio de mando en la dirección del congreso. Y si la distracción política, la tozudez de carácter, la ceguera espiritual o la soberbia emocional de la mesa directiva le impedía percibir las urgencias y exigencias de la hora, si los retrasos de su sensibilidad y visión alejaban al Perú de un destino

más libre y democrático, el único camino debía ser su remoción, destitución y censura.

Fueron dos los intentos de censurar a la Presidenta del Congreso. Nunca tuvo éxito en la historia política del país que un presidente del congreso haya podido ser censurado. El intento de octubre del 2000 confirmó los precedentes. Sin embargo, el 13 de noviembre la oposición consiguió su objetivo y, además, marcó un hito histórico en la vida parlamentaria del Perú. Martha Hildebrandt, elegida con los votos de la mayoría el 26 de julio del 2000, fue censurada. De esta manera se subsanó la ilegitimidad de la mayoría hechiza de Perú 2000 y se recompuso la dinámica parlamentada. noviembre del 2000 trajo consigo ventarrones de renovación y el daño quedó hecho. El dismantelamiento de la trama que ocultaba y confundía la verdad con la mentira, el engaño con la rectitud, sacudió las conciencias de los dudosos y los convirtió en una nueva fuerza política más allá de los linderos de las adhesiones con que originalmente quedaron comprometidos al conceder sus votos a la primera Mesa Directiva íntegramente compuesta por mujeres.

Censurada Martha Hildebrandt, y elegido en su reemplazo el congresista Valentín Paniagua con votos de la oposición además de algunos otros de la anterior mayoría parlamentaria, el camino para el cambio de mando en la conducción de la transición también quedó allanado. Quedó claro que la oposición había ganado adhesiones de octubre para noviembre. El desenlace de la caída definitiva se acercaba. Las revelaciones sobre las cuentas bancarias de Montesinos en Suiza, así como las comisiones por la compraventa de armas y otras formas proscritas de ganancia de dinero precipitaron aceleradamente el colapso, y abrieron la vía para que la posta sea asumida por la oposición. Haber logrado la censura de la presidenta del congreso fue una demostración clara de la recomposición de fuerzas en el parlamento, a la vez que un aviso del siguiente paso: el reemplazo de Fujimori como presidente de la república y, también, como conductor de la transición. El congreso había cumplido y la higiene que el país demandaba de sus representantes quedó satisfecha y saneada con el cambio.

2.3.- Límites de higiene política: la comunidad internacional

Los análisis de coyuntura por lo regular tienden a enfocar el papel que cumplen los actores nacionales solamente en el desenvolvimiento de los hechos normales o extraordinarios. Pero



en la crisis del 14 de Setiembre la situación estaba ya entroncada con una red de relaciones internacionales que hace imposible eludir el reconocimiento de la comunidad internacional como uno de los nodos alrededor de los cuales se desenvuelven y desatan los conflictos que anudó la ilegitimidad militar en el poder.

La legitimidad de la mayoría del congreso había quedado definitivamente cuestionada. El cuestionamiento se dio por la desintegración del bloque de 64 congresistas luego del desbande de tráfugas y retráfugas, pero especialmente por la incapacidad de los miembros de la mayoría para concebir la naturaleza de la crisis y la diferente posición que le correspondía en el momento emergente¹¹⁸.

Cuestionada la legitimidad de la mayoría quedó igualmente cuestionada la del gobierno, que recibe la investidura del congreso. Debía recurrirse a un foro ajeno al del congreso, en el cual cupiera un espacio de discusión imparcial. El foro central para la solución de la crisis, por lo tanto, dejó de ser el congreso, y pasó a ser la Mesa de Diálogo coordinada por representantes de la OEA.

A diferencia de lo ocurrido en anteriores ocasiones en el Perú, excepción hecha probablemente del papel que cumplió la OEA en su Asamblea de las Bermudas con ocasión del autogolpe del 5 de abril de 1992 y la fórmula para el retorno a la constitucionalidad, la crisis desatada en el Perú a partir del 14 de setiembre es un ejemplo por antonomasia de la participación de actores internacionales en los hechos políticos internos¹¹⁹.

La OEA fue, como ya se ha visto, uno de los protagonistas tanto en el proceso de reconocimiento del mandato electoral a favor del presidente Fujimori, donde la iniciativa de México y Brasil neutralizó el pedido de Estados Unidos, Costa Rica y Canadá para desconocer la elección fraudulenta de Fujimori y aplicar sanciones internacionales a menos que se restableciera la normalidad democrática, como igualmente cumplió un papel activo en el proceso de transición y retorno a la normalidad con la crisis del 14 de setiembre¹²⁰.

En este caso la labor de la OEA consistía en promover el diálogo entre los diferentes sectores de la sociedad peruana y supervisar el progreso de la implementación de las reformas¹²¹ que se acordó llevar a efecto en la Asamblea General de la OEA llevada a cabo los primeros días de

junio del 2000 en Windsor, Canadá, como consecuencia del informe de la Misión de Observación Electoral de la OEA en el Perú y de la opinión expresada por el presidente de la Asamblea General de la OEA, Lloyd Axworthy y su Secretario General César Gaviria luego de la visita que realizaron en el Perú del 27 al 30 de junio.

Al recibir a Montesinos, Panamá accedió a los requerimientos del hemisferio para facilitar el proceso de democratización en el Perú. No obedeció a la sola gestión del interesado, ni a la de los representantes del gobierno peruano. Fueron los pedidos concurrentes de los presidentes de varios países, entre ellos probablemente el más importante el del presidente Cardoso del Brasil, a la vez que la formalización y canalización formal del mismo a través de la OEA mediante César Gaviria, los que dieron la salida temporal a la expatriación del jefe del espionaje nacional.

El papel de la OEA tuvo un carácter eminentemente político y pragmático, circunstancia que llevó a desazón a quienes esperaban de sus representantes una posición más centrada en lo que podría llamarse una cultura democrática y constitucional de carácter continental. Por el contrario, su posición estuvo inspirada en el reconocimiento de situaciones de hecho y de equilibrio interno de fuerzas, antes que en un papel proactivo a favor de la articulación de la resistencia contra el poder paralelo, carente de legitimidad representativa y menos aún popular.

Si a alguna ideología cabría apelar para tipificar el papel de la OEA ésa sería la del reconocimiento de la cultura militar como sustento del poder político en los países latinoamericanos. A pesar de que la OEA pudo recurrir a los Pactos que rigen el desarrollo continental de las Américas, optó por concordar voluntades en dos planos. En el primero se movió el propio Secretario General de la OEA, que apoyó y articuló salidas que no eliminaban la ilegitimidad y, por lo mismo, avaló la ilegitimidad con su complicidad así como con la complicidad de los presidentes de otros países que promovieron una transición que no erradicaba la impunidad y que, peor aún, la favorecía y facilitaba su metamorfosis y transformación. Y en el segundo, que fue cumplido por Latorre como cabeza de la Misión Especial encargado de la Mesa de Diálogo, facilitó el diálogo plural con diversas fuerzas sociales del país, como eran las diversas tendencias de la oposición, gremios empresariales, organismos no gubernamentales, y la iglesia y, del otro lado, con



algunos miembros del gabinete que actuaban como interlocutores en nombre del gobierno.

De igual forma otro argumento utilizado respecto del factor internacional fue el comunicado de prensa redactado por el Secretario General de la OEA, en el que se advertía que “su continuidad como Jefe de Estado puede significar incertidumbres y representar un obstáculo para el normal desarrollo del proceso democrático”¹²². De esta manera se interpretó que la OEA tomaba una posición marcadamente frontal ante el régimen de Fujimori, respecto al que había actuado contemplativamente cuando los Estados Unidos, Costa Rica y Uruguay adoptaron una posición común en Windsor, Canadá, en contra del procedimiento electoral que le reconoció la victoria electoral. La posición de la OEA reflejó la posición de Brasil, México y Argentina, que apelando al principio de no intervención afirmó que los principios de democracia continental sean supeditados al primero.

De manera parecida, el papel de la OEA fue igualmente capital cuando el propio Gaviria intercede ante el gobierno de la presidenta Mirreya Moscoso, de Panamá, para que reconsidere positivamente el pedido de asilo para Vladimiro Montesinos, papel en el que concurrieron igualmente los presidentes Cardoso, De la Rúa, Lagos y Zedillo, de Brasil, Argentina, Chile y México.

El doble discurso es una herramienta peligrosa en el desarrollo de la política, más aún cuando se accede a promover la concertación y conciliación en situaciones antagónicas. Este hecho expone a la institución a la falta de credibilidad cuando llega a tomar partido por uno de los actores en la relación, pero el descrédito es todavía mayor cuando lo hace al amparo de la *realpolitik* en vez de las normas que su carta y pactos constitutivos respaldan. La actuación de la OEA llevó a reconocer la raíz corrupta del poder de facto del gobierno y la lógica y procedimientos ilegítimos de los actores que lo amparaban, y negó el discurso universal y de integración que la justificaba.

El éxito de su papel, sin embargo, es que ayudó en el proceso de desfogue o desahogo de las tensiones, permitiendo el entroncamiento de enlaces con otros países de la región que colaboraron entre sí para crear alternativas viables, así como constituyendo el foro de deliberación que se requería para articular a actores que carecían de espacio apropiado para resolver plural y con-

sensuadamente los extremos en discordia.

Se afirmó que Fujimori tomó la decisión del sábado 16 de setiembre de anunciar el adelantamiento de las elecciones, porque sufrió presiones de los Estados Unidos. La especulación sobre dicha presión surgió por el rumor de que la Secretaria de Estado de los Estados Unidos, Madeleine Albright, le habría anunciado en su encuentro en Nueva York alrededor de una semana antes de la crisis que los Estados Unidos adoptaría sanciones contra el Perú a menos que se adoptaran acciones claras sobre la situación política nacional en materia del proceso democrático. Otra fuente es la presencia del embajador americano en el Palacio de Gobierno a algunas horas después de conocerse el vídeo por la televisión.

La presión internacional es un factor que impide o, por lo menos, restringe, ciertos cursos de acción. Las posibilidades, por ejemplo, de que las Fuerzas Armadas optaran por la vía del golpe de estado como una salida de la crisis tienen en la reacción de la comunidad internacional un desincentivo a sus iniciativas. Minimizar o ignorar este factor traería reacciones económicas y políticas que lesionarían en principio a la comunidad nacional pero igualmente, y en mayor grado, su propia posición como institución.

Pero más allá del incentivo negativo sobre los actores de la crisis, la comunidad internacional representa igualmente un incentivo positivo como agente cohesionador de consensos. Este papel tiene asidero en la imparcialidad que acompaña a quienes como observadores más o menos desinteresados pueden facilitar el logro de consensos entre pretensiones en mayor o menor grado maximalistas. Los agentes de organismos internacionales presentes en los foros y mesas de discusión actúan como las aletas de refrigeración en los motores

3.- Reflexiones finales

¿Cuál era la mejor salida de la crisis? ¿Era necesario que Fujimori anuncie su abandono de la presidencia? ¿Pudo haber decidido el adelantamiento de su apartamiento del cargo sin anunciarlo cuando lo hizo? ¿Y haber dejado de anunciarlo ante la opinión pública no habría precipitado la iniciativa de la cúpula militar para dar un golpe contra el propio Fujimori? ¿Fue la presión interna lo que lo motivó a facilitar el camino a la desantagonización, fue su decisión resultado



de la presión externa, o se debió simplemente a la solicitud y urgencias que le hizo su hija Keiko Sofía? ¿Debió dirigir Fujimori la crisis?

Una primera revisión de la crisis, a tres meses de haberse producido el síntoma de su colapso, deja ver que la lógica y contradicciones se reprodujeron de modo simétrico en los diversos foros. La metástasis de la crisis dejó ver, igualmente, que el mal era el mismo: el cáncer de la corrupción al interior de las fuerzas armadas. Por eso es que la solución a la crisis llegó a un punto en el que se concibió que lo central para desatar el nudo del antagonismo era que la sociedad civil respalde de modo unánime a su presidente, de manera que las fuerzas armadas abdujan de su condición hegemónica en la coyuntura. Tal medida consistía en priorizar los niveles de ilegitimidad, ubicando en el más alto la usurpación del poder por los altos mandos militares que esgrimían posiciones de dominio y establecían condiciones de respaldo al presidente.

Una vez consolidado el poder presidencial como conductor de la transición y establecida la línea de mando legítima de orden político, el primer obstáculo en la crisis habría quedado resuelto. Sin embargo, tal respaldo tendría sentido exclusivamente si se cumplen las siguientes condiciones: primero, que el presidente, su gabinete y su mayoría reconocían abierta y transparentemente la inminencia efectiva de la amenaza militar, hecho éste que suponía igualmente la entrega y confianza del presidente a quienes le ofrecían su respaldo; la factibilidad que un grupo al interior de las fuerzas armadas tuviera la convicción de que era necesario desconocer a la cúpula militar formal y regularmente establecida asumiendo una actitud de antagonismo contra la autoridad; y tercero, que la unidad de la sociedad civil fuera efectivamente una posibilidad y por lo tanto que la pluralidad encontrara puntos de convergencia

A fines de setiembre del 2000, cuando se entibiaba en Lima la atmósfera de primavera, el proceso y voluntad política para el tránsito a la democratización parecía abrirse camino. El decaído liderazgo de un Fujimori, ablandado por los maretaos de un océano poco pacífico, retenía todavía el hálito de la lealtad en sus seguidores. Las aguas embravecidas de dos semanas pocas santas permitían divisar un núcleo de consensos mínimos. La conclusión más dolorosa para muchos fue el haber tenido que depender de la supervisión internacional para corregir la obcecada y lamentable testarudez de un líder autoritario. La lección más importante: mantener la separación

entre poder político y aparato militar. A eso obedeció probablemente que Pablo Macera afirmara que era mejor que Montesinos se encuentre fuera del país que adentro¹²³.

El copamiento del Estado y los costos que trajo a la sociedad fueron tremendos. El intento de desmontaje probablemente acabará con la epidermis pero los efectos y el daño habrán sido igualmente grandes. No se olvide que, independientemente de los errores propios de los líderes de los partidos políticos, fue el aparato militar el que construyó las campañas sicosociales, que reprodujo indulgentemente la prensa, en contra de este importante medio de intermediación de la voluntad política. Acabado el proyecto Fujimori está pendiente la restauración de las asociaciones cívicas y partidarias. Una nueva ideología de participación, y también de asociación política, queda por construir en la primera primavera del siglo XXI.

Participación, reglas electorales y cultura política

Conforme avanza el lento proceso hacia el reequilibrio institucional y democrático, algunas dudas y preguntas van abriéndose paso. En realidad resulta que más son las dudas que las explicaciones, y más son las preguntas que los ensayos satisfactorios de respuesta. Entre las preguntas que van apareciendo, algunas son, por ejemplo, ¿cuáles son las incrustaciones o enclaves autoritarios que todavía han quedado sin desmontar?, ¿qué límites ha impuesto el régimen al interior incluso de la oposición, que impiden cambios políticos e institucionales más francos en el congreso, el poder judicial, las fuerzas armadas y la policía nacional?, ¿qué cambios no resultan posibles exclusivamente por la cultura de la composición política del congreso, como eje del todavía pendiente proceso de transición hacia la democracia plena?

La experiencia de estos diez últimos años de vida política sugiere que es necesario mejorar los mecanismos, reglas y métodos de participación y control político de la población, de modo que la deliberación que usualmente queda restringida al ámbito de los círculos estatales se expanda y sea posible consumir cada vez más la opinión, intereses y posiciones de los distintos grupos de la sociedad. Los procedimientos hasta ahora utilizados son restrictivos. Revelan una actitud desconfiada frente a la opinión de la comunidad. En cuando reservan la opinión política al círculo de los representantes elegidos a la vez que desperdician valiosos insumos de salud



política y social configuran un modelo elitario de decisión política que es conveniente revisar. El gran aporte de la democracia deliberativa es la preocupación por la difusión y multiplicación de foros, a la vez que la aproximación al diseño de los procedimientos para incorporar las opiniones particulares sobre problemas propios de la esfera pública, con el menor riesgo posible de paralizar ni desestabilizar la marcha del Estado. Esta es una línea de desarrollo de los procesos políticos pendiente de explorar.

El aporte de la democracia radical, inspirada en las reflexiones de Laclau y Mouffe es igualmente oportuno tenerlo presente. Concebir la democracia como un punto de llegada, en vez de un punto de partida o un punto de tránsito, ha llevado a concentrar el análisis sobre el éxito de la democracia a las instituciones estatales, descuidando la cultura de la población a la cual representan las instituciones y los líderes elegidos. Probablemente la mejor manera de hacer de nuestras instituciones democráticas es incorporar la pluralidad y las diferencias en los procesos políticos, de tal modo que la evaluación de los logros no se realice exclusivamente en términos del rendimiento o la eficacia. Es importante incorporar como un criterio de evaluación la valoración de niveles cada vez más amplios de inclusión de la diversidad en los procesos políticos. La teoría de la democracia radical tiene como principio el carácter relativo del régimen democrático y, por lo tanto, asume que parte del mismo es la imposibilidad de lograr resultados que satisfagan absolutamente a toda la diversidad y pluralidad de individuos o tendencias en cualquier sociedad. Todo proyecto democrático es, finalmente, un proyecto hegemónico en el que algunos discursos tienen mayor capacidad de dominio sobre otros. El régimen es democrático en la medida en que sea más difusa la posibilidad de articular proyectos diversos de hegemonía.

La democracia deliberativa y la democracia radical apuntan por tanto a un régimen en el que se robustezca e incentive la participación. Este objetivo puede alcanzarse naturalmente con las propuestas de uno y otro modelos, pero es igualmente valioso revisar el aporte de la teoría de la democracia republicana, que afirma la democracia como un régimen de vida en comunidad antes que como un sistema puramente institucional. La democracia republicana enfatiza en la condición objetiva y universal de los valores de la comunidad, y en la dependencia que el Estado debe tener de la comunidad. Precisamente la propuesta inversa a la generalmente observada en los análisis que enfatizan en el análisis

institucional. Si el Estado es un subproducto de la comunidad, su dominio no puede ser en perjuicio de ésta. Al contrario, la comunidad retiene el control axiológico último de los logros del Estado. La comunidad no admite su reducción a la agregación de preferencias individuales. Por el contrario, más allá de la suma de individualidades existe una colectividad distinta de las partes, la misma en la que comparten una misma cultura, racionalidad y proyecto de vida. Esta comunidad no delega al Estado ni a sus representantes su soberanía. En el contexto actual, este mismo cuerpo de ideas recupera la identidad del cuerpo soberano y, por ello, exige mecanismos y procedimientos efectivos de participación y de control político de manera que el leviatán no se desborde.

Entre los aspectos pendientes en materia de participación de la diversidad y de la pluralidad de la comunidad en los procedimientos deliberativos y de control político y social, los que están pendientes de revisar son los relativos a la expresión de la voluntad política colectiva. Uno de los más saltantes es la injerencia del congreso en los procesos de consulta popular como el referéndum. Otros dentro del mismo ámbito incluyen los diseños electorales que favorezcan un mejor índice de representación de la pluralidad de colectividades en el país, que tiene que pasar por la revisión de las actuales cuotas de representatividad ante el congreso, de modo tal que sea posible el enlace apropiado entre el representante y unidades orgánicas de la comunidad para hacer posible el control y una mayor correspondencia e identidad entre comunidad y Estado.

Un aspecto que debe advertirse al preparar la optimización de la relación entre la comunidad y el Estado, es que el sistema electoral no debiera incentivar la proliferación de alternativas alrededor de personas sino de propuestas o programas integrales. La opción debe ser por la idea y por los símbolos culturales que encarnan las agrupaciones, antes que por la atomización alrededor de individuos y el ideario de sus propios y particulares intereses. Existe una tendencia fuerte a apoyar el voto preferencial, bajo el argumento de que facilita la preferencia del elector. Ello es más una ilusión y una apariencia que una realidad. El elector no conoce a los candidatos lo suficiente para poder elegir apropiadamente entre unos u otros. El voto preferencial, además, es útil como mecanismo de compensación ante los poderes excesivos que pueden llegar a tener las cúpulas partidarias en el proceso de selección de sus líderes y de los candidatos




que presentan a puestos públicos en nombre de cada agrupación. Si el régimen de participación partidaria es virtualmente inexistente poco sentido tiene neutralizar o suavizar la voluntad de las cúpulas. Todo lo contrario: de lo que se trata es de fortalecer la organización de las agrupaciones de manera que estén en mejores condiciones de actuar como entes de propuesta que puedan asumir plenamente la responsabilidad de dirigir. Esto no es posible con el voto preferencial que tiende a diluir y hasta a eliminar la capacidad de ofrecer planes o propuestas coherentes con un equipo y un personal elegido y comprometido para llevarlo a cabo, sacrificando si fuera necesario sus opciones personales.

La democracia es cuestión, ciertamente, de reglas que se respetan. Pero es fundamentalmente cuestión de reglas que se viven y encarnan en una cultura de pluralidad, de tolerancia, de libertad y de democracia. La participación y el interés en hacernos cargo de los asuntos que trascienden las fronteras de nuestra individualidad es parte de una cultura compartida. En tanto no cambie la visión que tenemos de la vida como un fundo que parcela el ámbito de nuestro interés exclusivamente individual será muy poca la mejoría en la calidad de vida de nuestra comunidad política.

La democracia es, en fin, un supuesto ético y una manera de vivir. Es una conducta. No sólo reglas, estructuras, instituciones o normas. El resultado de los procesos políticos depende de la virtud de quienes viven la vida política en

la comunidad. Las reglas serán tanto más útiles y buenas cuanto mejores sean quienes deben darles uso y ponerlas en práctica. La transición democrática, por eso, es parte de un horizonte a largo plazo que pasa antes por el reconocimiento de la importancia de la educación de la emoción democrática de los ciudadanos no menos que la transformación de actitudes y comportamientos de los gobernantes y representantes de la colectividad para poder vivir y crear las condiciones en las que se afirme una cultura de la diferencia y de la pluralidad.

El cimiento y techo de la democracia es, en última instancia, la cultura de la gente y de los actores en los procesos sociales, así como en los procesos políticos de los órganos del Estado. La estructura normativa e institucional son los ángulos, los lados y los vértices del edificio, pero las personas son la materia que resiste, soporta y ahorma esa estructura. Para que la contraola autoritaria sea finalmente exorcizada es más importante la *metanoia* de los espíritus que los cambios normativos. Si las gentes no cambian, los trajes nuevos de la democracia serán sólo remedo y caricatura de un orden inexistente. La democracia supone un cambio profundo desde el ser, desde la emoción y desde la vida. La legislación ni las sanciones hacen democráticos a los pueblos. El cuerpo de la democracia es el afecto y la devoción cotidiana y diaria de sus protagonistas. No lo son las declaraciones de filigrana, solemnes y untuosas, con las que suelen adornarse los gobernantes o los representantes del pueblo. 

¹ Probablemente la mejor caracterización de la *democracia* fujimorista la ha hecho Sinesio López. Ellas son que (1) se basa en un pluralismo limitado con tendencia al protagonismo único, en el que la oposición democrática es tolerada dentro de límites estrictamente formales; (2) se apoya en la desconfianza hacia los partidos políticos, estimula la despoltización de la población a la vez que la participación plebiscitaria; (3) su propósito es durar y por eso desarrolla algunas políticas populistas, pero desconfía de toda ideología y su acción es eminentemente pragmática; (4) aún cuando presenta un rostro civil en el gobierno y el congreso, el presidente es socio de la organización militar que lo sustenta, con una presencia decisiva del servicio de inteligencia nacional, y con la neutralización de la función fiscalizadora y de control de los órganos constitucionales; y (5) no es transparente en sus decisiones, no acepta a rendición institucional de cuentas y propicia la inseguridad jurídica mediante la modificación de las reglas de juego según los intereses del gobierno y de sus aliados. Cfr. "Mediaciones políticas, democracia e interés público en el Perú de los 90", en *Fracturas en la gobernabilidad*, editado por Raúl Urzua y Felipe Agüero, Centro de Análisis de Políticas Públicas y Universidad de Chile, 1998, pp. 487-488.

² Al día siguiente: el fujimorismo como proyecto inconcluso de transformación política y social", en *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*, Lima, IEP, 2000, p. 158.

³ O'Donnell, Guillermo, y Schmitter, Philippe O., *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*; The Woodrow Wilson International Center for Scholars, The John Hopkins University Press, 1986, p. 6.

⁴ Loc. cit.

⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶ Loc. cit.

⁷ Aunque por cierto no se llegaba al debate con la voluntad clara de alcanzar el éxito. Recuérdese por ejemplo que la oposición dejó de asistir al congreso; que el ministro Bustamante Belaunde condicionó la reforma constitucional de recorte del mandato a la aprobación de una ley que disponga la impunidad por actos cometidos por funcionarios públicos en la lucha tanto vinculada al terrorismo como al narcotráfico; y que el propio congreso prorrogó su primera legislatura, que originalmente debía concluir a mediados de octubre hasta fines del mismo mes.

⁸ Es interesante proyectar el tipo de transición al que se habría arribado, según que ésta hubiera sido conducida plenamente por el gobierno, la Mesa de Diálogo a través de las negociaciones entre gobierno, oposición y sociedad civil, o un régimen provisional específicamente designado por la oposición para conducirla. En el primero, el resultado habría equivalido a lo mismo de lo mismo, o a más de lo mismo. En el segundo, algo distinto con algo de lo mismo. Y en el tercero a mucho menos de o mismo y a algo mucho más distinto. En cualquiera de los tres tipos cabría hablar de transición, aunque en los dos primeros casos más pareciera ser una transición encubierta para mantener las raíces del mismo régimen. En sentido estricto debiera reservarse el concepto de transición para referirla a las que suponen un proceso franco y no simulado de liberalización del régimen autoritario con fines de democratización.

⁹ A propósito de la metáfora de las olas y de las contraolas, es indispensable recordar las advertencias de Huntington, para quien la característica elemental de la alternancia entre partidos propia de democracias estables es sustituida por un modelo cíclico de alternancia entre



democracia y autoritarismo. De países como el Perú dice Huntington que esos países tienden a oscilar entre gobiernos democráticos populistas y regímenes militares conservadores. Bajo un régimen democrático, las posturas radicales, la corrupción y el desorden alcanzan niveles inaceptables, y las fuerzas armadas los derrocan, con un considerable acatamiento popular. A continuación, sin embargo, se deteriora la coalición que sostiene el régimen militar, éste no logra resolver eficazmente los problemas económicos, los oficiales profesionales se asustan ante la politización de las fuerzas armadas, y, de nuevo con gran acatamiento popular los militares renuncian o son derrocados. En esos países, el cambio de régimen logra así la misma función que la alternancia de partidos en un sistema democrático estable. El país no alterna entre sistemas políticos autoritarios y democráticos; la alternancia entre democracia y autoritarismo es el sistema político del país. Ver *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona, Paidós, 1991, p. 50. El régimen de Fujimori sería, en este esquema, una variante de un régimen militar conservador, en el que se recurrió a políticas neopopulistas con los sectores económicamente más desfavorecidos y al uso turbio de los medios de comunicación para crear el respaldo popular cuya finalidad sería la mayor perdurabilidad del gobierno y de la coalición civil-militar en el poder.

¹⁰ De esta manera se cumple la advertencia de Schmitter. Efectivamente *nada fuerza a las dictaduras a liberalizarse, ni a las dictablandas a democratizarse* (...) Eso pertenece a las zonas grises de la vida política que Machiavelli denominó *virtú y fortuna*. Cfr. "La transición del gobierno autoritario a la democracia en sociedades en proceso de modernización: ¿puede invertirse la proposición (y el pesimismo) de Gino Germani?", en *Los límites de la democracia* Buenos Aires, CLACSO, p. 167.

¹¹ En 1990 Alberto Adriánzén proponía el replanteamiento de las relaciones entre Estado y sociedad, de modo que se incluyera en ellas el papel del mercado en un ordenamiento democrático y participativo, y postulaba que de no efectuarse tal replanteamiento el Perú continuaría prisionero del dilema populismo o liberalismo señorial o, lo que es peor: *que vivamos eternamente una situación aparentemente transicional, expresión de una sociedad bloqueada, siempre al borde del abismo e incapaz de construir un nuevo orden, más justo y democrático, sobre la base de la sociedad, la reforma del Estado y lo mejor de las tradiciones democráticas socialistas y liberales* (Cfr. "Estado y sociedad: señores, masas y ciudadanos", en *Estado y sociedad: relaciones peligrosas*, Lima, DESCO, 1990, p. 42).

¹² *La tradición autoritaria*, Lima, Ed. Sur y Asociación Pro Derechos Humanos-Aprodeh, 1999, p. 28.

¹³ Ob. cit., p. 39

¹⁴ Bobbio, explicando a Montesquieu, dice que *el defecto del despotismo, de cualquier forma que adopte, es la concentración del poder en la persona de uno solo; y la concentración del poder siempre es mala* (Cfr. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, FCE, 1992, p. 145). El tirano, déspota o caudillo son resultado de una característica cultural en el Perú, que tiene que ver con la confianza en el individuo antes que en la ideología, la búsqueda del dirigente providencial y el desdén por los planes de gobierno. Flores Galindo recuerda que *el caudillismo asentó sus raíces antes que en una ideología, en una mentalidad colectiva: la espera de un mesías, de un salvador, de un hombre providencial* (...) El caudillismo es jerárquico (...) Es una apuesta ciega en un individuo y en sus designios. Ob. cit., p. 33.

¹⁵ Una cultura, dice Maturana, es constitutivamente un sistema homeostático para la red de conversaciones que la define, y el cambio cultural, en general no es fácil y sobre lodo, no lo es en nuestra cultura patriarcal que es constitutivamente un dominio de conversaciones que genera y justifica en forma explícita acciones destructivas contra aquellos que directa o indirectamente la niegan con su conducta. Cfr. "Conversaciones Matriciales y Patriarcales", en *Amor y juego. Fundamentos olvidados de lo humano desde el patriarcado a la democracia*, editado por Humberto Maturana Romesín y Gerda Verden-Zöllner, Instituto de Terapia Cognitiva, Santiago de Chile, 1995, p. 53.

¹⁶ Dice este autor que *la democracia no es un producto de la razón humana; la democracia es una obra de arte, es un producto de nuestro emocionar, una manera de vivir de acuerdo a un deseo neomatricial por una coexistencia dignificada en la estética del respeto mutuo. Lo que hace difícil el vivir en democracia es el medio de una cultura patriarcal que continuamente la niega, es el que las gentes que quieren vivir en democracia son en su origen patriarcales. Y es precisamente porque ellas también son patriarcales en su origen, que ellas no entienden que la democracia no tiene justificación trascendental, y que es de hecho artificial, un producto de la coinspiración, y creen que una vez que la democracia ha llegado a ser estabilizada, puede ser defendida racionalmente a través del uso de nociones tales como derechos humanos como si éstos tuviesen validez universal trascendente, sin darse cuenta de que estos son también arbitrarias obras de arte* (...) La defensa de la democracia, y de hecho, la defensa de cualquier sistema político, necesariamente conduce a la tiranía. Cfr. ob. cit., p. 62.

¹⁷ Es una constante en nuestra historia, después de todo, que *la democratización de la sociedad civil ha marchado a contracorriente de la tendencia secular que conduce al autoritarismo estatal y al ejercicio despótico del poder*. Ibid., p. 61.

¹⁸ Uso la definición de régimen de Cardoso, para quien el régimen comprende *las normas formales que vinculan a las principales instituciones políticas (al legislativo con el ejecutivo, al ejecutivo con la judicatura, y al sistema de partidos con todos ellos), además de a la cuestión de la naturaleza política de los vínculos entre los ciudadanos y los gobernantes (democrática, oligárquica, totalitaria o la que sea)*. En "Sobre la caracterización de los regímenes autoritarios en América Latina", en *El nuevo autoritarismo en América Latina*, editado por David Collier, México, FCE, 1985, p. 44.

¹⁹ Regularmente los análisis constitucionales del régimen político tienden a referirse solamente al aspecto del diseño institucional, y de ello se desprenden definiciones poco precisas en relación con el ejercicio efectivo del diseño de tales instituciones. Valentín Paniagua combina el aspecto práctico del régimen con el de su diseño, y califica al régimen que norma la Constitución de 1993 como uno de *presidencialismo absolutista*. Para Paniagua, el presidencialismo peruano es absolutista por el carácter personal que la Constitución le atribuye al Poder Ejecutivo; por el carácter precario de la descentralización del poder estatal; por la influencia efectiva y liderazgo que el presidente de la república puede tener sobre la mayoría parlamentaria; así como por la gravitación decisiva que tiene sobre el poder judicial y sobre las diversas instituciones constitucionales autónomas. Además, dice Paniagua, favorecen el absolutismo presidencial peruano factores como la elección popular directa del presidente; la estructura unipersonal del Poder Ejecutivo que asegura el monopolio del poder del presidente, cuya opinión prevalece; la representatividad del presidente, que le adjudica la personificación mística de la nación; y la irresponsabilidad política y administrativa del presidente, que lo hace inimputable por la comisión de delitos de función. Cfr. "Las relaciones legislativo-ejecutivo", en la revista *Ius et Praxis*, enero-diciembre 1992, N° 19-20, pp. 70-77; y "La Constitución peruana de 1993" en *Dereito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Volumen IV, N° 2, 1995, pp. 9-52.

²⁰ Cardoso, Fernando Henrique; Ob. cit., p. 48. Aníbal Quijano indica que *hoy, el control del poder político es, en lo inmediato, ejercido por una coalición entre: a) la facción dominante de las Fuerzas Armadas, del Ejército en primer lugar; b) una reducida nueva tecnocracia política que encabeza el ingeniero Alberto Fujimori (...); c) el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), formado por profesionales civiles y militares de "inteligencia", como el principal instrumento de gobierno (actualmente bajo la dirección de Vladimiro Montesinos, abogado acusado de vinculaciones con el narcotráfico, ex militar expulsado del Ejército por cargos de espionaje por cuenta de la CIA. Él tampoco tiene cargo formal y no tiene así responsabilidad oficial)*. El diagnóstico de Quijano incluye en el régimen a actores ajenos a la esfera estatal, y caracteriza al régimen afirmando que *1) el país está bajo el cogobierno Fuerza Armada-Fujimori con el patrocinio del FMI, y el respaldo de la gran empresa; 2) tiene la más precaria institucionalidad desde la Segunda Guerra Mundial; 3) el poder del Estado se ejerce de modo coercitivo, manipulatorio y arbitrario; 4) en beneficio de una franja minoritaria de la población; 5) con la ventaja de no tener en contra ninguna fuerza social o política organizada; 6) en consecuencia, sin tener que enfrentar ningún discurso social o político alternativo o siquiera eficazmente crítico, mucho menos los respectivos movimientos sociales organizados, como ocurría en cambio desde los 20 hasta mediados de los 80*. Cfr. *El Fujimorismo y el Perú*, Lima, SEDES-Seminario de Estudios y Debates Socialistas, 1995, pp. 11 y 14. En similar sentido ve el caso Sinesio López, quien señala que *el golpe es promovido por el presidente de la República y apoyado por los militares o un sector importante de ellos, dando origen a una dictadura civil-militar. El círculo se cierra con el respaldo de los empresarios y los tecnócratas fondomonetaristas que pasan a formar parte del bloque en el poder. La peculiaridad de esta dictadura es que la cabeza política es un civil, pero el soporte efectivo son los poderes reales: las fuerzas armadas y los empresarios*. Cfr. "Perú: una pista de doble vía. La transición entre el autoritarismo y la democratización (1992-1995)", Documento IDS, suplemento a *Cuestión de Estado* N° 8-9, 1995, p. 10.

²¹ Como recordaba Alberto Flores Galindo, la paternidad del concepto de *dictablanda* le corresponde a Martín Adán (*La tradición autoritaria*, Ed. Sur y Asociación Pro Derechos Humanos-Aprodeh, 1999, p. 30). Sin embargo, sobre el desarrollo conceptual de los conceptos mencionados ver en particular el análisis de Sinesio López, "Perú: golpe, democracia y democracia", en *Cuestión de Estado* N° 4-5, setiembre-octubre, Lima, IDS, 1993; así como su "Mediaciones políticas, democracia e interés público en el Perú de los 90", en ob. cit. pp. 467-504.

²² De este parecer es Gonzalo Portocarrero, quien cree que en el Perú *la autoridad estaría más cerca del sultanismo, para emplear un término weberiano, que del autoritarismo, porque en el autoritarismo hasta el jefe se pone al servicio de una misión o de un orden impersonal, mientras que en el sultanismo, como dice Weber, el sultán puede cambiar la ley si es que esa ley no le agrada en un momento determinado. Lo que fundamenta el orden en el sultanismo es el capricho del dominante, que es un poco lo que vemos en el Perú, donde no hay un sentido ni una disciplina que trascienda y ordene a todos* (en la entrevista

- "Modernidad popular, utopía del progreso y democracia", aparecida en la revista *Cuestión de Estado*, Año 1, N° 6, noviembre-diciembre 1993, p. 48).
- ²³ Dice John Crabtree que el gobierno de Fujimori utilizó muchas de las tradicionales prácticas populistas en la esfera política. Se reafirmó una tradición autoritaria, basada en un estilo de gobierno personalista que huyó de las instituciones representativas y los sistemas formales de fiscalización (accountability). Se forjó una relación nueva con el Ejército, mientras que los partidos políticos fueron relegados aun más a los márgenes del sistema político. Debido a las nuevas políticas económicas y al impacto que tuvieron en la distribución y la desigualdad, se estableció un nuevo sistema de control político basado no en la inclusión y participación sino en nuevas formas de patrocinio y clientelismo. Cfr. "Neopopulismo y el fenómeno Fujimori", en *El Perú de Fujimori 1990-1998*, editado por John Crabtree y Jim Thomas, U. del Pacífico - IEP, 1999, pp. 68-69.
- ²⁴ Cynthia McClintock señala que la clasificación apropiada para el Perú (1995 al presente) es de autoritaria y no de una democracia delegativa, una pseudodemocracia o una democracia con cualquier tipo de adjetivo. Un criterio fundamental para nuestra estimación es la evaluación de los propios peruanos de que el terreno electoral para las elecciones presidenciales del año 2000 está sesgado y que muy probablemente las elecciones serán fraudulentas. Los peruanos basan sus evaluaciones en sus percepciones de la voluntad política del presidente Fujimori y no en cualquier precedente específico. Ver "¿Es autoritario el gobierno de Fujimori?", en *El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas*, editado por Fernando Tuesta Soldevilla, Lima, ed. Friedrich Ebert Stiftung, 1999, p. 92.
- ²⁵ Es importante recordar que el populismo nace, según lo señala Alberto Adrián, junto con el Estado moderno, bajo la república aristocrática, como la cara plebeya del régimen oligárquico (cfr. "Estado y sociedad: señores, masas y ciudadanos", en *Estado y sociedad: relaciones peligrosas*. Lima, DESCO, 1990, p. 15). Sinesio López afirmaba en 1990 que los peruanos estamos asistiendo a los estertores de la época populista y modernizante de nuestra historia contemporánea (...) El cierre de la época populista agota el diagnóstico antioligárquico del Perú, la industrialización sustitutiva de importaciones como modelo de desarrollo y las estrategias estatizantes propias del populismo latinoamericano (cfr. "El Perú de los 80: sociedad y Estado en el fin de una época", en *Estado y sociedad: relaciones peligrosas*, DESCO, 1990, pp. 202-203). Al parecer fue prematura la partida de defunción que extendía Sinesio López, porque éste fue reeditado y remozado bajo la época de Fujimori, al que los teóricos han llamado neopopulismo. El neopopulismo al que recurre el régimen de Fujimori se basa en la amplia dependencia de un segmento importante de la población de la ayuda social del Estado. Nelson Manrique recuerda que según datos de INEI, en 1998, más de 9 millones de peruanos dependían de la ayuda alimentaria del Estado (ver "La corrupción como sistema" en la revista *Debate* Vol. XXII, N° 112, diciembre 2000-enero 2001, p. 28). En sentido semejante Cynthia Sanborn y Aldo Panfichi señalan que el poder ha continuado concentrado en un Presidente fuerte, quien actúa en nombre de los ciudadanos (o más bien "del pueblo"), pero quien no rinde cuentas ni a ellos ni a otros poderes. Su legitimidad no está basada en principios de ciudadanía ni respeto a las instituciones democráticas, sino en logros de sus políticas económicas que prueban su "eficacia". Esto puede generar un proceso circular: cuanto más éxito tenga el líder mayores serán sus exigencias autoritarias, pero también las expectativas de la población serán más grandes. Con el tiempo, este círculo virtuoso se convierte en un círculo vicioso, y termina devorando al propio líder. "Fujimori y las raíces del neopopulismo", editado por Fernando Tuesta Soldevilla en *Los enigmas del poder. Fujimori 1990-1998*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, p. 62.
- ²⁶ Enrique Obando dice que durante el gobierno de Alan García, pero mucho más aun bajo el gobierno de Alberto Fujimori, se abandonaron los antiguos y respetados métodos de distribución del poder dentro de las Fuerzas Armadas en favor de un sistema de cooptación. La consecuencia de ello fue el establecimiento de una sola argolla casi permanente dentro de las Fuerzas Armadas (...) Puesto que esta nueva estructura no estuvo acompañada por la creación de una estructura paralela que limitara el poder de las Fuerzas Armadas, esto significó que los generales cooptados por el gobierno alcanzaran una considerable autonomía en sus relaciones con el Presidente. Cfr. "Fujimori y las Fuerzas Armadas", en *El Perú de Fujimori 1990-1998* editado por John Crabtree y Jim Thomas, U. del Pacífico - IEP, 1999, p. 377.
- ²⁷ Cfr. por ejemplo, el trabajo de Francisco Durand, "La democracia, los empresarios y Fujimori", en *El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas*, editado por Fernando Tuesta Soldevilla, Lima, ed. Friedrich Ebert Stiftung, 1999. Dice Durand que el periodo que inicia Fujimori y por lo menos hasta 1998, se caracteriza por la predictibilidad de sus decisiones (a pesar de concentrar poderes) y la inclusión de los empresarios en la alianza de gobierno. Esta alianza se forja desde 1990 y luego se cimienta en el golpe de 1992 (...). La alianza se mantiene, dando los empresarios repetidas muestras de apoyo al régimen. P. 199.
- ²⁸ Cfr. el artículo de Catherine Conaghan, "Entre las amenazas y la complicidad. El Estado y la prensa en el Perú de Fujimori", en *El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas*, editado por Fernando Tuesta Soldevilla, Lima, ed. Friedrich Ebert Stiftung, 1999. Señala Conaghan que a pesar del respeto formal a la libertad de prensa, las autoridades gubernamentales participaron en una amplia gama de prácticas destinadas a debilitar la autonomía de la prensa y sus capacidades fiscalizadoras (...) En vez de buscar influir sobre la cobertura de la prensa por medio de la provisión de información, las autoridades peruanas siguieron el camino opuesto, negando el derecho a la información de la opinión pública (...) La negación y el secreto se hicieron, efectivamente, una política pública permanente. Esta política fue sancionada por el Presidente y puesta en práctica por los aparatos de inteligencia militar la mayoría del Congreso y el Poder Judicial (...) En el Perú, los intentos del gobierno de contener la búsqueda de información y explicaciones por parte de la prensa se inscribieron dentro de un patrón de conducta más amplio, que tenía como objetivo impedir que hubiera obstáculos para el proyecto político fujimorista (...) el Perú proporciona ejemplos múltiples de cómo la conducta real de las autoridades puede vaciar de contenido el ordenamiento formal, y cómo algunos actores sociales (como la "prensa chicha") pueden colaborar con el enrarecimiento del clima democrático. Pp. 270-271.
- ²⁹ McClintock afirma que no ha habido un líder latinoamericano que haya sido responsable por la ruptura democrática de un país que se convierte luego en el Presidente de un primer gobierno en su próxima ola democrática. Ob. cit., pp. 92-93.
- ³⁰ Una de las más notables referencias al poder oculto en el régimen de Fujimori fue La del Arzobispo de Lima, monseñor Cipriani, quien habló de él en el Te Deum, del 28 de julio del 2000, a inicios del tercer período. Carlos Reyna decía sobre la naturaleza nocturna del poder de Fujimori que el poder oculto de verdad resultaba de una alianza básica entre mandos militares, grupos empresariales locales y transnacionales, bancos internacionales y ciertos organismos del Estado norteamericano. Todos los que pasaban por esa sala de filmaciones del Servicio de Inteligencia Nacional han sido emisarios o asociados menores de alguna de esas redes. Todas ellas no solamente eran conocedoras privilegiadas del encumbramiento clandestino de Montesinos tras la pantalla del presidente Fujimori, sino que lo aceptaban y transaban con él. En eso consistía el fujimorismo (ver "Poder oculto y democracia voveurista" en la revista *Quehacer*, N° 127, noviembre-diciembre 2000).
- ³¹ Para Nelson Manrique el régimen de Fujimori pasará a la historia no tanto por la magnitud -de por sí mayúscula- de la corrupción imperante, sino por haberla constituido en un sistema de gobierno. Ver "La corrupción como sistema" en la revista *Debate*, Vol. XXII, N° 112, diciembre 2000-enero 2001, p. 28. De modo semejante, Norberto Bobbio, al comparar la democracia con la mafia, señalaba que nada es más contrario a la democracia que el poder oculto. Nada es, por el contrario, más acorde con la naturaleza del poder mafioso que el obrar en secreto y con la máscara cubriéndole el rostro (...) Donde impera el poder mafioso, la vida de cada uno de nosotros deja de estar asegurada y los intereses generales son continuamente defraudados. El interés del grupo violento y sin escrúpulos prevalece sobre el de la pacífica sociedad de ciudadanos que depositan su confianza en el Estado, en el poder público, para tener orden y justicia (...) El abrazo de la mafia a la democracia es un abrazo mortal (...) El mafioso es el enemigo solapado, fraudulento, que busca la alianza y la protección de los poderes del Estado (...) La alianza del mafioso con el Estado no sólo es posible sino deseada, en "La democracia asediada por la mafia" que consigna la revista *Quehacer* N° 127, noviembre-diciembre 2000, pp. 7-8.
- ³² La regla mínima para la definición de un régimen como democrático, es que las elecciones se lleven a cabo de una manera limpia, justa y libre. En 1999 adelantaba Cynthia McClintock que es posible, por muchas razones, que Fujimori sea reelegido en el año 2000, pero si las evaluaciones de los peruanos en cuanto al terreno electoral y a las instituciones electorales perduran, un gobierno de Fujimori post-2000 no sería considerado democrático o legítimo por la mayoría de la ciudadanía. Este es un escenario potencialmente explosivo. Ob. cit., p. 93. En "Un régimen carcomido por dentro" decía Carlos Iván Degregori que dos puntos de inflexión maman el decenio de Fujimori y Montesinos: el autogolpe de abril de 1992 y la 'ley de interpretación auténtica' de agosto de 1996. Paradójicamente, a través de la ruptura del orden institucional se logró, en ambos casos, una aparente consolidación del régimen. Sin embargo, en el mediano plazo ambos hechos lo debilitaron porque hicieron trizas la institucionalidad del país y exacerbaron la personalización del poder alrededor de la figura presidencial (en la revista *Debate*, Vol. XXII, N° 112, diciembre 2000-enero 2001, p. 27).
- ³³ Como recuerda Cotler, el fracaso del oficialismo en las elecciones municipales de 1996, cuando Fujimori se encontraba en la cúspide de su popularidad, llevó a su entorno a reconocer que los votos a Fujimori no eran endosables a otro candidato, en razón del elevado grado de personalización del poder, por lo que él era indispensable para mantener la continuidad indefinida del régimen autoritario. De ahí que el problema de la sucesión, típico de los regímenes autoritarios, pasara a constituir el eje de las preocupaciones y de las decisiones gubernamentales: cómo lograr mantener a Fujimori en el poder durante los próximos veinte años. Cfr. *El Fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*, de Julio Cotler y Romeo Grompone, Lima, IEP, 2000, p. 41. La lectura de Cotler, al parecer, enfatiza en la percepción de los sectores desvinculados del Plan Verde, para quienes el designio



del país estaba asociado con la conducción luminosa de las fuerzas armadas. Se trata, efectivamente, de una percepción coincidente con la visión a largo plazo del Plan Verde. Debe examinarse, sin embargo, cuánto de las percepciones y convicciones de esos sectores relativamente marginales del núcleo duro del poder era resultado del designio previsto en el propio Plan Verde. De otro lado, no debe dejarse de lado que la ley de interpretación auténtica no es sino un episodio en la trama legislativa que debía canalizar la segunda reelección. Otros peldaños de la misma narrativa incluyen, por ejemplo, la ley 26898, que permitía la capacidad de sufragio de magistrados provisionales para la designación de la presidencia y vicepresidencia del Jurado Nacional de Elecciones; o la ley 26954, que modifica el quórum que fija a ley orgánica de elecciones para los casos de denegatoria de inscripción, de impugnaciones y de tachas, creando la presunción de denegación y de declaración de infundadas para os petitorios interpuestos.

³⁴ Parece justo indicar en honor a la verdad que la congresista Martha Chávez de Ocampo fue mucho más honesta y transparente que quienes se encontraban en el ojo del poder (aunque debe decirse de ella también que es ingenua, y hasta indebidamente leal). Era prácticamente la única que sostenía que el texto constitucional debía contener sin dobleces la reelegibilidad indefinida. Esta propuesta habría probablemente creado aristas específicas en el debate constitucional, pero habría igualmente disminuido la cuota de falsedad e inautenticidad ética del régimen. Ahora se ve que tal alternativa habría sido un lujo moral absolutamente inmerecido. La voluntad de oscurecimiento, de secreto y de ocultamiento era el axioma táctico de la intUgencia militar y del fujimorismo. De ahí que la propuesta de Martha Chávez fuera no sólo inconveniente y oportuna sino hasta desestabilizante y peligrosa. Hacia obvia la intención del régimen. Situaba en juego en un plano indeseable. Desenmascaraba el proyecto. En lugar de retardar aceleraba el momento en que la verdad podía ser percibida. La perfección del modelo consistía en la dualidad del discurso y Martha Chávez lo sinceraba prematuramente. La personalidad taimada de los líderes no podían aplaudir ni congregar una declaración abierta de propósitos. Necesitaban la máscara de las incertidumbres y de las ambigüedades.

³⁵ Carlos Franco advertía que la oposición presenta una imagen de desacuerdos e indecisiones para la elección del candidato de consenso y la elaboración de una lista parlamentaria. A una dictadura no se la enfrenta de este modo. Debido a la postura de la oposición, ahora pagarán un precio alto porque tienen que hacer frente a un candidato con todas las condiciones a su favor. El comentario de Alberto Adrián entonces fue a lo que considero la causa de la falta de acuerdo: el entorno de las figuras presidenciables impide la elección de la candidatura unitaria porque existen muchos intereses en la conformación de las listas parlamentarias. Pero es una presión equivocada porque creen que las listas parlamentarias son más importantes que la unidad opositora. Cfr. artículo "Coinciden analistas políticos. Oposición dividida no puede enfrentar a Fujimori", en diario *La República*, edición del jueves 6 de enero del 2000, p. 6. Los intentos de unión concluyeron finalmente con la Declaración conjunta que suscribieron Andrade y Castañeda el 5 de enero del 2000, en la que comunicaban que luego de las conversaciones sostenidas y del análisis realizado se había concluido que el pueblo del Perú tiene derecho a escoger entre una u otra alternativa, uno u otro programa, uno u otro candidato. Por lo tanto, hemos resuelto presentar nuestras fórmulas presidenciales y ofertas electorales por separado, comprometiéndonos a respaldar luego -como debe suceder en una sociedad democrática- a aquella que haya obtenido la mayor cantidad de votos Ver, por ejemplo, *La República*, en su edición del 6 de enero del 2000, p. 3.

³⁶ Ver la columna «Periscopio Político», del diario *Gestión*, en su edición del jueves 6 de Enero del 2000, p. 5.

³⁷ Información recogida de los faxes de opinión emitidos por Apoyo Opinión y Mercado SA. y sus Resúmenes mensuales de las encuestas a la opinión pública.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ En *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, pp. 367-368.

⁴⁰ El punto más alto en la curva de intención de voto para Andrade fue a fines de 1998 y enero de 1999, cuando alcanzaba 36%. En mayo de 1999 se inicia un claro descenso con 25%, que no remonta más. Por el contrario, para diciembre de 1999 concluye el año con 13%. En enero del 2000 levanta hasta 19% para terminar a fines de marzo con 7%. En el caso de Castañeda la figura es similar. Entre setiembre de 1998 y mayo de 1999 oscila entre 14% y 19%. De junio de 1999 hasta noviembre de 1999 sube en la intencionalidad de voto a entre 21% y 26% (máximo que logra en setiembre de 1999). A partir de entonces el camino es cuesta abajo, con 17% para enero y 6% para marzo del 2000. Ver Resúmenes Mensuales de las encuestas a la opinión pública, de Apoyo Opinión y Mercado.

⁴¹ La fortuna se presenta como el aprovechamiento de los resultados de terceros. Los errores de Andrade y Castañeda, a los que se suma la campaña en contra de estos candidatos por el régimen. Sin embargo, existe un componente no fortuito, que consiste en el planeamiento deliberado de una campaña sobre la base de metas y objetivos apropiados para ser ofrecidos a una población electoral de características a partir de las cuales se apela con un mensaje adecuado y convincente. Sobre este aspecto dice Degregori que, cuando comenzó a ascender en las encuestas, la organización de Toledo era casi tan feble como la de Castañeda, pero cometió menos errores en su campaña y, sobre todo, proyectó una imagen que logró abrir una grieta significativa en los sectores populares y provincianos, donde hasta ese momento Fujimori corría en solitario. Ver *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, p. 179.

⁴² El minado de uno y otro candidato había supuesto actos de hostigamiento de carácter tributario, como en el caso de Andrade, o psicológico, como en el caso del asedio y las amenazas contra la esposa de Castañeda. Ambos, además, fueron afectados por hostilización en la realización de las manifestaciones de sus campañas, hostilización que, obviamente, se llevaba a cabo por agentes infiltrados del gobierno, o a través de maniobras cuidadosamente planeadas como cuando se impedía el tránsito por alguna calle o avenida, o se interrumpía el fluido eléctrico.

⁴³ Recuerda Degregori que contra Andrade se desarrolló un clásico enfrentamiento clasista, aprovechando los problemas de la alcaldía en su política respecto al Centro Histórico, para construirle una imagen de pituco prepotente y enemigo de los pobres. Y sobre Castañeda señala que sin equipo ni programa, su candidatura resultó más deleznable. Surgió tarde, avanzó haciendo el muerto mientras el candidato no se pronunciaba y cayó pronto. Para marzo los ataques contra Castañeda prácticamente habían cesado, mientras continuaban contra Andrade y se iniciaban fulminantes contra Toledo. Loc. cit., p. 177.

⁴⁴ Es importante no perder de vista que Toledo no es un fenómeno objetivo que se comporta como una variable dependiente de la población, del mismo modo que la población tampoco resulta comportarse como una variable dependiente de la campaña de sabotaje y de desprestigio del gobierno. Es dable, sí, asumir que exista una asociación o relación de algún tipo. Esta asociación, sin embargo, no es unilineal ni causal. Es la propia población la que opta por un umbral bajo o alto de exigencia respecto de la información que recibe en los medios. Es de su conciencia que depende si acoge y prefiere o no la intencionalidad oscura con la que se le suministra información, o si coincide con el aspecto propiamente informativo que resalta el régimen para distorsionar y ridiculizar a sus enemigos. El pueblo no es tonto, es una frase que se repite hoy con mayor frecuencia que antes para reconocer la capacidad reflexiva y analítica del elector. Esta misma referencia es la que debe recordarse cuando se afirma que el pueblo es manipulado por el manejo de medios por el servicio de inteligencia del gobierno. El pueblo sí es capaz de escoger y de acoger o no la propaganda y las campañas de sabotaje y amedrentamiento del régimen. Cabe afirmar, por tanto, que la caída de Andrade y de Castañeda no es solamente resultado de la campaña de sabotaje del gobierno. La población decide apropiarse de esa información y opta por negarle su opción de voto. No es el régimen el que hace caer a Andrade y a Castañeda. Es que ellos caen porque el pueblo acepta la creencia, o la fantasía, de que los comportamientos que denuncia el régimen tienen merecimiento suficiente para restarles preferencia.

⁴⁵ A mi modo de ver el caso, la afirmación de Sinesio López y de Carlos Iván Degregori de que Toledo es una hechura de los ciudadanos, o de que los electores volvieron a fabricar su propio candidato, es un exceso retórico. Degregori afirma que hasta febrero del 2000, "aquí no pasaba nada". A partir de entonces se configuró de manera aluvional un heterogéneo movimiento opositor y, por segunda vez en una década, los votantes construyeron de la nada su propio candidato (Cfr. *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, p. 269). Según alcanzo a comprender el caso, Toledo tuvo un libreto propio que desempeñar. El gobierno no pudo, o no quiso, evitar lo suficiente que lo ejecute. De este modo, su sobrevivencia lo llevó a apelar al electorado sin mediatización y de modo directo, con el asentimiento, inclusive, de los otros candidatos que hicieron causa común con la esperanza de la oposición. ¿Querría decir que la sola condición de sobreviviente vuelve a Toledo una hechura de la ciudadanía?. Creo que sería una injusticia afirmarlo. La población, más bien, se quedó con lo que sobró en el proceso de descuartizamiento de los presidenciables que había emprendido el gobierno. El electorado no creó a Toledo. Se trató de una alianza entre un candidato y una mayoría plural descontenta. Nunca hubo mimesis entre uno y otro. Toledo no podía sintetizar la diversidad de corrientes y opciones de la oposición, salvo la voluntad de impedir el acceso o continuidad de Fujimori. Y la colectividad tenía conciencia que Toledo no era su criatura, sino su circunstancial acompañante. Uno y otro se complacían estratégicamente. Pero no hay otra identidad que la de la protesta y la de la emoción de la liberación del régimen. No es que los votantes construyeron de la nada su propio candidato. Parece más bien que no había nada sino algo, y que los votantes se apropiaron de ese algo. No lo construyeron. Toledo no fue lo mismo que Salas. Había opción para escoger. El pueblo no hizo a Toledo sino que se quedó con el mejor de los sobrevivientes, O con el menos malo. De la



misma manera, me parece que la percepción de Javier Valle Riestra es igualmente devaluatoria del mérito de Toledo, que articuló su discurso alrededor de un ánfora distinta de aquella en la cual pensaba Valle Riestra.

- ⁴⁶ *Perú Posible* solicitó la postergación de la fecha de la segunda vuelta por un mes, con el fin de que se corrijan las irregularidades que impedían que el proceso electoral se lleve a cabo de manera justa, limpia y transparente. Este pedido fue denegado con la Resolución N° 668-2000-JNE del 18 de mayo. Luego comunica al Jurado Nacional de Elecciones su determinación de no participar en la segunda vuelta en la fecha fijada, sin que ello importe una renuncia a participar en la segunda vuelta, en razón de que no existían condiciones para que el acto del sufragio y los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del electorado. El Jurado Nacional de Elecciones declaró improcedente la comunicación mediante su Resolución N° 732-2000-JNE. Y finalmente, el día 26 de mayo del 2000 *Perú Posible* solicita que se excluya el nombre de su agrupación y la identificación de su candidato presidencial de la cédula de sufragio y demás material electoral, en vista de su decisión de no participar en la segunda vuelta electoral del 28 de mayo. El Jurado Nacional de Elecciones dictó la Resolución N° 734-2000-JNE, con la que declaró improcedente esta solicitud, argumentando que el material electoral ya estaba confeccionado y distribuido, y que éste era un pedido reiterativo del resuelto previamente. Sobre estas incidencias puede consultarse el texto *Elecciones 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 135-141.
- ⁴⁷ Estos medios, así como los diarios especializados en materia económica, *Gestión* y *Síntesis*, son leídos o vistos por los sectores A y B.
- ⁴⁸ Cfr. el título “Señal cerrada”, en la columna “Mar de Fondo”, en la revista *Caretas*, edición 1596, del 2 de diciembre de 1999.
- ⁴⁹ Sobre la estrategia seguida por el gobierno para el control de los medios véase el exhaustivo trabajo de Degregori y Sandoval, “En el país de las maravillas. Política y medios de comunicación”, en *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*, Lima, IEP, 2000, pp. 101-219. En este trabajo se resalta el recurso a la prensa chicha como medio de aglutinación y adormecimiento de la voluntad política mediante la trivialización o el ahorramiento de la vida cotidiana, y la farandulización de la política, y también se destaca información sobre la coacción de la prensa mediante la policía tributaria y otros medios de extorsión igualmente repulsivos. Entre estos últimos, por ejemplo, deben citarse la expropiación de Canal 2 para los hermanos Winter en 1997; el embargo de *Radio Il60* pocas horas antes del inicio del programa que debía conducir en esa emisora César Hildebrandt; la denuncia que hizo el propio César Hildebrandt en *Enlace Global*, el 19 de noviembre de 1998, de la conversación entre Montesinos y José Francisco Crousillat en la que aparece que Montesinos le dicta contenidos para un noticiero que debía aparecer en canal 4; el control de los diarios *Referéndum* y *Expreso* (este medio tenía deudas ascendentes a \$13 millones, de los cuales más de \$3 millones correspondían a la SUNAT, que tenía embargadas sus cuentas desde 1997), y el canal de señal cerrada *Cable Canal de Noticias* (p. 114).
- ⁵⁰ Ver la denuncia que recogen *El Comercio* y *Cambio*, en sus ediciones del 26 de enero. Según Rafael Rey los representantes de todos los medios con los que se comunicó le manifestaron que no estaban en condiciones de pasar publicidad de los partidos políticos por decisión del directorio (páginas A-1, y A-4 de *El Comercio*, y página 6 de *Cambio*).
- ⁵¹ *El Comercio*, 26 de enero del 2000, p. A-1.
- ⁵² *Cambio*, 26 de enero del 2000, p. 6.
- ⁵³ Esta situación cambió ligeramente poco antes de la primera vuelta, a través del reconocimiento voluntario de las denominadas franjas electorales a favor de los diversos grupos políticos. Este beneficio no se reiteró durante la etapa correspondiente a la segunda vuelta. Los datos que recoge Supervisora de Medios y Publicidad, consignados en el documento *Elecciones 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo*, permiten apreciar que, de acuerdo al monto según tarifa impresa, *Perú 2000* gasta en publicidad televisiva 3 millones 987mil 769 dólares con 39 céntimos, mientras que *Perú Posible* gastó, según el mismo criterio, 680 mil 474 dólares con 30 céntimos. Esto es, *Perú 2000* gastó casi 6 veces más dinero en propaganda que *Perú Posible* (ver la publicación citada, pp. 119-424).
- ⁵⁴ En *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, p. 272.
- ⁵⁵ Loc. cit.
- ⁵⁶ *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986, p. 26.
- ⁵⁷ El diario *La República* daba cuenta que este paro, organizado por la Confederación General de Trabajadores del Perú - CGTP, y el Sindicato Único de Trabajadores de a Educación Peruana -SUTEP, entre otros, la paralización alcanzó al 90% de la población a nivel nacional, y que habían participado, además de los trabajadores, y profesionales como los médicos, las organizaciones populares vinculadas a los comedores populares y autogestionarios, comités del vaso de leche, clubes de madres, casas de refugio, movimientos diversos de mujeres, y estudiantes universitarios y de institutos superiores. De igual modo se daba cuenta también que, de acuerdo con el vocero oficial de la coordinadora de Pymes, David Waisman, paralizaron sus actividades más del 50% de las Pymes. Ver los artículos “Juan José Gorriti cuestiona maniobras del gobierno para frustrar protesta pacífica. 90% acató el llamado Paro Cívico”, y “Afirma dirigente David Waisman. Paralizaron más del 50% de las Pymes”, en *La República*, edición del 29 de abril de 1999, p. 10. Sobre este paro la televisora estadounidense CNN y otras agencias internacionales dijeron que fue la más contundente acción de protesta en los 9 años de gobierno de Fujimori.
- ⁵⁸ Degregori, Carlos Iván; *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, p. 261.
- ⁵⁹ *Ibid.*, p. 262. El lavado de la bandera fue una actividad creada por la agrupación *Colectivo Sociedad Civil*, que nace luego de la primera vuelta, y fue dirigida por Emilio Santistevan. Empezó en Lima como una actuación que se llevaba a cabo en la Plaza de Armas una vez a la semana, de 1 a 3 de la tarde. Posteriormente se extendió a la mayoría de distritos de Lima, y a otras capitales de departamento. Sirvió igualmente como ejemplo para ceremonias similares en otras ciudades en el extranjero, como en Tokio, París, Madrid, Santiago de Chile, Nueva York, Miami, etc.
- ⁶⁰ *Ibid.*, p. 264. La creación del muro de la vergüenza corresponde a la agrupación *La Resistencia*, liderada por Víctor Delfín. Fue una idea ingeniosa, que se basó básicamente en paneles de tela y en papelógrafos.
- ⁶¹ Loc. cit. “Pon la basura en la basura” fue otra creación de *Colectivo Sociedad Civil*.
- ⁶² Loc. cit. La procesión fue creación de *La Resistencia*. Las figuras de Fujimori y Montesinos estaban representadas por dos personas vestidas con traje de presidiario de rayas blancas y negras.
- ⁶³ Loc. cit. La fumigación del palacio de justicia fue creación del grupo *Mujeres por la Democracia*, la que organizó y protagonizó igualmente una marcha de alrededor de 300 mujeres con ocasión del arribo de Lloyd Axworthy y César Gaviria, el 26 de junio, delante del Swiss Hotel, en San Isidro, donde se hospedaban los miembros de la misión. La fumigación del palacio de gobierno lo fue de *Mujeres por la Dignidad*, movimiento femenino de *Somos Perú*.
- ⁶⁴ La organización de los plantones semanales fue del *Movimiento Amplio de Mujeres*. Se realizaban los jueves de 5 a 7 de la tarde. Parte del plantón comprendía actos musicales a favor de la democratización del país.
- ⁶⁵ Esta iniciativa correspondió a *La Resistencia*. Era una manifestación que se llevaba a cabo en el parque central de Miraflores, los días viernes a las 6 de la tarde, en la que se procuraba llamar la atención del público en una zona no precisamente popular, mediante pancartas, matracas, silbatos y bocinas.
- ⁶⁶ Las marchas en general tuvieron diversos organizadores. En unos casos eran movimientos laborales, en otros básicamente cívicos (como “Democracia ya”) o juveniles (por ejemplo, la coordinadora “Jóvenes contra la dictadura”, que nace el 5 de enero del 2000 como un movimiento que enfrenta el continuismo fujimorista y defiende la Constitución -ver la edición del 6 de enero del 2000 de *La República*, p. 5), o femeninos. Probablemente la mayor novedad en los movimientos fue el protagonismo destacado que le correspondió a las organizaciones de mujeres, que han tenido una presencia visible y eficaz en la reactivación de la sociedad civil. Entre dichas organizaciones algunas de las más reconocidas aparte de las ya referidas son el Frente Democrático de Mujeres, y Mujeres de *Perú Posible*. Para mejores referencias sobre el papel de la mujer ver, por ejemplo, el boletín *Las Capullanas*, año V, N° 52, del 30 de Noviembre del 2000.
- ⁶⁷ A estas dos manifestaciones debe añadirse las que se realizaron luego de conocidos los anticipos de los resultados electorales del 9 de abril y del 28 de mayo, que congregaron a una masa prácticamente incontinente de gente bastante expresiva y convencida. Dos casos de una reacción multitudinaria y espontánea de rechazo generalizado contra el régimen.
- ⁶⁸ La niña era Lucía Wiener, según la edición 1630 de la revista *Caretas*, del 3 de agosto del 2000. Ver artículo “Todo marchaba bien”.
- ⁶⁹ Ob. cit., p. 266.
- ⁷⁰ En el programa matinal del noticiero 24 Horas, de Canal 5, del 27 de diciembre del 2000 declaró el congresista Robinson Rivadeneyra que luego de más de 100 días de investigaciones hemos logrado demostrar la existencia de un plan criminal de operaciones “Escorpión”, elaborado por el SIN y



aprobado por el ex presidente Alberto Fujimori. El plan fue una infiltración de grupos de agentes de la policía, que ingresó al banco y colocó fósforo, elemento químico que en contacto con el agua libera hidrógeno, lo cual eleva la capacidad de combustión de un promedio de 50 a 100 veces. Por ello los vigilantes no pudieron escapar (...) En el esquema, cuando se aprueba el plan "Escorpión", es Vladimiro Montesinos quien delega a Roberto Huamán. Lamentablemente este plan lo conocían el general Dianderas, el general Saucedo... y la orden de repliegue la recibe el general Humberto Fernández Maraví y se repliegan para poder garantizar y permitir que el equipo que trabajó adentro, que es el equipo de dos agentes de inteligencia, contara en su repliegue con la protección de los agentes de inteligencia del ejército, que en el plan "Escorpión" está determinado como el "Grupo 400".

- ⁷¹ Romeo Grompone afirma que el proyecto autoritario fujimorista llegó a estar más cerca de lograr sus propósitos cuando consiguió que predominara un ambiente de desidia. Es especialmente aguda su conceptualización de este factor en la configuración del régimen de Fujimori. Dice que una ironía de estos tiempos que le tocó vivir al país es que cuanto más atado estaba el individuo a condiciones que no controlaba, mayores eran los discursos que exaltaban la autonomía personal y más extendida la indiferencia hacia los otros, aun cuando se notara la perplejidad acerca de lo que le podía ocurrir a cada uno en el autacentramiento asumido. Cfr. *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima, IEP, 2000, p. 113.
- ⁷² Ob. cit., p. 353
- ⁷³ Ver la edición de *La República*, del 5 de febrero del 2000.
- ⁷⁴ Esta misión estuvo integrada por Guillermo Márquez Amado (ex presidente del Tribunal Electoral de Panamá), Charles Costello, Jennifer McCoy, Gerardo LeChevalier (NDI), Patrick Merloe (ex presidente del Tribunal Electoral de Panamá).
- ⁷⁵ Ver el artículo "Sin sustento legal", de Pedro Tenorio, en la edición 1598 de *Caretas*, del 16 de diciembre de 1999.
- ⁷⁶ Durante su actividad de observación Stein hizo declaraciones públicas críticas del proceso. Esta decisión le generó reproches de funcionarios del gobierno, que esperaban que la suya fuera una misión de observación convencional sin adoptar posición sobre aspectos de desarrollo interno del proceso. Estos mismos reproches fueron reiterados en la sesión del Consejo Permanente por Beatriz Ramacciotti, quien aludió al no respeto del principio de neutralidad y objetividad, así como lamentó que tal conducta haya servido para polarizar posiciones en la población. Ver el artículo de Guillermo Gonzales Anca, "Espada de Damocles", en la edición 1621 de *Caretas*, del 2 de junio del 2000.
- ⁷⁷ En vista de la oposición surgida, Lauro retira su pedido y propone que el tema de las elecciones peruanas sea analizado en el diálogo informal de cancilleres que se llevaría a cabo antes de la Asamblea General a llevarse a cabo en Windsor del 4 al 6 de junio. Sobre el desarrollo de la sesión del Consejo Permanente ver igualmente el artículo de Guillermo Gonzales Arica, "Espada de Damocles" antes mencionado.
- ⁷⁸ En la aprobación de la resolución, a pesar incluso de que el tema electoral en el Perú no era propia ni técnicamente materia de la agenda, tuvieron una decisiva participación Argentina, Canadá, Costa Rica y, por supuesto, Estados Unidos. Brasil se quedó solo. Sobre el alineamiento de los distintos países en Windsor, ver el artículo "Se quedó solo", en la edición 1622 de la revista *Caretas*, del 8 de junio del 2000. En cuanto al Perú se refiere, parte del éxito en la resolución de Windsor tiene que hacer con el papel que cumplieron Lourdes Flores, Anel Townsend, Diego García Sayán, y Henry Pease, por el congreso, Rafael Roncagliolo por *Transparencia*, y Sofia Macher de la coordinadora de derechos humanos.
- ⁷⁹ Como resultado de la reacción notada en Windsor el gobierno crea, paralelamente, la Comisión Presidencial para el Fortalecimiento de las Instituciones Democráticas, que integraron los ministros Bustamante Belaunde, Mosqueira, y Trazegnies Granda, además de Francisco Tudela, la cual tuvo como Secretaria Ejecutiva a María Méndez Gastelumendi. Antes de la llegada de la misión exploratoria de Axworthy y Gaviria, que permaneció del 27 al 30 de junio, se envió a una misión técnica presidida por el embajador canadiense ante la OEA, Peter Boehm e integrada igualmente por Elizabeth Spehar, de la Unidad para la Promoción de la Democracia de la OEA; Fernando Jaramillo, secretario ejecutivo del gabinete de César Gaviria; Renata Wielgosz y Etienne Savoie, representantes del gobierno de Canadá; y Jean Michel, jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la OEA. Ver sobre estos desarrollos el artículo "Misión Imposible", de Guillermo Gonzales Arica, en la edición N° 1623, de la revista *Caretas*, del 15 de junio del 2000.
- ⁸⁰ Las tres más grandes deficiencias advertidas en la propuesta de la misión Axworthy son la ausencia del aspecto electoral, que ocasionó las deliberaciones en el Consejo Permanente y en la XXX Asamblea General de la OEA, y que debió determinar a proponer la realización de nuevas elecciones generales como única manera de superar el fraude: la segunda es el carácter genérico de las medidas, que impide medir apropiadamente la intención de cumplimiento del gobierno peruano; y la tercera es la ausencia de plazos específicos en las acciones de reforma programadas, que dejaban al gobierno en libertad para fijar cuándo preferiría cumplirlas (se señalaba que César Gaviria había establecido plazos máximos de entre 18 meses y dos años para el cumplimiento de las metas, pero esta alternativa alejaba la posibilidad de las reformas inmediatas y urgentes). Sobre estos alcances, que llevaban al escepticismo sobre la voluntad efectiva de la OEA de apoyar el proceso de democratización en el Perú, puede verse el artículo "Lo que se juega la OEA", en la edición N° 1626, de la revista *Caretas*, del 6 de julio del 2000. Es este escepticismo el que motivó las propuestas de la oposición para realizar acciones a plazo inmediato. Desde una perspectiva menos crítica ver el artículo "Presión adicional", en la columna "Controversias" de Fernando Rospigliosi, aparecido igualmente en la edición N° 1626, de la revista *Caretas*, del 6 de julio del 2000.
- ⁸¹ Ver el artículo "La misión de la medecora", en la edición N° 1625 de la revista *Caretas*, del 30 de junio del 2000.
- ⁸² Siguiendo a O'Donnell y Schmitter, sería técnicamente más apropiado hablar de "liberalización" antes que de "democratización".
- ⁸³ A su llegada del embajador Eduardo Latorre señaló que la misión que le correspondía cumplir sería como *facilitadores para definir propuestas y objetivos*. A pesar de llegar en julio, sin embargo, no pudo iniciar de inmediato su labor porque continuaba desempeñando el cargo de canciller de la República Dominicana. Luego de cesar en dicho puesto el 17 de agosto, regresó al Perú el 20 del mismo mes. Ver el artículo "Latorre", en la edición 1643 de la revista *Caretas*, del 31 de agosto del 2000.
- ⁸⁴ El gobierno tuvo siete representantes entre ministros, parlamentarios y otros funcionarios. Ellos fueron Alberto Bustamante Belaunde, Edgardo Mosqueira, Martha Chávez, Luz Salgado, Absalón Vásquez, Beatriz Alva Hart y María Méndez Gastelumendi. Originalmente la integraron Samuel Matsuda y Rafael Urrelo, quienes fueron relevados.
- ⁸⁵ La oposición estuvo representada por Diego García Sayán (Perú Posible), Aurelio Loret de Mola (Somos Perú), Jorge del Castillo (Partido Aprista), Fernando Olivera (Frente Independiente Moralizador), Henry Pease (Unión por el Perú), Valentín Paniagua (Acción Popular), Rafael Rey o José Barba (Avancemos), y Rodión Cavero (Solidaridad Nacional).
- ⁸⁶ Como miembros de las instituciones de asesoría externa participaron Monseñor Bambarén, presidente de la Conferencia Episcopal Peruana, y Jorge Santistevan de Noriega, Defensor del Pueblo. Los representantes de la sociedad civil fueron Sofia Macher de Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, Francisco Diez Canseco Távora, del Consejo Nacional por la Paz, José Luis Risco, de la Conferencia General de Trabajadores del Perú, y Roque Benavides, de la CONFIEP. Los dos primeros habían reaccionado con escepticismo cuando la misión de avanzada presidida por Peter Boehm los sugirió (ver los artículos "Adelantados frente al toro", en la edición 1624, y "En sus marcas", en la edición 1635, de la revista *Caretas*).
- ⁸⁷ Eduardo Latorre refirió que el gobierno le había entregado su propuesta de cronograma el 7 de agosto; que la oposición le entregó dos, uno el 20 de julio y otro el 21 de agosto; y que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos le entregó uno más. Dijo también que *si tomamos la vía de la facilitación, los dos cronogramas, el del 21 de agosto de la oposición y el del 8 de agosto del Gobierno, y los ponemos en términos de duración con relación a los 29 puntos planteados, se verá que 11 tienen menos de cien días de diferencia, 9 tienen de dos a cuatro meses de diferencia, 2 ó 3 son los que tienen años de diferencia, respecto a cuando deben terminarse. Aquí la facilitación sería permitir que en ese diálogo, primero, se den cuenta que las diferencias en la mayoría de los casos no son tan grandes en términos de tiempo; y segundo, buscar un modo de que encuentren lo que sería razonable para resolver. No es un problema solamente de transacción en términos de tiempo, pero tiene que haber algo de eso, así como algo de realismo objetivo: de cuánto tiempo va a tomar hacer cada cosa*. Cfr. la entrevista que aparece en el artículo "Latorre", en la edición 1634 de la revista *Caretas*, del 31 de agosto del 2000. Las cuatro Comisiones fueron la del Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (integrada por Sofia Macher, Jorge del Castillo, Fernando Olivera, Alberto Bustamante y Edgardo Mosqueira); el Caso Ivcher y Canales 2 y 13 (integrada por Francisco Diez Canseco, Aurelio Loret de Mola, Rodión Cavero, Fernando de Trazegnies y Alberto Bustamante); la del Caso del Servicio de Inteligencia Nacional (integrada por José Luis Risco, José Barba, Luis Solari, María Méndez y Beatriz Alva); y el Caso del Tribunal Constitucional (integrada por Roque Benavides, Valentín Paniagua, Henry Pease, Samuel Matsuda, y Rafael Urrelo). Cfr. el artículo "En sus marcas", en la edición 1635, de la revista *Caretas*, del 7 de setiembre del 2000.
- ⁸⁸ Cuando sólo se habían realizado tres reuniones, el congresista Henry Pease declaraba que el diálogo se había convertido en una opción marginal para la democratización del país y que debía recurrirse a las protestas y manifestaciones en la calle, a efecto de conseguir nuevas elecciones



- para superar el fraude. El ministro Bustamante dijo en declaraciones a *Radio Programas del Perú* que debía esperarse una ruptura o fractura en el proceso democratizador si se pretende que el diálogo conduzca al acortamiento del período del gobierno, desconociendo los resultados de la segunda vuelta electoral que fue boicoteada por la oposición. Ver la edición del diario *Liberación*, del 10 de setiembre del 2000, pp. 2 y 3.
- ⁸⁹ Brasil y México retrocedieron respecto del aval inicial que le dieron al régimen de Fujimori. Brasil a propósito del desengaño que constató cuando Fujimori declaró en Washington D.C. el 12 de agosto que el diálogo a iniciar con la facilitación de la OEA no necesariamente se traduciría en reformas institucionales. Y México de un modo claro a partir de la elección de Vicente Fox, como alternativa al PRI. Ver el artículo "Cumbre clave", en la edición 1633 de la revista *Caretas*, del 24 de agosto del 2000.
- ⁹⁰ Parte del mérito en este caso le corresponde a Alejandro Toledo, que tuvo una agenda bastante activa en entrevistas con líderes y gobernantes de diversos países en América y en Europa. Entre las reuniones sostenidas por Toledo vale contar las que tiene con el presidente del gobierno español, José María Aznar el 5 de junio. Previamente se reunió con los embajadores de Ecuador y de Francia el día 31 de mayo. Ver el artículo "¿Y después qué?", en la edición 1621 de la revista *Caretas*, del 2 de junio del 2000.
- ⁹¹ De acuerdo con la información que suministró Coletta Youngers, de la *Washington Office on Latin America* (WOLA), en el congreso estadounidense se examinaban seis alternativas de aplicación de la Resolución 43: el voto en contra de Estados Unidos en el FMI, el Banco Mundial y el BID sobre todas las solicitudes de préstamos del Perú; la suspensión de los beneficios de intercambio por lucha contra las drogas; reorientación de la lucha contra las drogas del frente militar al policial; disminución de ayuda; suspensión de proyectos e intercambio de personal militar; y la coordinación con países aliados de los Estados Unidos en la región y en otros continentes para adoptar acciones conjuntas. Cfr. el artículo de Guillermo Gonzales Arica, "Respuesta en marcha", de la edición 1624 de la revista *Caretas*, del 22 de junio del 2000. Entre las primeras medidas efectivas adoptadas por los Estados Unidos se destaca la suspensión de una partida por el monto de \$42 millones en el programa de ayuda antidrogas. Posteriormente, antes de la reunión llamada Cumbre del Milenio en la que estuvieron presentes los jefes de Estado y de gobierno de alrededor de 180 países en la sede de la ONU en Nueva York, Fujimori se entrevistó con la Secretaria de Estado de los Estados Unidos, Madeline Albright, como resultado de lo cual trascendió que no solamente le comunicó que sería deseable que se percibieran resultados concretos en materia de reformas del poder judicial, del servicio de inteligencia y de los medios de comunicación, de acuerdo con la agenda establecida con participación de la OEA, sino que de no tomarse sobrevendrían sanciones que su país estaría considerando imponer. Sobre este último aspecto ver el artículo "La cumbre del desprestigio", en la edición 1636 de la revista *Caretas*, del 14 de setiembre del 2000.
- ⁹² Este no es un dato fidedigno, toda vez que se contó con el testimonio del agregado militar de la embajada de Colombia en el Perú, que en setiembre de 1999 le confió al director de inteligencia de la FAP sobre la llegada a Lima de un avión ruso con material no identificado, así como la referencia de que el coronel del ejército colombiano Amador Zubiria le habría dado información al coronel FAP Dante Arévalo de que militares colombianos habían detectado el desplazamiento de otro avión con carga sospechosa procedente de Amman, Jordania. Ver el artículo "¿A este no lo conoce?", en la edición 1634 de la revista *Caretas*, del 31 de agosto del 2000.
- ⁹³ Las revelaciones habrían sido consecuencia del denominado *Plan Siberia*, en el que estarían involucrados los hermanos José Luis (ex teniente del ejército) y Luis Frank Aybar Cancho. El tráfico habría supuesto que los fusiles serían lanzados en paracaídas a territorio de la selva colombiana bajo control de las FARC desde un avión, para luego aterrizar en Iquitos. De acuerdo con investigaciones periodísticas, sin embargo, se especulaba que Jordania sólo sería un punto intermedio de operaciones de una mafia rusa, que opera transportando armas desde Zagreb, en Yugoslavia, en el que estarían involucrados ciudadanos peruanos así como militares de baja graduación del ejército peruano. Estos hechos dejan en duda la afirmación de que el supuesto descubrimiento del tráfico de armas habría sido resultado de la diligente labor del SIN. Ver sobre este último punto el artículo "El cuento de los kalashnikov voladores", en la edición 1633 de la revista *Caretas*, del 24 de agosto del 2000.
- ⁹⁴ Se trataba de 10 mil fusiles kalashnikov que, según los conocedores, no representa en realidad una cantidad extraordinaria para las dimensiones que tiene la FARC en Colombia.
- ⁹⁵ El caso de la triangulación en el tráfico de armas con Jordania fue denunciado por Fujimori y Montesinos el 21 de agosto del 2000. Revelaciones de funcionarios jordanos dejaron claro, sin embargo, que la venta se realizó a militares peruanos debidamente acreditados. Ello dejaba en claro que el Perú no era un simple punto de contacto utilizado por traficantes de armas, sino que el tráfico lo realizaban los propios peruanos bajo las órdenes, precisamente, de quienes denunciaban al mundo la perversa operación.
- ⁹⁶ Dice acertadamente Fernando Rospigliosi que los propósitos de la denuncia fueron cuatro: lavar la imagen de Montesinos; reclamar un lugar en el mundo y justificar la posición aislada del Perú; justificar la permanencia de Montesinos; y ocultar la responsabilidad de Montesinos y de los militares peruanos en el tráfico de armas y de drogas. Ver el artículo "El gran golpe" en su columna "Controversias", en la edición 1633 de la revista *Caretas*, del 24 de agosto del 2000.
- ⁹⁷ En particular, a partir de los desmentidos de los diversos funcionarios de Jordania, que aseveraron que la transacción era perfectamente legal, que se había realizado en 1998 con funcionarios del gobierno peruano debidamente acreditados, y con presencia de representantes de los Estados Unidos presentes en tal acuerdo.
- ⁹⁸ Una compraventa internacional supone diversidad de documentos relativos a su adquisición y transporte, cuya existencia el gobierno peruano no pudo aclarar ni presentar para descartar la intervención directa de militares peruanos de alta graduación involucrados en la transacción. Entre dicho documentos, por ejemplo, la carta de crédito con la que se daba fe de la transacción en la que el comprador era oficial del ejército peruano; o el certificado de destino. Todo indicaría que, efectivamente, se trataría de una venta de gobierno a gobierno, según la versión jordana.
- ⁹⁹ Pocos días después la prensa daba cuenta que el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad de Colombia informó sobre la incautación de 10,000 municiones, y morteros procedentes del Perú, con destino a las FARC. Ver la edición del 1 de Octubre de los diarios *Liberación* (p. 19), y *El Comercio* (p. A-9).
- ¹⁰⁰ Tanto Lloyd Axworthy como César Gaviria habían solicitado la remoción de Montesinos en su entrevista con Fujimori el 28 de junio del 2000. En el afán de limpiar a Montesinos resaltando su posición en el régimen, el día del destape se montó una escena en la que quedaban deslucidamente expuestos los ministros de Defensa Carlos Bergamino y del Interior Walter Chacón, así como el jefe del SIN, Almirante Humberto Rozas, quienes tenían la posición y responsabilidad institucional sobre la materia, pero aparecieron como funcionarios de segundo nivel al lado de Fujimori y de Montesinos. Grompone dice sobre los prolegómenos de la caída, que el desenlace se precipitó en términos de una tragedia para el gobierno en que como en *Macbeth* ocurrió una muerte espantosa antes que un espanto sin fin. Montesinos interviniendo en triangulaciones en el tráfico de armas jugó fuerte quiso sacar beneficios y probablemente cumplir una misión histórica a su medida en el intrincado laberinto en el que se encuentran los países andinos. Rebasó así los umbrales de tolerancia de Washington que hasta entonces, visto en perspectiva, habían sido extremadamente altos en relación a su antiguo agente de inteligencia. Cfr. su trabajo "Al día siguiente: el fujimorismo como proyecto inconcluso de transformación política y social", en *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*, Lima, IEP, 2000, p. 153.
- ¹⁰¹ El viaje de Toledo a España le sirvió para contactar a José María Aznar (a través de los buenos oficios de Mario Vargas Llosa), Felipe González, representantes del empresariado español (entre los cuales se encontraban los presidentes de YPF-Repsol, Endesa, Redes Eléctricas, Banco Santander, y el coordinador general de Telefónica para América Latina). En su viaje a Bruselas, sede de la Unión Europea entabló conversación con Javier Solana, Alto Representante de la Unión Europea para Política Exterior y Seguridad Común, quien le ofreció interceder con el presidente de la Unión Europea para promover la discusión del asunto de la situación política del Perú y le ofreció la posibilidad del apoyo europeo. Ver el artículo "Faena a la toledana", en la edición 1622 de la revista *Caretas*, del 8 de junio del 2000.
- ¹⁰² Luego de la participación que tuvieron antes del proceso electoral del 2000, la experiencia y el daño causado debieron marcar al gobierno, a grado tal que cuando regresan la Misión Postelectoral del Centro Carter, y del Instituto Nacional Demócrata (NDI) de los Estados Unidos, en julio del 2000, no fueron recibidos por autoridad oficial alguna. Más aún, los ministros de relaciones exteriores, y de promoción de la mujer y de los derechos humanos tuvieron declaraciones antagónicas. Ver al respecto en la edición 1627 de la revista *Caretas*, del 13 de julio del 2000, los artículos "León en Lima", y "Al choque" en la columna "Controversias", de Fernando Rospigliosi.
- ¹⁰³ Ver su artículo "Solos contra el mundo" en su columna "Controversias", de la revista *Caretas*, edición del 18 de mayo del 2000. Añadía en su artículo que aunque no todos los gobiernos han sido tan explícitos como el norteamericano, europeos y latinoamericanos no han dejado de manifestar de las más diversas formas, su desagrado con el régimen actual. Indicaba, por ejemplo, que el Perú figuraba, junto con Cuba, como los dos países latinoamericanos con menor libertad de prensa, y que políticos conservadores como Jesse Helms, en los Estados Unidos, o Jacques Chirac, expresaban su desacuerdo con la voluntad de perpetuación de Fujimori.



- ¹⁰⁴ La identidad, dicen Laclau y Mouffe, es relacional. Se articula como la construcción de un conjunto de puntos nodales que fijan parcialmente el significado, y el carácter parcial de la fijación viene de la apertura de lo social que es un resultado, a su turno, del flujo constante de cada discurso en la infinitud del campo de la discursividad. Ob. cit., p. 130.
- ¹⁰⁵ Confirma por ejemplo la veracidad del denominado "Plan Verde" para el golpe de estado que, de acuerdo con la información que un *pajarillo verde de alta graduación* alcanzó a la revista *Oiga* y que ésta publicó en sus números 647 y 646 del 12 y del 19 de julio de 1993, se elaboró a fines de 1989 y se expuso a Fujimori antes de su asunción del mando en 1990, y revela asimismo la captura de Fujimori por la organización militar, en particular, por el aparato de inteligencia que la dirigía y por Montesinos como su jefe efectivo. Un par de años después, en 1995, escribía en *Caretas*, Luis Párasa, que desde el 5 de abril de 1992 el gobierno de Alberto Fujimori es rehén de las cúpulas militares. El triunfo electoral de 1995 abrió el camino para que el *fujimorismo* abonara otra cuota de esa deuda enorme que los militares vienen cobrándole puntualmente. A esta última cuota corresponde el grado total de impunidad otorgado por la amnistía a quienes hubieren cometido uno o más delitos de cualquier naturaleza, "con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo" durante los últimos quince años. Cfr. la edición del 22 de junio de 1995, N° 1368, p. 35.
- ¹⁰⁶ La nocturnidad se expresa en la corrupción que permaneció en el lado oculto del régimen, y que ha permitido establecer existencia de medios ilícitos en el ejercicio del gobierno, así como en el beneficio individual de Fujimori y de Montesinos, por lo menos, con negociaciones provenientes de las relaciones estatales, en las que, obviamente, ha participado una legión de personajes públicos, profesionales, empresarios, así como comerciantes de armas y hasta narcotraficantes.
- ¹⁰⁷ Dice Degregori que una de las peculiaridades de nuestra mafia es que la figura del mafioso benefactor aparece escindida. Pablo Escobar comandaba sicarios que sembraban la muerte en Medellín y al mismo tiempo hacía obras de bien en su pueblo natal. Aquí Montesinos era el señor del mundo de abajo, de los escuadrones de la muerte: reales, virtuales y morales. Por su parte, en el mundo de arriba, Fujimori recorriendo incansable el país era el patrón recolectando clientes que consciente o inadvertidamente se convertían en sus cómplices. Los personajes más (ser)viles conectaban los dos mundos, encargados del trabajo sucio: Blanca Nélida Colán, Rodríguez Medrano, los sicarios mediáticos, Crousillat, Wolfenson, Winter. El beeper o el celular reemplazaron la marca de los antiguos esclavos. Porque hoy no sólo es claro que los dos mundos en los cuales aparecía escindida la mafia estaban conectados, sino que el de las sombras era el que detentaba una cuota abrumadora del poder. Cfr. *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y de Vladimiro Montesinos*. Lima, IEP, 2000, p. 348.
- ¹⁰⁸ Es sugerente la distinción que hacen Ernesto Laclau y Chantal Mouffe en su *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia* (México, Siglo Veintiuno, 1987). cuando afirman que la oposición real es una relación objetiva -es decir precisable, definible-; la contradicción es una relación igualmente definible entre conceptos; el antagonismo constituye los límites de toda objetividad -que se revela como objetivación parcial y precaria. Si la lengua es un sistema de diferencias, el antagonismo es el fracaso de la diferencia y, en tal sentido, se ubica en los límites del lenguaje y sólo puede existir como *disrupción del mismo* -es decir, como *metáfora*(...) El antagonismo escapa a la posibilidad de ser aprehendido por el lenguaje, en la medida en que el lenguaje sólo existe como intento de fijar aquello que el antagonismo subvierte (...) El antagonismo como negación de un cierto orden es, simplemente, el límite de dicho orden y no el momento de una totalidad más amplia (1.). Pp. 145-146.
- ¹⁰⁹ Comparto el criterio de Romeo Grompone sobre la idea de que el régimen de Fujimori puede ser calificado como un régimen de camarilla. El concepto de camarilla es más extenso que el de cúpula, que está referido al grupo de quien dirige y toma decisiones. La camarilla integra las relaciones que sostienen a la cúpula por alcanzarles ventajas o beneficios con el sostenimiento del régimen. Dice Grompone que la camarilla se plasma, entonces, en un grupo limitado de personas que establecen vínculos de lealtad basados en intereses compartidos que se definen en el momento mismo de su surgimiento, que exige manejos de poder de origen extrainstitucional y compromisos que se sostienen en lealtades restringidas asociadas a lo que cada uno sabe del otro en temas como la corrupción o las violaciones de los derechos humanos. La mayoría de las decisiones tienen rango de secreto de Estado. Quienes participan en ellas están obligados y condenados a estar juntos. Esta camarilla se afirma desde adentro recurriendo a la amenaza y al chantaje, y desde afuera porque la salida de ella supone la exposición a delitos de los que no puede eximirse porque ya no tienen una retaguardia de protección. Se trata en consecuencia de un concepto que entiende que la base misma del poder es ilegítima o, como él finalmente prefiere, *conspirativa*. Ver su "Al día siguiente: el fujimorismo como proyecto inconcluso de transformación política y social", en *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima, IEP, 2000, pp. 107-113.
- ¹¹⁰ Seis años antes, en 1994, en pleno proceso de elecciones no se tuvo aún una noción apropiada del grado en el que las fuerzas armadas estaban involucradas en el proyecto político de Fujimori. El escándalo que se denuncia sobre la participación de personal efectivo del ejército y de la policía nacional en la campaña electoral fue tomado como un atrevimiento luego de haber sido presentado como una falsedad que dañaba el prestigio de los institutos armados. Poco podía decirse en contra, sin embargo, del testimonio fotográfico que exhibió el semanario *Oiga*, que mostraba al presidente Fujimori acompañado de un oficial y un técnico de la policía nacional repartiendo sus fotografías, o la del general Howard Rodríguez Málaga repartiendo almanagues con la foto del presidente Fujimori. En ese entonces la irregularidad quedó sin investigación por la declinación de competencia del Jurado Nacional de Elecciones. Ver la edición del 19 de diciembre de 1994, p. 27-29.
- ¹¹¹ Trascendió que el presidente le habría pedido a Montesinos que renunciara, y que éste lejos de acatar el pedido presidencial se reunió con el Comando Militar en la sede del servicio de inteligencia, en Las Palmas, y que desde allí se opuso y negoció su salida a Panamá mediante el helicóptero que lo trasladó al aeropuerto Jorge Chávez, y de ahí con alrededor de una decena de acompañantes (unos militares como el General Rubén Wong, encargado del departamento de operaciones sicosociales, o como el capitán Carlos Uribe Livelli, y otras personas de su entorno afectivo, entre las que no se incluía precisamente a su esposa ni hijos) hacia Panamá.
- ¹¹² Cfr. el artículo "Célebres y cobardes", en el suplemento *El Dominical* del diario *El Comercio*, 3 de diciembre del 2000, pp. 4-5.
- ¹¹³ Loc. cit.
- ¹¹⁴ Es la tesis que desarrolló el *Washington Post*, cuya traducción fue recogida en la edición del 25 de setiembre del 2000 de *Liberación*, p. 17. Montesinos es presentado, de este modo, como un *hombre topo* y como el *alter ego* oscuro del presidente.
- ¹¹⁵ Puede verse sobre el particular los artículos "*Montesinos manejaba la cúpula militar*", aparecido en la edición del 17 de setiembre en el diario *El Comercio*, p. A-5; y, "*Cúpula militar montesinista busca control de las FF.AA. como mínimo hasta el 2004*" que se publicó en la edición del 24 de setiembre en el diario *Liberación*, p. 13.
- ¹¹⁶ La denuncia de la falsificación de las firmas sale a la luz a fines de Febrero del 2000, cuando se consigue el testimonio de los hermanos Carlos y Marita Rodríguez, quienes participaron en dicho acto (ver el diario *El Comercio* de esas fechas). En cuanto a la participación del congresista Medelius, la principal persona responsable de su exculpación, a nivel de la justicia ordinaria fue la fiscal Trabucco, a quien se hizo referencia previamente, en relación a su participación respecto a la denuncia contra los congresistas Elías Avalos y Flores Chipoco. Medelius pidió ser excluido de la lista de candidatos de *Perú 2000* a poco tiempo de conocerse públicamente el caso. El archivamiento del caso judicial, sin embargo, no se llevó a cabo sino hasta inicios de octubre del 2000 (ver *La República*, 7 de octubre, p. 8, que menciona que la Sala Superior de Delitos Tributarios y Aduaneros ordenó archivar la investigación que realizaba la jueza María Mere, amparando la excepción de naturaleza de acción promovida). Al propio ex congresista Medelius se le mencionó como el enlace entre Vladimiro Montesinos y el bloque de congresistas a los que se habría encomendado crear las condiciones para crear el desorden conceptual y político en el congreso con críticas a Fujimori, de manera que las condiciones de ingobernabilidad parlamentaria fueran tales que se propiciara el clima para el golpe de estado y el retorno de Montesinos al Perú. Cfr. al respecto por ejemplo *Liberación*, en su edición del 30 de setiembre, p. 3. Sobre el enlace de Medelius con el Jurado Nacional de Elecciones puede verse igualmente *Liberación*, del 7 de octubre del 2000, p. 2, donde se indica que coordinaba con el presidente interino y con el secretario general del JNE, José Carlos Bringas y Jesús Trujillano, respectivamente.
- ¹¹⁷ De acuerdo con el diario *Liberación*, en su edición del 30 de setiembre, ante su forzada huida hacia Panamá y en su desesperación por seguir manteniendo vigente su poder el siniestro Vladimiro Montesinos ha puesto al frente de toda su maquinaria operativa a dos de sus más serviles colaboradores: Oscar Medelius y el coronel del Ejército Roberto Husmán. Y añadía que Oscar Medelius -según fuentes confiables- es el enlace entre los renunciantes congresistas de Perú 2000: Moisés Wolfenson, Fermán Altuve, Joaquín Ormeño, Jorge Polack, Mario Gonzales Inga, Gregorio Ticona y Eduardo Farah, (p. 3). El coronel EP Roberto Huamán Azcurra, de otra parte, era el Jefe de Comunicaciones del Servicio de Inteligencia, encargado directo de la interceptación telefónica a políticos, periodistas y personajes vinculados a la vida política (loc. cit.).
- ¹¹⁸ Me refiero de modo particular al problema de actitudes de la mayoría. Si bien congresistas como Martha Chávez o Luz Salgado mostraban cierta permeabilidad, otras como Miriam Schenone, Martha Hildebrandt o Luis Delgado Aparicio parecían pasar por alto la realidad de los sucesos haciendo tabla rasa de la nueva ubicación que les correspondía en el damero político. La congresista Schenone pretendía minimizar con su *charm* personal la severidad de la debacle del régimen y su ilegitimidad, mientras que la congresista Hildebrandt, probablemente equi-

vocadamente asesorada por el Oficial Mayor José Cevasco que era parte de la red de Montesinos en el congreso, no aprendió a manejar con mayor tacto, tolerancia y flexibilidad el escenario parlamentario en su condición de presidenta del congreso. El congresista Delgado Aparicio a su turno, perdido en el narcisismo de artilugios legales, pretendía oscurecer con el derecho comparado la prueba irrefutable de la corrupción y del soborno alegando que el vídeo remitido al Frente Independiente Moralizador había sido ilegalmente obtenido, y por ello se carecía de pruebas para condenar a Kouri y a Montesinos.

¹¹⁹ Como en el caso peruano, la OEA cumplió un papel similar respecto de la crisis electoral surgida en mayo del 2000 en Haití, a consecuencia del pedido expreso del gobierno de dicho país y de la Resolución que para este efecto aprobó el Consejo Permanente.

¹²⁰ El papel activo de la OEA en el territorio nacional, en esta segunda etapa, se inicia el 21 de agosto del 2000, cuando se instala la llamada Mesa de Diálogo, presidida por ex canciller de la República Dominicana, Eduardo Latorre, en su condición de Secretario de la Misión Especial de la OEA en el Perú, a quien la OEA le encomendó la tarea de supervisar el proceso de reformas que debía implementar el gobierno de Fujimori. A partir de dicha fecha se constituyeron 5 grupos de trabajo con la finalidad de debatir sobre 29 propuestas. ver <http://www.aos.org/OAS%20News/sp/Sept-Oct2000/Main/Dialogo%20sobre%20r>.

¹²¹ Entre los principales aspectos de las reformas se incluían las referidas a la administración de justicia, el fortalecimiento del estado de derecho y a asegurar la separación de poderes; las debidas garantías para la libertad de expresión y de prensa: la aprobación de leyes de reforma electoral; el fortalecimiento de las funciones de control y supervisión del Congreso; y asegurar el control civil sobre las instituciones de inteligencia y de las fuerzas armadas. *Ibid.*

¹²² Citado en el diario *Liberación*, edición del 25 de setiembre del 2000, p. 15.

¹²³ *Debe ser una cuestión que no debe ser examinada como se hace en el Congreso con las leyes y sus costos y sus beneficios En esta coyuntura también pienso que hay un factor costo, pero mejor es que esta persona esté afuera a que esté adentro.* Ver la edición del diario *Liberación*, del 30 de setiembre del 2000, p. 5. Coincidentemente con esta idea era la hija del presidente Fujimori, cuando apareció en la entrevista que le hizo Mónica Delta en el programa *Panorama*, del Canal 5 de televisión, el domingo 1 de octubre del 2000.

Estudio Guzmán Benavides

A b o g a d o s

Tomas Edilberto Guzmán Benavides
E. Jaime Guzmán Belzú
Cristian E. Guzmán Belzú
Renzo E. Guzmán Belzú

Las Amapolas 386, San Eugenio, Lince - Lima 14
Telefax: (511) 421-0286 440-6167 e-mail: eguzmanb@terra.com.pe



Algunas consideraciones sobre el Amparo contra leyes a propósito de su tratamiento en la propuesta de reforma constitucional hoy en trámite

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Catedrático de Derecho Constitucional de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura

Sumario: I.- Algunas consideraciones a modo de introducción II.- La posibilidad de interponer Amparos contra leyes como uno de los escenarios más importantes del redimensionamiento de este proceso constitucional. Las posturas actualmente existentes al respecto: A) Las posturas denegatorias o de rechazo al Amparo contra leyes B) Las tesis admisorias radicales C) Las posiciones admisorias moderadas D) La objetivación del Amparo como elemento a evaluar en el tratamiento de este tema III.- El Amparo contra leyes en el Perú: entre la incertidumbre y las inconvenientes restricciones introducidas a nivel normativo.

I.- Algunas consideraciones a modo de introducción

Si el fin último del constitucionalismo contemporáneo es el de asegurar las condiciones que sean necesarias para permitir la plena vigencia de los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos, un elemento central dentro de todo debate constitucional debiera ser el destinado a consagrar un marco suficientemente garantista para la debida protección de dichos derechos.

Por ello, el tratamiento proporcionado al proceso de Amparo en el último texto de la propuesta de reforma constitucional, documento puesto en conocimiento de la opinión pública el once de julio de este año, resulta para nosotros un tema central a analizar, máxime si en la propuesta a la cual hemos mencionado no se consigna lo que en nuestra opinión es uno de los aportes más significativos que se le ha incorporado al Amparo dentro del redimensionamiento al cual ha sido sometido en estos últimos años en el Derecho Comparado. Pasemos entonces a desarrollar nuestro punto de vista sobre el particular.

II.- La posibilidad de interponer Amparos contra leyes como uno de los escenarios más importantes del redimensionamiento de este proceso constitucional. Las posturas actualmente existentes al respecto

Sin entrar aquí a discutir la naturaleza jurídica dada al Amparo en los diferentes ordenamientos jurídicos en los cuales se reconoce su existencia¹, hemos de resaltar como hoy en día el Amparo tiende a convertirse en el medio pro-

cesal específico² más frecuentemente utilizado para la defensa de los Derechos Fundamentales reconocidos por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Ello en la mayoría de los casos ha ido de la mano de un progresivo redimensionamiento de algunos de los alcances dentro de los cuales habitualmente había sido comprendida esta institución procesal, reformulación en la cual han tenido y tienen significativa relevancia los cambios de perspectiva actualmente vigentes en el ámbito de la legitimación procesal (activa o pasiva) considerada válida para su ejercicio³, así como la discusión existente sobre la pertinencia de cuestionar a través del Amparo las omisiones de las diferentes Administraciones, e incluso, aquellas en las cuales hayan incurrido los diversos Parlamentos⁴.

Sin embargo, existe también otro aspecto en el cual el redimensionamiento de los alcances habitualmente reconocidos al Amparo puede acarrear insospechadas consecuencias en la futura comprensión y utilización de esta importante institución de Derecho Procesal Constitucional. Este aspecto es sin duda el de la inclusión o no inclusión de las leyes dentro de los supuestos que pueden justificar la interposición de un Amparo.

Generalmente se había venido concibiendo al Amparo como un mecanismo destinado específicamente a la protección de los diferentes Derechos Fundamentales frente a actos efectuados en principio por los poderes públicos, y eventualmente por los particulares, reservándose la evaluación de la constitucionalidad de una ley (o de los perjuicios que dicha ley produciría al pleno ejercicio de cualquiera de nuestros diversos De-



rechos Fundamentales) a alguna de las múltiples instituciones procesales previstas para ejercer un control directo y con efectos erga omnes de la constitucionalidad de las leyes y otras normas con similar rango dentro del ordenamiento jurídico de cada país⁵. Actualmente en cambio, son muchos los que, sin entrar a discutir si es el Amparo el espacio más idóneo para declarar la inconstitucionalidad de una ley⁶, opinan que cabe la posibilidad de plantear uno de estos procesos directamente contra una ley reputada lesiva a la plena vigencia de los Derechos Fundamentales de algunos ciudadanos.

Ahora bien, justo es señalar que aquí no nos encontramos antes una materia cuyo tratamiento sea pacífico en el Derecho Comparado.

Un breve repaso de las posturas asumidas a nivel mundial sobre el particular nos permiten entonces apreciar hasta tres grandes líneas de pensamiento al respecto, a las cuales tentativamente podemos calificar como posiciones de rechazo o denegatorias, posturas admisorias radicales y posturas admisorias moderadas⁷. Procederemos pues a explicar con cierto detalle los alcances de estas posturas, para luego pasar a anotar cual es nuestra posición en este tema, y sobre la base de ello, evaluar muy críticamente lo que se está planteando en la propuesta de Reforma Constitucional del once de julio en lo referente a eventuales Amparos contra leyes.

A) Las posturas denegatorias o de rechazo al Amparo contra leyes

Iniciando entonces la relación aquí enunciada, en primer lugar nos encontramos con aquellos casos en los cuales el mismo ordenamiento jurídico de un país descarta la posibilidad de admitir el uso del Amparo contra leyes, rechazo que en algunos casos está explícitamente planteado en el texto constitucional⁸, pero que en la mayoría de supuestos es consecuencia de lo prescrito por alguna ley o lo deducido como una postura constante de la jurisprudencia y/o de la doctrina especializada en estas materias⁹.

Los argumentos en los cuales se sustentan estas posiciones denegatorias son bastante conocidos, aunque ello no obsta para anotar aquí aquellos que se nos presentan como los más relevantes al respecto, lo cual posteriormente nos permitirá efectuar un comentario sobre la pertinencia de los mismos. Así pues, se alega que el buscar la declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante un Amparo no solamente im-

plicaría el habilitar el desborde de competencias judiciales en perjuicio de las atribuciones propias del Congreso, sino que también -y esto es tal vez lo más relevante- originaría una distorsión en el sentido del Amparo, medio procesal por el cual únicamente se impugnaría al hecho, acto u omisión que lesiona un derecho constitucional.

Queda claro pues que para los defensores de esta postura la sola existencia de un texto legal no serviría para acreditar la existencia de un acto lesivo, sino, en el mejor de los casos, cabría señalar la aparición de un riesgo futuro e incierto (y por ende, de efectividad discutible) de vulneración de un derecho fundamental¹⁰, lo cual, como veremos posteriormente, ni siquiera encaja dentro de los supuestos de amenaza susceptibles de ser impugnados y revertidos mediante Amparo¹¹. La posibilidad de cuestionar lo que todavía es en abstracto un peligro para la vigencia de algún o algunos Derechos Fundamentales debería entonces más bien canalizarse a través de otras vías procesales.

Descritas las líneas generales de los postulados de esta posición, y sin negar la indudable relevancia de las opiniones que acabamos de describir, creemos que aquí se hace necesario efectuar una serie de precisiones, las cuales nos llevan finalmente a relativizar la validez de las posturas de carácter denegatorio. Y es que, en primer lugar, los términos de la relación entre los jueces y la Constitución son actualmente bastante diferentes de aquellos a través de los cuales parecerían éstas esbozarse desde las propuestas de algunos defensores de las tesis denegatorias: y es que hoy en día son pocos los que discuten que, incluso en los países con sistemas de control de constitucionalidad de tipo concentrado, el juez siempre efectúa una interpretación y aplicación directa del texto constitucional, sin que con ello invada competencias otrora asignadas exclusivamente a otros "poderes" del Estado¹².

La única diferencia aquí existente es que mientras en los países con control concentrado no es el juez quien procederá a la inaplicación de la ley que repute como inconstitucional (al juzgador le corresponderá más bien dejar esta decisión en manos del Tribunal Constitucional, quien actuará a través de las denominadas cuestiones de inconstitucionalidad), en los países con un modelo de control difuso o en algunos de tipo mixto¹³ ese mismo juez será quien inaplique la norma reputada inconstitucional al caso que viene siendo de su conocimiento. En uno u otro caso, aunque no sin pocos cuestionamientos doctrinarios, progresivamente va consolidándose la



postura de que esta actuación de los juzgadores bajo ningún concepto constituye una intromisión abusiva de éstos en las labores propias de la función parlamentaria. Alegar entonces en este contexto que el juez invade competencias parlamentarias al evaluar la constitucionalidad de una ley resulta entonces poco sostenible, salvo mejor parecer.

Por otro lado, quienes plantean que la aceptación del uso del Amparo contra leyes implica una supuesta distorsión del sentido de este mecanismo procesal parecen ignorar que, como en el caso latinoamericano bien anota Germán Bidart Campos¹⁴, hay leyes que con su sola promulgación adquieren operatividad inmediata, y por ende, causan una lesión en el ejercicio de algún o algunos derechos fundamentales. No estamos aquí frente a un acontecimiento remoto, y por ello, de eficacia discutible, sino frente a un hecho cierto y con repercusiones inmediatas, lo cual a todas luces encaja por lo menos dentro de los supuestos de amenaza a un derecho fundamental, supuestos también susceptibles de impugnación mediante Amparo. En estos casos, los de las leyes de carácter autoaplicativo, la pertinencia del uso del Amparo se nos presenta entonces como algo incuestionable.

B) Las tesis admisorias radicales

Es pues en mérito a éstas como a otras consideraciones que algún otro sector doctrinario aboga por el reconocimiento de la posibilidad de discutir en el Amparo la constitucionalidad de todas las leyes. Así por ejemplo, en el caso latinoamericano, son dignas de resaltar opiniones como las del mejicano Emilio Rabasa¹⁵, para quien la ley puede ser equiparada al acto lesivo que motivará la posterior interposición de un Amparo.

Rabasa añade además que si la judicatura ordinaria (o el Tribunal Constitucional en su caso, completaríamos nosotros) inaplica una ley mediante Amparo, no la está derogando ni invadiendo competencias de otras instancias estatales, sino simplemente se encuentra haciendo prevalecer a la Constitución frente a una ley inconstitucional. Alega por último en apoyo de su postura la existencia de razones de economía procesal, pues considera más simple, expeditivo y tuitivo de los derechos fundamentales el impugnar directamente una ley que se reputa lesiva de uno de estos derechos sin esperar a la existencia de perjuicios concretos ocasionados por actos de ejecución de la ley en cuestión.

Ahora bien, no solamente es Rabasa quien sustenta esta postura. Y es que, como consecuencia de la aplicación del principio de supremacía constitucional, llegan a conclusiones similares a las que acabamos de exponer juristas tan destacados como los argentinos Sánchez Viamonte¹⁶ o Bielsa¹⁷. Es más, lo expuesto por algún autor español, aun cuando sobre la base de otro tipo de argumentaciones frente a las leyes y demás normas, también parece abogar por un irrestricto uso del Amparo ante esta clase de normas¹⁸.

El planteamiento aquí esbozado es sugerente, y sin duda resulta de gran utilidad en aquellos países en los cuales el Amparo incluye (o por lo menos, incluía) dentro de sus ámbitos de acción la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes¹⁹. Asimismo, es innegable que esta argumentación puede resultar muy funcional para aquellos estados cuyo ordenamiento jurídico carezca de un proceso constitucional similar al que en España se ha preferido denominar recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, consideramos necesario anotar como a nuestro modesto parecer la misma generaría peligrosas y no deseadas distorsiones, las cuales pueden incluso poner en riesgo la seguridad jurídica de cualquier país.

Explicitemos entonces las consideraciones que nos llevan a efectuar una aseveración tan radical como la que acabamos de realizar. Y es que, en primer lugar, no toda ley aprobada y promulgada siguiendo los cánones normativamente previstos es susceptible de afectar directa o inminentemente la vigencia de un derecho fundamental: son muchas las leyes de tipo no autoaplicativo -y sobre todo, aquellas cuyo cumplimiento solamente es discrecional para el órgano al cual se le ha encomendado su reglamentación o ejecución²⁰- que en el mejor de los casos únicamente perfilarían actos con una posibilidad de riesgo más bien remota, y por ende, no idóneos para viabilizar la posterior interposición de un Amparo, interposición para la cual se exige más bien la existencia de un peligro inminente o próximo²¹. El canal procesal pertinente para enfrentar estos casos es pues, sin lugar a duda, el del proceso constitucional que algunos denominan Recurso de Inconstitucionalidad²² y otros Acción de Inconstitucionalidad²³.

Por otro lado, la relativa facilidad existente para obtener la legitimación procesal activa considerada necesaria en un Amparo, unida a la mayor disposición de la judicatura (ordinaria o especializada) para conceder medidas cautelares (y sobre todo, medidas cautelares de no innovar)



en este tipo de procesos, podrían ocasionar que, puestas en mano de un juez excesivamente conciso, prácticamente todas las leyes que componen el ordenamiento jurídico de un país puedan correr el riesgo de encontrar suspendidos sus efectos en casos específicos (aquellos en donde se ha planteado un Amparo y se ha concedido una medida cautelar) más no en otros, lo cual podría llevar a una situación de total inseguridad jurídica que probablemente a nada bueno conduciría²⁴. Por ello, actualmente el grueso de la más calificada doctrina sobre esta materia también marca distancias frente a las tesis admisorias de corte radical, y se adscribe a posturas admisorias más moderadas, posturas cuyos alcances de inmediato pasaremos a explicitar.

C) Las posiciones admisorias moderadas

Las posturas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales a las cuales empezaremos a hacer referencia tienen como elemento común el admitir la interposición del Amparo contra leyes solamente en algunos supuestos. En líneas generales, ello implica reservar el uso del Amparo únicamente contra las leyes de carácter autoaplicativo (aquellas que como bien sabemos no requieren de disposiciones reglamentarias ni actos de ejecución alguno para empezar a surtir efectos jurídicos concretos y afectar a situaciones jurídicas ya existentes), aunque es justo reconocer la existencia de algunos autores que admitirían la interposición de Amparo incluso frente a determinados casos de leyes que poco o nada tienen de autoaplicativo²⁵.

La pertinencia de admitir la posibilidad de interponer Amparos directamente contra aquellas leyes de carácter autoaplicativo se sustenta entonces en razones que en principio parecen bastante atendibles. Y es que si reconocemos que con la sola existencia de una de estas leyes ya puede verse comprometido el pleno ejercicio de alguno o algunos de nuestros Derechos Fundamentales, se nos presenta como poco respetuoso del carácter tuitivo del Amparo el tener que esperar a la realización concreta de actos de ejecución de una ley cuya inconstitucionalidad se encontraría ya fuera de toda discusión.

Nadie puede negar además que la existencia de una ley debidamente aprobada y promulgada es ya un hecho cierto; y si a ello le añadimos que alguna de esas leyes puede surtir efectos desde el mismo momento en que entra en vigor, hemos de reconocer que estamos también frente a un hecho con efectos inminentes y no remotos. Se cumplen así los dos requisitos (certeza e in-

minencia) pacíficamente aceptados por la doctrina como configuradores de una amenaza a la vigencia de un derecho fundamental susceptible de ser despejada a través de la interposición del proceso constitucional de Amparo.

Es en mérito a consideraciones como las aquí expuestas que ésta es actualmente la postura que va imponiéndose a nivel doctrinario y jurisprudencial en esta materia. Sin embargo, a todas estas consideraciones convendría añadirle una más, vinculada al reconocimiento de una doble dimensión (objetiva y subjetiva) no solamente de los derechos fundamentales, sino de la misma institución procesal del Amparo.

Y es que en la opinión de muchos destacados especialistas, la admisión de Amparos contra leyes deviene en un elemento clave para una mayor objetivación de esta institución procesal, alternativa que algunos recusan abiertamente y otros buscan promover. Estamos entonces frente a un tema que, además de estar muy relacionado con la materia que hemos venido analizando, tiene una significativa relevancia en la determinación de cuál será el rol que le corresponda al Amparo dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos en los cuales éste es acogido, y por ello, vamos siquiera a dedicarle un apartado dentro del presente trabajo.

D) La objetivación del Amparo como elemento a evaluar en el tratamiento de este tema

Como bien sabemos, una de las discusiones con mayor relevancia en los últimos años con respecto al Amparo es la de cuál es rol y los alcances que debe reconocérsele a esta institución procesal. Esta discusión adquiere especial relevancia en los países como el Perú, donde coexisten labores tuitivas a cargo de la judicatura ordinaria con otros quehaceres protectores confiados más bien a nuestro Tribunal Constitucional.

Es en este contexto en el que se han configurado dos posiciones o tendencias sobre las cuales se considera deberían canalizarse los futuros derroteros del Amparo. Una de estas posturas tiende a la objetivación de este proceso constitucional, pues, tal como señala uno de sus principales promotores en España “[...] En la medida en que el sistema constitucional se afianza y la defensa de los Derechos Fundamentales atribuida a los jueces y tribunales se consolida, debe prevalecer la dimensión objetiva del Amparo (la garantía objetiva de los Derechos Fundamentales, y con ellos, de la Constitución en su conjunto) frente a la subjetiva (los intereses concretos subjetivos de



los justiciables)²⁶.

Lo expuesto se traduciría entonces en la necesidad de privilegiar la tutela objetiva de derechos mediante la delimitación de contenidos y fijación de líneas jurisprudenciales²⁷, así como a través del reforzamiento de las condiciones y requisitos exigidos para que un Amparo pueda ser conocido por un Tribunal Constitucional. Se le permite así a dicho Tribunal un mayor margen de apreciación, el cual le permite no sólo descartar pretensiones manifiestamente carentes de contenido constitucional, sino que incluso -lo cual pudiera resultar harto discutible- le da la posibilidad de dejar de pronunciarse en aquellos casos en los que a pesar de producirse una lesión a un derecho fundamental, dicha lesión tiene una poca o prácticamente nula relevancia material²⁸.

Según los defensores de esta propuesta, la cual nos llevaría a un escenario muy similar al que se ha apuntado en el caso alemán luego de la reforma efectuada en agosto de 1993 a la ley que regula las actividades de su Tribunal Constitucional Federal²⁹, una posible no admisión a trámite de una demanda de Amparo ante el Tribunal Constitucional no configuraría una situación de denegación de tutela judicial, salvo en los supuestos (realmente excepcionales) en los cuales dicho Tribunal se pronuncia sin necesidad de que exista una resolución judicial previa³⁰. La asunción de esta postura tendría además como ventaja adicional el obligar a un necesario redimensionamiento de la labor (y de los mecanismos previstos para poder ejercer dicha labor) tuitiva de los Derechos Fundamentales a cargo de la judicatura ordinaria, teóricamente la llamada a asumir el quehacer más cotidiano y frecuente en el desarrollo de esta tarea³¹.

Siendo este el objetivo a apuntalar dentro del Amparo para los defensores de la postura que acabamos de reseñar, no cabe duda como en este contexto la admisión de algunos supuestos de Amparo directo contra leyes sería un elemento llamado a colaborar significativamente en el fortalecimiento de este tipo de perspectivas, ante las ventajas que pueden proporcionar pronunciamientos en procesos de Amparo contra alguna ley en la mejor delimitación de contenidos y fijación de líneas jurisprudenciales a seguirse posteriormente³².

Ahora bien, es justo señalar cómo esta posible reconducción del Amparo (la cual progresivamente ha venido difundiéndose en muchos países que reconocen la existencia de este mecanismo procesal en un escenario dentro del cual la

judicatura ordinaria y un Tribunal Constitucional comparten la responsabilidad de desempeñar labores tuitivas de los derechos fundamentales) es fuertemente cuestionada por otro importante sector doctrinario, para el cual el Amparo más bien debe ser el cauce a través del que un Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación y clave de fiscalización si se produce una interpretación conforme a la Constitución de todo el conjunto del proceso de creación-aplicación del Derecho³³.

Sobre el particular, y siendo muy respetuoso de las interesantes argumentaciones que sostienen una postura contraria a la de un apuntalamiento de la dimensión objetiva del Amparo, consideramos que es justo reconocer que la llamada "objetivación" del Amparo constitucional o ante el Tribunal Constitucional (razonamiento que en los países en donde no exista un Tribunal de estas condiciones sería aplicable a aquellos Amparos que pudieran ser conocidos por los Tribunales Supremos de dichos estados luego de existir un pronunciamiento de otras instancias de la judicatura ordinaria al respecto) parece convertirse en una alternativa sustentada en sólidas consideraciones de carácter teórico y práctico, razones vinculadas a una necesaria unificación de la jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales en función a grandes líneas y criterios claramente establecidos, sin que el conseguir dicho objetivo acarree los inconvenientes funcionales propios de convertir a un Tribunal Supremo o a un Tribunal Constitucional en una última instancia para todos los casos referidos a la tutela de los Derechos Fundamentales³⁴.

Existen pues una serie de interesantes y atendibles razones que permiten sustentar el conceder una prudente cobertura al Amparo directo contra leyes. Ello, lejos de constituir una posibilidad poco funcional al modelo de control de constitucionalidad recogido por un determinado ordenamiento jurídico, puede más bien resultar de suma utilidad para consolidar una situación más tuitiva de los diferentes Derechos Fundamentales.

Sin embargo, el tratamiento dado al presente tema en el caso peruano no ha respondido precisamente a estos parámetros, poniéndonos en una situación que, por decir lo menos, aparece como poco favorable para aquello que, como ya aquí mismo hemos reseñado, es el fin último de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Pasemos entonces a comentar lo sucedido en el Perú sobre el particular para luego esbozar nuestra perspectiva al respecto.



III.- El Amparo contra leyes en el Perú: entre la incertidumbre y las inconvenientes restricciones introducidas a nivel normativo

Es de conocimiento general que, aun cuando podemos encontrar algunos antecedentes en anterior normativa, el proceso de Amparo se incorpora en rigor al ordenamiento jurídico peruano con la Constitución de 1979, teniendo incluso que esperarse hasta la dación de la ley 23506 para empezar a apreciar con mayor detalle sus alcances.

Una rápida revisión de la ley 23506, así como de su norma complementaria, la ley 25398, y de las demás disposiciones dictadas en aquella época sobre el particular, no incluye anotación alguna acerca de la procedencia del Amparo contra leyes. Sin embargo, pronto se dieron dos perspectivas radicalmente opuestas al respecto: la de la doctrina nacional más calificada, proclive a admitir el Amparo contra leyes de tipo autoaplicativo; y la de la judicatura ordinaria peruana, en líneas generales opuesta a cualquier posibilidad de conceder Amparo en situaciones como las aquí descritas³⁵.

Curiosamente cuando el discurso doctrinario favorable a recoger este tipo de pretensiones comenzaba a imponerse, el texto de 1993, en el segundo inciso de su artículo 200, prohíbe expresamente la procedencia del Amparo contra normas legales, denominación de por sí poco clara, por decir lo menos. La intención que escondía este precepto era para algunos la de dificultar el cuestionamiento a leyes inconstitucionales, problema agravado con la indebida e injustificada destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional y la consiguiente desactivación de toda posibilidad de interponer procesos de inconstitucionalidad desde 1997.

Ahora bien, justo es reconocer como, a pesar de no tener las mejores condiciones para su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Peruano emitió una serie de fallos en los cua-

les, muy a despecho de la literalidad del texto de 1993, acertó en nuestra opinión al admitir la eventual procedencia de Amparos contra normas que reputa como autoaplicativas. En este sentido va, por ejemplo, lo señalado en la sentencia (STC) emitida frente al expediente 11-52-97-AA/TC, por solamente citar uno de los casos más notorios. En esa interesante resolución se llega a decir que “[...] de tratarse de normas jurídicas autoaplicativas, esto es, normas cuya eficacia no se encuentra condicionada a la realización de algún tipo de actos, el Amparo Constitucional, de ser el caso, puede prosperar válidamente, desde que de optarse por una interpretación rígida del referido precepto contenido en el inciso dos del artículo 200 de la Constitución, ello supondría que la violación de un derecho constitucional por normas de esta naturaleza, quedara en total indefensión, encontrándose ello en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad” (fundamento 2 b) del presente fallo)³⁶.

Es por ello un tema que nos causa enorme preocupación el que la propuesta de reforma constitucional del once de julio insiste en mantener una expresa improcedencia del Amparo contra normas legales. En un contexto social y político como el actual, el cual busca afianzarse como algo distinto de la autocracia fujimorista, la opción asumida en la propuesta que aquí venimos analizando no parece contar con un sustento razonable y aparentemente no nos proporcionaría mayores aportes a la consolidación de un clima de plena vigencia y tutela de los derechos fundamentales. Ojalá entonces el debate constitucional aun en desarrollo permita la rectificación de este evidente y peligroso error, potenciando más bien la continuidad de una línea de pensamiento apuntalada por una alentadora jurisprudencia. Este es pues en nuestra modesta opinión el camino que debería seguirse en esta importante y delicada materia, salvo mejor parecer.

¹ Solamente para citar un ejemplo al respecto, anotaremos cómo en el tradicionalmente denominado “juicio de Amparo” mexicano (el cual, como bien indica la más moderna doctrina de dicho país, en rigor es más bien un proceso) podemos descubrir, siguiendo a Héctor Fix Zamudio, hasta cinco grandes funciones diferentes entre sí, las cuales son a saber:

- El Amparo-Hábeas Corpus, para la protección de los derechos a la vida y la libertad personal;
- El Amparo-Casación, o Amparo contra resoluciones judiciales, el cual a su vez admite cuatro facetas o subdivisiones en función a si la materia en él abordada es de carácter penal, civil-mercantil, administrativo o laboral;
- El Amparo social-agrario, a través del cual se busca dar una protección especial a los campesinos sujetos a la reforma agraria;
- El Amparo contencioso-administrativo (o como contencioso-administrativo), Amparo cuyo ámbito de acción es hoy bastante restringido ante la creación de tribunales de lo Contencioso-Administrativo en varios estados mejicanos;
- El Amparo contra leyes, Amparo previsto para la impugnación de leyes inconstitucionales.

Este último Amparo, el denominado “Amparo contra leyes”, tendría hoy una doble configuración, pues podría ser entendido como “acción de inconstitucionalidad” o cuestionamiento directo no solamente a las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias y tratados internacionales aprobados por el Senado federal; pero también podría asumirsele como “recurso de inconstitucionalidad”, en los



casos en los cuales lo que se combate directamente es la legalidad de una resolución ordinaria, para a través de ello apreciar en primer lugar si las leyes aplicadas por el Tribunal que emitió esa resolución son o no constitucionales.

Una completa explicación sobre esta caracterización del Amparo mexicano la encontramos en diversas obras del ya antes mencionado Héctor Fix Zamudio, siendo tal vez el texto que mejor sintetiza su actual postura al respecto el de su trabajo "La Justicia Constitucional", texto incluido en AAVV. Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su 75º Aniversario. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992, pp. 107 y ss. (especialmente entre las páginas 140 y 151).

Por otro lado, una siquiera rápida mirada de lo previsto en el Derecho Comparado sobre el particular nos permite apreciar como en muchos países el Amparo es considerado como un recurso y en otros se le denomina acción, cuando en rigor es un proceso con alguna pretensión particular, un proceso constitucional.

España es uno de los lugares en donde se tiende a considerar al Amparo como un recurso. Ello en nuestra modesta opinión tiene, cuando abordamos el tema del Amparo en España, sin duda uno de los temas que más controversia genera es el de la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución, controversia que en nuestra modesta opinión tiene mucho de su sustento en la ausencia de un necesario deslinde (o en la insuficiencia del deslinde hasta ahora efectuado) entre las competencias propias del Tribunal Constitucional (en donde existe) y la judicatura ordinaria (aun cuando la necesidad de deslinde podría también darse entre el Tribunal Constitucional y la institución parlamentaria, a tenor de lo ocurrido en España en casos que motivaron la dación de la STC 206/92 y del ATC 42/1997).

Por ello, frente a la disyuntiva existente en España de comprender al Amparo como un proceso autónomo o como un tipo especial de recurso de casación, puede entenderse la existencia incluso de posturas híbridas o mixtas sobre cuál es la naturaleza jurídica del Amparo constitucional recogido en el artículo 53.2 CE (el cual, según los defensores de esta tesis intermedia, sería en algunos supuestos un proceso autónomo, y en otros, una casación especial para derechos fundamentales). Sin embargo, a nuestro modesto parecer existen muchos más elementos que incluso en casos como el español nos llevan a pensar que antes de estar frente a un recurso nos encontramos frente a un verdadero proceso constitucional.

Explicitemos entonces nuestro razonamiento al respecto. Y es que si bien la tradición histórica española, aunada a otros factores como el del carácter de último remedio del Amparo constitucional proporcionaría elementos que ayudarían a concebir al Amparo constitucional de ese país como un recurso, existen al respecto otros aspectos a tomar en cuenta, los cuales, siguiendo lo expuesto por Joan Oliver (ver al respecto Oliver Araujo, Joan. El recurso de Amparo. Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1986, p. 43), son los siguientes:

- En primer lugar, un recurso implica un replanteamiento de la cuestión litigiosa ante un órgano judicial superior del mismo orden que aquel que pronunció la resolución recurrida, o incluso ante el mismo órgano que dictó dicha resolución. Ninguno de estos dos supuestos es aplicable a lo que ocurre con el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional.
- En segundo término, por lo menos uno de los cuatro tipos de Amparo previstos en España tiene carácter directo, y por ende, no requiere del agotamiento de vía previa alguna. Mal se puede hablar en este caso de la existencia de un recurso, salvo mejor parecer.
- Finalmente, se reclama no perder de vista que el TCE es un órgano fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria y único en su orden.

La consideración del Amparo como una acción, denominación utilizada en nuestro país al abordar esta materia, tiene un sustento procesal también bastante discutible, pues, como todos sabemos, el derecho de acción no recoge todas las actuaciones y posibilidades de acción que nos da cualquier Amparo.

Es en mérito a razones como éstas que consideramos que estamos frente a un proceso y no ante un recurso, o a una acción conclusión a la cual parecen llegar, aun cuando no necesariamente por similares premisas, autores como Gerpe, Manuel. "El recurso de Amparo constitucional". En: Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Año LXXXI N° 2, abril-junio 1982, pp. 207 y ss. (y muy especialmente p. 212); González Pérez, Jesús. "Derecho Procesal Constitucional". Op. cit., p. 278; o Almagro Nosete - Justicia Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Madrid, 1980, p. 191-192. En esta misma dirección apuntaba el ATC de la Sala Primera del 26 de noviembre de 1980, y parece ser una constante en la mayor parte de las nuevas publicaciones sobre estos temas, en las cuales se incluye al recurso de Amparo dentro del rubro "Procesos Constitucionales". A modo de ejemplo en el cual podemos sustentar esta última aseveración, podemos citar libros como AAVV. Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla 27/28 de setiembre de 1991). Madrid, CEE, 1992; o el colectivo de Caamaño, Francisco; Gómez Montoro, Angel; Medina, Manuel y Requejo, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Madrid, McGraw Hill, 1997.

² Si bien ya habíamos adelantado alguna referencia a este tema en la nota tres del presente trabajo, señalaremos aquí como Fix Zamudio distingue hasta tres diferentes planos en lo vinculado con la tutela de los Derechos Fundamentales. Según dicho autor, en cualquier proceso común y corriente puede darse la protección de algún derecho fundamental, a pesar de que el mecanismo procesal utilizado (o incluso, la protección central del proceso iniciado) no sea la de preservar la plena vigencia de uno de esos derechos. A esta situación es la que Fix denomina de tutela de un derecho fundamental mediante un medio procesal ordinario.

Posteriormente el autor cuya propuesta aquí estamos desarrollando anotará también cómo existen casos en los cuales se toman decisiones que si bien en principio poco o nada parecerían estar vinculadas a las labores tuitivas a las cuales venimos haciendo referencia, tienen en el fondo una motivación directamente relacionada con ese tipo de tareas. Este es el caso por ejemplo de una moción de censura a algún ministro, si es que con dicha censura se busca sancionar una actitud o comportamiento ministerial violatorio de algún derecho fundamental. Si bien el objetivo de la censura es el de separar de su cargo a un ministro al cual se considera ineficiente para desempeñar tales responsabilidades, esta censura devendría en un medio indirecto de protección de los derechos fundamentales en la medida que el respeto a la plena vigencia de esos derechos será de ahora en adelante una pauta a seguir para todo aquel ministro que no quiera correr el riesgo de ser separado de su cargo por el Congreso.

Finalmente, Fix Zamudio reconoce la existencia de medios procesales específicos (o procesos constitucionales), instrumentos procesales cuyo objetivo es el intentar tutelar con la mayor rapidez y eficacia posible la plena vigencia de los derechos fundamentales. En esta lógica, instituciones como el Amparo son, sin lugar a dudas, medios procesales específicos. Una detallada exposición del razonamiento de Fix Zamudio al respecto lo encontraremos en su La protección procesal de los Derechos Humanos antes las Jurisdicciones Nacionales. Madrid, Civitas, UNAM, 1982, p. 57.

³ Nos referimos aquí al tema del Amparo frente a actos de particulares, en el cual son muchos los países en los cuales se ha optado por acoger la teoría alemana sobre la Drittwirkung o eficacia del Amparo en este tipo de supuestos. Textos de indispensable consulta frente a las ventajas y dificultades existentes al respecto son, entre otros, el de García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio -Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. Madrid, Cuadernos Civitas, 1986; así como el de Bilbao Ubillos, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid, CEC-BOE, 1997. También tiene interesantes referencias al respecto el texto de Herrero Tejedor, Fernando. Honor, Intimidad y propia imagen. Madrid, Colex, 1990 (existe una edición de 1994).

La lógica norteamericana seguida en el tratamiento de estos temas reposa más bien en la Teoría de la State Actio. Una clara explicación sobre los alcances de la State Action la encontramos en Bilbao Ubillos, Juan María. Los Derechos Fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. Madrid, Mac Graw Hill, 1998.

⁴ La posibilidad de atacar las omisiones de la Administración ha merecido incluso la institución en algunos ordenamientos jurídicos de un medio procesal específico al cual se ha denominado Acción de Cumplimiento, medio procesal hoy existente en Colombia y el Perú, aún cuando con importantes matices entre ambas experiencias. Por otro lado, tema de mayor complejidad es el de poder cuestionar flagrantes casos de omisión legislativa. Sin embargo, las iniciativas manejadas al respecto generalmente se encuentran más bien vinculadas a la llamada "inconstitucionalidad por omisión", materia que excede ampliamente los alcances del presente trabajo.

⁵ Aquí resulta conveniente aclarar la diferente situación a la cual puede llevar el modelo de justicia o jurisdicción constitucional asumido en cada país. Y es que mientras en aquellos países con un sistema concentrado de control no corresponde al juez ordinario sino al Tribunal Constitucional el declarar la inconstitucionalidad de una ley, en un país con un modelo difuso o mixto en principio cualquier juez que detecte la inconstitucionalidad de una ley puede inaplicarla únicamente para el caso concreto que viene resolviendo. Ello sin perjuicio del precedente que dicho fallo pueda generar, o de la eventual existencia en aquellos países de mecanismos procesales similares a los que en España y otros países europeos son denominados se denominan recurso o cuestión de inconstitucionalidad.



- ⁶ Y es que aquí no se discute si es el Amparo el escenario ideal para discutir a cabalidad si estamos o no frente a una ley inconstitucional (en principio los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes parecerían presentarse como más idóneos para cumplir con dichas tareas), sino si es posible considerar que la sola existencia de una ley constituye lo que podríamos denominar un acto lesivo susceptible de ser impugnado mediante Amparo, y por ende, elemento habilitante para el planteamiento de pretensiones de inconstitucionalidad en uno de estos procesos. Adelantando parte de nuestro punto de vista sobre el particular diremos entonces que nosotros consideramos que ello es posible en algunos casos, esencialmente vinculados a aquellas leyes con un carácter autoaplicativo.
- ⁷ Denominaciones similares a las nuestras, aunque con contenidos y alcances no exactamente iguales a los que aquí planteamos, han sido empleadas por Sagüés, Néstor Pedro. "El Amparo contra leyes". En: *Derecho y Sociedad* N° 3. Lima, 1990, pp. 6 y ss.
- ⁸ Este es el caso del texto constitucional peruano de 1993, el cual en el segundo apartado de su artículo 200 expresamente señala que no procede la interposición del Amparo contra leyes alternativa cuya justificación (formal y real) luego analizaremos con mayor detalle.
- ⁹ Lo ocurrido en España sería un buen ejemplo al respecto, pues allí las posturas denegatorias encuentran más bien su sustento en lo expuesto por un importante sector de la doctrina y lo mayormente resuelto por su Tribunal Constitucional sobre el particular. En este sentido se encuentran pronunciamientos como la STC118/88, del 20 de junio; y los AATC 103/84, del 21 de marzo; 296/85 del 8 de mayo; 244/86, del 12 de marzo; y muy especialmente el AATC 385/89, por solamente citar los precedentes más antiguos de una ya reiterada línea jurisprudencial.
- ¹⁰ Esta es la postura defendida por ejemplo por Lazzarini, José Luis. "El juicio de Amparo". Buenos Aires, La Ley, 1988, pp. 214-215; así como por Ortecho, Víctor Julio. *Derechos y Garantías Constitucionales*. Trujillo, Marsol Perú Editores, 1985, p. 375.
- ¹¹ En este aspecto resulta importante resaltar lo planteado en el artículo 4 de la Ley 25398, ley complementaria de la regulación del Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú, norma en la cual (recogiendo así las posturas doctrinarias más avanzadas hoy existentes en el Derecho Comparado sobre el particular) se establecen como amenazas de violación susceptibles de ser atacadas o impugnadas mediante Amparo a aquellas que se caractericen por ser ciertas y de inminente realización. La amenaza a tomarse en cuenta en estos casos debe entonces ser real y posible de cumplirse dentro de un lapso de tiempo más bien próximo. Al respecto es conveniente revisar los interesantes comentarios recogidos sobre el particular en Borea, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Lima, Grijley, 1996, pp. 46-50 (existe también una edición del año 2000).
- ¹² Así por ejemplo, Eduardo García de Enterría, en su ya clásico trabajo "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", no solamente señala que el juez español estaba sometido a la Constitución, sino que debía aplicarla directamente en los siguientes supuestos:
- 1- Enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes, ya sea efectuando una evaluación de la norma que debe aplicar en un caso concreto (evaluación que en su momento podría llevarle a plantear una cuestión de inconstitucionalidad) o realizando un juicio positivo de la constitucionalidad de una ley al aplicarla para solucionar un caso concreto;
 - 2- Juicio sobre la constitucionalidad de los reglamentos, los cuales puede inaplicar si los considera inconstitucionales además de ilegales;
 - 3- Juicio sobre la inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (sean estos administrativos o judiciales) o privados, negando la validez de los mismos si concluye que son inconstitucionales;
 - 4- Casos de interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento jurídico nacional, tanto en el caso de leyes como en el de reglamentos.
- Recomendamos entonces ver, García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Cívitas, 1981, p. 67. En esta misma línea de pensamiento, autores como Luis Díez Picazo rescatan la posibilidad de una aplicación directa de la Constitución por los jueces ordinarios en aquellos asuntos vinculados a derechos fundamentales con un especial ámbito de protección, postura recogida en Díez Picazo, Luis. "Constitución, Ley, Juez". En: *REDC* N° 15, p. 19.
- A pesar de lo ya expuesto, es justo también reconocer como en el mismo caso español todavía, aunque doctrinariamente minoritarias, existen posturas reacias a aceptar una aplicación directa de la Constitución por el Juez ordinario (es de este criterio, por ejemplo, Pérez Royo, Javier. "Por qué no". Artículo publicado en el diario "El País" del 18 de abril de 1997, pp. 13-14). Por otro lado, resulta oportuno resaltar como hay quienes, sin negar la eficacia normativa de la Constitución, entienden que los jueces ordinarios no efectúan una aplicación del texto constitucional en sentido estricto, sino solamente en forma mediada, como norma que únicamente le proporciona las pautas y parámetros (pautas y parámetros cuyo desarrollo será abordado dentro del ordenamiento infraconstitucional) considerados válidos para la solución de un determinado conflicto. Esta es la posición defendida por Aparicio Pérez, Miguel Ángel en "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del Amparo constitucional". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 3, Madrid, CEC, mayo-agosto 1989, p. 47.
- ¹³ Y es que cuando se habla de modelos mixtos no siempre nos estamos refiriendo a lo mismo, pues los aspectos en los cuales se entremezclan elementos de sistemas difusos y concentrados muchas veces no coinciden entre sí. Ello explica cómo en el caso español que mientras para Vicente Gimeno Sendra el carácter mixto del modelo de ese país estaría dado por la subsidiariedad de la actuación del Tribunal Constitucional frente al quehacer de la judicatura ordinaria en defensa de los derechos fundamentales (ver al respecto Cascajo Castro, José Luis, y Gimeno Sendra, Vicente. *El Recurso de Amparo*. Madrid, Tecnos, 2ª ed. 1984, p. 158); para Miguel Ángel Aparicio Pérez (ver su Introducción al Sistema Político y Constitucional Español. Barcelona, Ariel, p. 149) el carácter "mixto continental contemporáneo" del modelo español estaría dado por el hecho de que es un órgano de carácter esencialmente jurisdiccional (y no a un legislador negativo como en la propuesta original de Kelsen) al que se le asigna la responsabilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional en función a la Constitución.
- Sin embargo, no es este tipo de modelos (vistos más bien por un buen sector de la doctrina como nuevas manifestaciones del modelo concentrado antes que como verdaderamente "mixtos") a los cuales aquí intentábamos hacer alusión, sino a aquellos en donde la mezcla de elementos propios de las formulaciones clásicas de los modelos concentrados y difusos se ha hecho todavía más patente. Es el caso, por solamente citar un ejemplo, de lo ocurrido en el modelo mixto o dual hasta hoy formalmente vigente en el Perú, en donde, independientemente de las múltiples posibilidades de actuación que se le reconoce al Tribunal Constitucional, cualquier juez ordinario puede inaplicar una norma que repute inconstitucional.
- ¹⁴ Ver al respecto, Bidart Campos, Germán - "Régimen legal y jurisprudencial del Amparo". Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 289 y ss.
- ¹⁵ Rabasa, Emilio, citado por Burgoa, Ignacio. *El juicio de Amparo*. México, Porrúa, 19ª ed., 1983 (la última edición, la 33ª, es de 1997).
- ¹⁶ Sánchez Viamonte, Carlos. *Voz "Juicio de Amparo"*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires, Tomo XVII, p. 169.
- ¹⁷ Bielsa, Rafael. *Metodología Jurídica*. Santa Fe, Castellví, 1961, p. 87.
- ¹⁸ Borrajo Iniesta, Ignacio. "Amparo contra leyes". En: *REDA* N° 98. Madrid, CEC, mayo-agosto 1982, pp. 167 y ss.
- ¹⁹ Ver al respecto lo señalado sobre el Amparo mexicano en la nota ocho del presente trabajo.
- ²⁰ Es de similar criterio, Sagüés, Néstor Pedro. "El Amparo contra leyes". *Op. Cit.*, p. 8.
- ²¹ Para analizar si estamos frente a hechos que pueden o no constituir una amenaza susceptible de buscar ser revertida mediante Amparo resulta muy conveniente acoger la distinción, planteada inicialmente por la doctrina mexicana, entre "actos futuros remotos" y "actos futuros próximos o inminentes". Los primeros serían aquellos hechos inciertos y eventuales cuya producción -si finalmente ocurre- cae íntegramente dentro del área del porvenir. Los segundos constituirían más bien aquellos hechos ciertos próximos a ejecutarse, y por ende, cuya comisión se verificaría en un futuro inmediato. Resulta claro entonces cómo en el supuesto de los llamados actos futuros remotos puede haber algún peligro a la vigencia de un derecho fundamental, pero ese riesgo de peligro es todavía tan hipotético que es imposible considerar que pueden configurar una verdadera amenaza al ejercicio de dichos derechos. Solamente en el caso de encontrarnos ante unos acontecimientos ciertos e inminentes estaríamos pues en condiciones de invocar razonablemente la existencia de una verdadera amenaza a la plena vigencia de un derecho fundamental. Un buen análisis de este tema lo encontramos en Lazzarini, José Luis. *Op. cit.*, p. 209, así como en Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III: *Acción de Amparo*. *Op. cit.*, p. 107.
- ²² Nombre que se le da a este tipo de procesos en países como España. Ver al respecto las apreciaciones que efectuamos en la segunda parte de la nota veintisiete de este trabajo.
- ²³ Denominación que se le da a este tipo de procesos en diversos países (y entre ellos, en el Perú. Ver al respecto lo previsto en el cuarto inciso del artículo 200 de la Constitución Peruana de 1993). En un estricto sentido técnico-procesal, resulta también impropio denominar "Acción" a algo que a todas luces es un proceso constitucional autónomo.

²⁴ Abona en favor de esta nuestra afirmación lo ocurrido en el caso mexicano, en donde la aplicación de la llamada “fórmula Otero” (nombre con el cual habitualmente se conoce a los previsto en los artículos 107, fracción II de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo de ese mismo país, disposiciones en las cuales se reduce el efecto de las sentencias de Amparo contra leyes únicamente a las partes que lo hubiesen interpuesto) ha creado una sensación de inseguridad jurídica que hoy resulta insostenible, siendo un consenso dentro de la más calificada doctrina mexicana el reconocerle un efecto erga omnes a las sentencias de Amparo emitidas en estos casos. Una detallada explicación a cerca de la controversia existente en México al respecto la encontramos en Fix Zamudio, Héctor. *La Justicia Constitucional*. Op. cit., especialmente en las pp. 142 y 145.

²⁵ En el ámbito latinoamericano cabe resaltar las atingencias planteadas al respecto por Adolfo A. Rivas y Néstor Pedro Sagüés. En el primero de los casos el procesalista argentino señalará que cualquier ley, sin importar si es autoaplicativa o no, si es lesiva de derechos constitucionales equivale al menos a una amenaza, y perfila por ello un peligro concreto y atendible a los fines del Amparo. Ver al respecto Rivas, Adolfo. *El Amparo*. Buenos Aires, La Rocca, 1987, pp. 128-129. Por otro lado, el ya varias veces citado jurista rosarino deja abierta la posibilidad de admitir Amparos contra leyes no autoaplicativas de cumplimiento obligado para el órgano encargado de la reglamentación o ejecución de dicha ley. Sagüés argumenta que el solo hecho de existir el deber de instrumentar o hacer operativos aquellos dispositivos legales podría ya reputarse como una amenaza para efectos del Amparo, pues importaría la adopción de una decisión concreta y específica del Estado a plasmarse en el plano del futuro próximo y no del futuro remoto (sobre la diferencia entre estos dos últimos conceptos recomendamos ver al respecto la nota 29 de ese mismo trabajo). Una buena síntesis de este sujerente planteamiento la podemos encontrar en Sagüés, Néstor Pedro. “El Amparo contra leyes”. Op. cit., p. 8.

²⁶ Opina en este sentido Pérez Tremps, Pablo. “El recurso de Amparo constitucional: II. Aspectos procesales”. En: AAVV. *Los procesos constitucionales*. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla 27/28 de Septiembre de 1991). Madrid, CEC, 1992, p. 124.

²⁷ Es de este criterio Revenga Sánchez, Miguel. “Las paradojas del recurso de Amparo tras la primera década de Jurisprudencia Constitucional (1981-1991)”. En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994, pp. 25 y ss. (especialmente p. 31).

²⁸ A similar conclusión llega Cruz Villalón, Pedro. “Sobre el Amparo”. En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994, pp. 9 y ss., sobre todo p. 19. En este mismo sentido va lo resuelto por el TCE en un polémico auto del 12 de septiembre de 1994, en el cual no se admite la demanda de Amparo registrada con el número 2403/1993.

Cabe aclarar que la propuesta aquí reseñada solamente parece ser posible en un contexto dentro del cual el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional viene siempre precedido (como es la mayor parte de los casos dentro del ordenamiento jurídico español) de un pronunciamiento judicial, correspondiéndole a la judicatura ordinaria la tutela cotidiana de los derechos fundamentales, tutela que en su caso (lo cual obviamente no incluye a todas las situaciones) puede ser (nuevamente) efectuada y hasta resuelta sobre la base de diferentes consideraciones por el Tribunal constitucional. Ahora bien, sería interesante preguntarse cuánto afectará a este razonamiento la asunción de fórmulas como la asumida por la Constitución Peruana de 1993, la cual atribuye como una de las competencias de su Tribunal Constitucional la de ser última instancia para la resolución de los Amparos (además de los Hábeas Corpus, Hábeas data y acciones de cumplimiento) en los cuales la pretensión del o de los demandantes hayan sido denegadas por la judicatura ordinaria (ver al respecto el inciso 2 del artículo 202 del texto constitucional antes mencionado).

²⁹ Ver al respecto las interesantes reflexiones que efectúan Rubio Llorente, Francisco. “El trámite de admisión del recurso de Amparo”, trabajo incluido en su libro *La forma del Poder*. Madrid, CEC, 1993, pp. 537 y ss., (sobre todo pp. 546 a 554), y Rodríguez Álvarez, José Luis. “Seleccionar lo importante”. En: REDC N° 41. Madrid, CEC, mayo-agosto 1994.

³⁰ En este sentido, Cruz Villalón, Pedro. “Sobre el Amparo”. Op. cit., p. 19. Esta postura reiteramos es explicable y atendible dentro de un contexto como el español, en el cual el Amparo constitucional o Amparo ante el Tribunal Constitucional viene en la mayor parte de los casos precedido de un pronunciamiento judicial, y donde además, la actuación del Tribunal Constitucional es extraordinaria y hasta eventual frente al quehacer de quien tiene la responsabilidad de efectuar la tutela más bien cotidiana de los derechos fundamentales, la judicatura ordinaria.

³¹ En este mismo sentido, Revenga, Miguel - Op. cit., p. 31.

³² El importante papel que le toca cumplir al Amparo contra leyes dentro de una necesaria objetivación de esta institución procesal constitucional es incluso reconocida por quienes se muestran contrarios a dicha objetivación. Ello lo demuestra el especial tratamiento que le proporciona a este tema Diez Picazo, Luis María. “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo”. En: REDC N° 40. Madrid, enero-abril 1994, pp. 9 y ss. (especialmente pp. 26-29), al incluir al Amparo contra leyes dentro de las medidas que considera destinadas a un reforzamiento en clave objetiva del “recurso de Amparo” recogido dentro del ordenamiento jurídico español.

³³ En este sentido opina Diez Picazo, Luis María. “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo”. Op. cit.

³⁴ Sin embargo, es importante anotar como esa labor de objetivación del Amparo debe materializarse con mucho cuidado para así evitar una sensación de denegación de justicia, y como consecuencia de ello, la configuración de una vulneración del escenario garantista a nivel judicial asumido como válido por nuestra Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte. Recordemos si no que la misma actuación del Tribunal Constitucional Federal Alemán fue objetada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al alegarse que su comportamiento institucional constituía una violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁵ Todo ello muy a despecho de las repercusiones que en su momento tuvo el uso del Amparo para a través de este proceso constitucional intentar revertir la decisión tomada por el entonces presidente de la República, Alan García Pérez, de estatizar todo el sistema bancario nacional. Ahora bien, justo es reconocer que en el debate de 1993 fueron, si cabe el término, “resucitadas” las preocupaciones que en su oportunidad generó la actuación judicial posterior a la dación de esta polémica medida.

³⁶ Esta misma línea de pensamiento la encontramos en sentencias como la emitida en el caso Aurelio Julio Pun Amat (Expediente No. 1100-2000-AA/TC), en el cual el Tribunal Constitucional Peruano señala lo siguiente:

“[...] Que, asimismo, el que con posterior a la presentación de la demanda, el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución de 1993 haya previsto que el Amparo no procede contra normas legales, de ello no se deriva, siempre y de manera inexorable, que en ningún supuesto o circunstancia pueda interponerse un Amparo cuando la lesión de un derecho constitucional se produzca como consecuencia de la vigencia de una norma, ya que:

La limitación establecida en el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución de 1993 pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales, se pueda impugnar en abstracto la validez constitucional de las leyes, cuando en el ordenamiento existen otros procesos, como la Acción de Inconstitucionalidad, cuyo objeto es precisamente preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.

Naturalmente, de ello no se deriva que siempre que se solicite la inaplicación de una ley o una norma con fuerza de ley en el Amparo, esta garantía constitucional no pueda servir para resolver la pretensión de fondo, pues en tales casos el juez constitucional debe reparar acerca de la estructura constitutiva de la norma legal a la que se reputa agravio, de manera que si dicha norma tiene su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, el juzgador no podrá optar por la inaplicación de la norma inconstitucional entre tanto no se materialicen aquellos actos que permitan a la norma con rango de ley adquirir eficacia jurídica.

Distinta es la situación de las normas operativas, esto es, aquellas cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que la adquieren al tiempo de entrar en vigencia. En tales casos, y siempre que éstas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el Amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además, porque, tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión. [...]”.



En torno al concepto de inconstitucionalidad por omisión

José Julio Fernández Rodríguez

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I.- Introducción II.- Concepto 1.- La expresión “inconstitucionalidad por omisión” 2.- Diversas propuestas en la doctrina 3.- Propuesta: A) La falta de desarrollo B) La inconstitucionalidad: a) Inactividad del Poder Legislativo; b) Período temporal excesivo; c) Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador; d) Ineficacia de la norma constitucional.

I.- Introducción

En la actualidad resulta innegable la trascendencia que ha adquirido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el campo científico del Derecho Constitucional. En unos pocos años, desde mediados de los noventa del pasado siglo, la doctrina le ha prestado una atención desconocida hasta ese momento, por lo que la situación que denunciábamos en un trabajo anterior de nuestra autoría, acerca de la escasez de literatura sobre esta figura, ya no podría hoy sostenerse en idénticos términos¹. Ello lo considerábamos como una dificultad para el estudio del instituto, dificultad a la que sumábamos otras como las oscuridades conceptuales. Esta última, por el contrario, sí mantiene plena vigencia puesto que, por un lado, profundizar en su concepto sigue siendo una labor que reclama una elevada exigencia y precisión, y, por otro, las posiciones doctrinales y positivas continúan mostrando una elevada discrepancia entre ellas. Estos desacuerdos dificultan la elaboración y aceptación de una teoría general del instituto que pretendíamos en aquel trabajo y que seguimos defendiendo. Incluso, se conservan voces que rechazan la institución².

Recogemos en este trabajo lo fundamental de la postura que venimos defendiendo de omisión inconstitucional. Para ello, previa reflexión terminológica y exposición crítica de los diversos conceptos utilizados por la doctrina, vamos a precisar el instituto de forma positiva, es decir, indicando el contenido y la extensión que encierra. No lo haremos, en esta ocasión, de manera negativa, o sea, señalando la diferenciación existente con otras instituciones que se muestran con ciertos perfiles coincidentes a la que ahora nos atañe, para no alargar en exceso el trabajo. Para quien tenga interés es este aspecto puede consultar nuestro libro citado en la primera nota. Tres elementos parece que coadyuvan a menguar la claridad en la definición

pretendida: en primer lugar, la propia naturaleza de este tipo de omisión; en segundo, la habitual ausencia de legislación positiva en la materia; en tercero, las indicadas conexiones con otras categorías jurídicas de límites hasta cierto punto difusos en algún caso.

Los presupuestos que nos sirven de partida en esta labor se cimientan en la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica superior y no como una mera suma de principios programáticos. Ello es perfectamente compatible con el reconocimiento de que no todos los artículos de la Carta Magna poseen igual significación y protagonismo, al margen de exigir distinta intensidad de desarrollo. Esta polémica la entendemos superada, tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial y, sobre todo, positivo. A pesar de ello, se hace necesario recordar que varios de los autores que analizaron la figura no comparten tales postulados, por lo que sus conclusiones y consecuencias son, forzosamente, muy diferentes.

II.- Concepto

1.- La expresión “inconstitucionalidad por omisión”

Antes de ofrecer el concepto por nosotros propuesto es necesario detenerse en la terminología que estamos empleando para referirnos a la institución considerada. Dicha terminología (“inconstitucionalidad por omisión”) es comúnmente aceptada por los distintos tratadistas. Nos serán útiles algunas reflexiones en torno a la misma, especialmente para la “omisión” (*omissão* en portugués, *omissione* en italiano, *omission* en francés, *Unterlassung* en alemán³).

Por lo que respecta al vocablo “inconstitucionalidad”, no resulta problemático el uso que hacemos de él ya que estamos haciendo referencia



a una conducta vulneradora de la Carta Magna⁴. Estas vulneraciones tienen diversas causas y se presentan con matices diferentes. Asimismo, las consecuencias de tales infracciones pueden ser muy distintas. Pero todas ellas suponen un ataque a los preceptos básicos del ordenamiento jurídico y una agresión a los valores vitales emanados de las decisiones políticas fundamentales recogidas en el Texto Constitucional.

Mucho más problemático nos resulta el vocablo “omisión”, que alude a una inactividad, a una inacción, a un dejar de hacer o de decir algo. La conducta humana puede estructurarse en dos grandes formas: la positiva (“facere”) y la negativa (“non facere”). Tanto una como otra son, en condiciones normales, manifestaciones de voluntad que se exteriorizan de diferente manera. La primera provocará un elemento físico nacido de dicha acción; la segunda carecerá de tal elemento físico, lo cual no es óbice para que pueda tener reflejo y repercusión en el mundo exterior. Ambas procederán del ser humano dirigido por su voluntad o por las circunstancias que a ésta dominan. Y como formas de comportamiento que son, fueron asimiladas y son utilizadas para la construcción y definición de los diversos modos de regulación de la vida del hombre en sociedad, en relación y trato con sus semejantes. En efecto, la Moral, la Ética, las reglas del trato social y también, por supuesto, el Derecho tendrán en cuenta estos diferentes aspectos y manifestaciones del complejo acontecer humano, cuyo origen se halla en la misma realidad. Estas diversas modalidades de dirigir la vida en sociedad darán relevancia a algunas inactividades del hombre cuando esta inacción altere el orden de valores establecido y protegido por los diferentes sistemas de regulación. La relevancia de tales inactividades se conectará estrechamente con el incumplimiento de una obligación que sujeta al ser humano y que le exige determinada conducta para la protección del orden defendido⁵.

El empleo de “omisión” en sentido jurídico parece tener su origen en el Derecho Romano, en el cual podemos detectar su uso en sentido privado y público, aunque en todo caso parece de poca relevancia. En la esfera de lo privado hacía referencia, por ejemplo, a aquellos casos en los que el juez se abstenía de dictar sentencia o a la figura de la preterición. En efecto, según algunos autores⁶, con omisión se aludía al olvido del testador respecto al heredero legítimo, que ni es instituido heredero ni es excluido de la herencia. Tal olvido era la idea central de la preterición y tenía unas claras e importantes consecuencias, llegando incluso a provocar la nulidad del testamento. Otros autores⁷, en cambio, sólo utilizan para estos casos la palabra

preterición, que es la que parece existir con exclusividad en el Digesto⁸ y no “omissio”, vocablo que sí se encuentra en textos literarios latinos⁹. Sea como fuere, en este posible empleo nos estamos moviendo únicamente en el terreno del Derecho Privado sin conexión con las ideas que nos interesan, salvo la presencia de una obligación que sujeta al testador y cuya vulneración por un “dejar de hacer” tiene consecuencias jurídicas. En el campo del Derecho Público se emplea, por ejemplo, cuando un magistrado omite exigir una caución como la tutelar¹⁰. Lo que sí se utiliza, aunque en muy pocas ocasiones, en un sentido que podríamos denominar jurídico-público, es el verbo “omitto”¹¹, en donde se halla la raíz de “omissio-onis”. De entre estos escasos usos cabe destacar que algunos de ellos hacen referencia a “neglegere”¹². Aunque, insisto, los supuestos no tienen demasiada importancia. Además, nos movemos por terreno de personas físicas, no de órganos.

De mayor relevancia para nosotros es la utilización jurídica de la idea de omisión en la ciencia del Derecho Canónico. Aquí se tendrá en cuenta la omisión de obispos y sacerdotes que supone incumplimiento de sus obligaciones, además de ciertas inactividades en el Derecho sancionador de la Iglesia que tipificarán conductas o las agravarán. Ya aparece con nitidez, en la misma conformación de esta gran parte del “ius commune”, la sanción a la autoridad que incumple sus deberes por omisión.

Pero creemos que fue el sentido jurídico-penal de omisión el que se tuvo en cuenta y se trasladó al Derecho Constitucional para aludir a la institución que estamos considerando. En el ámbito del Derecho Penal los delitos y las faltas pueden provenir tanto de acciones como de omisiones de carácter doloso y culposo, siempre que estén previstas, claro está, por la ley. Ambas constituyen las dos formas de conducta humana y ambas son, también, manifestaciones de voluntad. El correccionalista español Silvela afirmaba a principios del siglo XX que la omisión era la “inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la ley en hechos reales”¹³. De esta forma, entendía la omisión como la no realización de la ley, a diferencia de la acción que era la realización de la voluntad del sujeto actuante. La doctrina penal ha considerado que la omisión relevante para esta rama del Derecho posee una naturaleza normativa y no prejurídica, es decir, la omisión que origina la reacción del ordenamiento penal es la omisión del actuar a que obliga la ley. La existencia de un deber de hacer proveniente de una norma es, por tanto, imprescindible. Este deber de hacer que impone la norma encuentra su razón de ser en la defensa

de determinado bien jurídico digno de protección. “En los delitos de omisión, el peligro para el bien jurídico existe previamente y es, precisamente, ese peligro previo el que origina, en el seno del ordenamiento jurídico, la espera de una conducta que lo conjure”¹⁴. En unos casos el tipo delictual sólo exige la infracción de una norma preceptiva que impone hacer algo; en otros supuestos, sin embargo, es preciso que la inactividad provoque un resultado; y en los delitos de comisión por omisión, se exige una vulneración de una norma preceptiva que suponga la infracción de una norma prohibitiva, encontrándose el sujeto activo en posición de garante.

Como hemos dicho más arriba, entendemos que esta idea de omisión penal fue la que se trasladó al seno del Derecho Constitucional para denominar a la institución que estamos tratando. La expresión penal tiene acuñada una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad que está forzosamente presente en una inactividad inconstitucional. El trasfondo, haciendo quizá una simplificación excesiva, es el mismo: vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, obligación que tiene su origen en una norma vigente en el momento de acontecer la infracción. Pese a ello, no cabe duda de que el Derecho Penal y la omisión penal se dirigen a personas físicas, únicas que pueden ser sujetos pasivos de la responsabilidad criminal. Por contra, el que incurre en inconstitucionalidad por omisión es, en principio, el Poder Legislativo, dejando ahora al margen las responsabilidades del Ejecutivo. De ahí que resulte hasta cierto punto criticable la terminología empleada. Dejación o inactividad quizá hubieran sido más convenientes para el Derecho Constitucional al estar dotadas de una generalidad trasplantable sin traumatismo de ningún tipo a los poderes públicos. Mas seguimos utilizando la expresión comúnmente aceptada para la institución ahora estudiada por estar ya asumida con ese sentido en distintas lenguas.

Hoy en día la presencia de omisiones con relevancia jurídica en diversos sectores del ordenamiento jurídico es un hecho incontestable. Omisiones de normas jurídicas, omisiones de disposiciones no normativas, omisiones de actuaciones necesarias, de actos políticos, etc. Ello ha dado lugar a que se hayan intentado análisis generales de la problemática, aunque sin entrar en cuestiones constitucionales, de los que el más conocido es, sin duda, obra de Montané de La Roque¹⁵, a pesar de centrarse principalmente en cuestiones administrativas.

2.- Diversas propuestas en la doctrina

Haciendo un esfuerzo de sistematización podemos dividir las distintas conceptualizaciones en dos grandes grupos: el primero integrado por aquéllos que conciben el instituto con un carácter extenso, el segundo por los que lo entienden de dimensión más reducida. En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluirían la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos e, incluso, la no emisión de decisiones judiciales. Así, el instituto se conecta al genérico incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional sin ulteriores precisiones. En el segundo grupo la inconstitucionalidad por omisión se limitaría a la inercia del Poder Legislativo. En estos casos tal idea suele ser desglosada y se le añaden otra serie de variables que tienen necesariamente que concurrir para que efectivamente se produzca una auténtica vulneración de la Carta Magna¹⁶. Veamos algunos autores que representen concretamente las dos tendencias, que no se basan en meras formalidades sino que poseen una virtualidad significativa al incidir en el fondo y en el sentido de la institución. No se procede, insisto, con ánimo exhaustivo sino que se han buscado casos que ejemplifiquen las dos tendencias por entenderlo más operativo a nuestros efectos.

Entre los conceptos del primer grupo (concepción amplia) tenemos a Trocker que, tras indicar que el concepto de omisión se distingue sin duda (*sic*) del de inercia y del de inactividad, apunta que “l’omissione consiste in un non-fare che costituisce violazione di un obbligo di attività discendente da una norma costituzionale”¹⁷. Al margen de la generalidad, la falta de un mínimo referente temporal, que parece subsumir en la idea de “violazione”, la ausencia de una alusión a la responsabilidad y la consideración en términos globales de todas las normas del Texto Fundamental, resultan criticables y contrarios a un esfuerzo de precisión que lo consideramos forzoso en este instituto.

El autor luso Miranda también estaría en este grupo al estimar que “a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição”¹⁸. La referencia a cualquier órgano de poder denota claramente que Miranda sostiene un concepto amplio de la institución, concepto que se trata de acotar con un referente temporal (no realizar el acto en cierto tiempo) que parece que habrá que esclarecer



en cada caso concreto.

De idéntica manera, en el ámbito de América Latina hay concepciones amplias de la figura. Es el caso de Sagiés, que aunque no entra de forma específica en el aspecto conceptual, indica que “aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta”¹⁹. El también argentino Bidart Campos afirma que la inconstitucionalidad por omisión “sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo”²⁰. En Brasil Rodrigues Machado habla de omisiones en la función legislativa, en la función política o de gobierno, en la función administrativa y en la función jurisdiccional²¹.

La propuesta del maestro italiano Mortati, plasmada en uno de los más importantes trabajos sobre la materia que existe²², alude, genéricamente, a “ogni specie d’astensione dal disporre quanto sarebbe prescritto, a termini di Costituzione”. La generalidad con la que está trazada nos impulsaría a incluirla en el primer grupo, pero en realidad ello sería un error ya que de todo el trabajo se deduce que hace referencia tan sólo al legislador. Por ello lo situamos en un lugar intermedio entre ambas posiciones.

Pasando al segundo grupo (concepción reducida), se puede mencionar a Silvestri que, al tratar un determinado tipo de sentencias de la Corte Constitucional italiana²³, escribe: “In un primo senso generale e approssimativo si può dire che costituisce omissione legislativa la mancata emanazione de leggi ordinarie in funzione attuativa de istituti o principi contenuti nella Carta costituzionale”. Observamos que la vulneración, en su opinión, se produce por la falta de emanación de ley ordinaria. A pesar de que ello ya supone una concreción respecto a posiciones anteriores, estimamos criticable por su vaguedad y exagerada amplitud la segunda parte de la definición. En efecto, no resulta correcto referirse a institutos o principios constitucionales sin explicación ulterior. Es más, la omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas, no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo.

En términos semejantes, aunque quizá más suscribibles, tenemos a Picardi, el cual, en un famoso homenaje al profesor Mortati²⁴, señala que “per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che descrive un determinato

comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale”. Las alusiones al legislador y a la norma legislativa lo sitúan con claridad en este segundo grupo. Asimismo, vemos como altamente plausible la estructura interna de esta definición, presidida por una rigurosa lógica de causa a efecto.

El profesor de Coimbra Gomes Canotilho es todavía más meridiano en su conceptualización. Así, en una importante obra²⁵, hoy superada en algunos de sus aspectos dado lo apegada que está a su tiempo, afirma: “A omissão legislativa significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexas-se com uma exigência concreta constitucional de acção (verfassungsrechtliche Handlungsgebote)”. En otro trabajo²⁶ dice que “entender-se-á, principalmente, mas não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”. Más abajo completa lo dicho: “A omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas”. Asimismo, entiende que existe esta omisión en caso de no cumplimiento de las que denomina “ordens de legislar”, es decir, “imposições concretas mas não permanentes”. Observamos que el concepto, uno de los más rigurosos que nos ofrece la doctrina y recogido por diversos autores brasileños, gira en torno a las imposiciones constitucionales concretas, sean permanentes o no, que se traducen en una exigencia de acción. Aun así entendemos que pueden recogerse otros datos también necesarios en la definición, tal y como reflejaremos en nuestra propuesta.

En la doctrina española nos encontramos a Aguiar de Luque²⁷, el cual habla de “violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”. Las críticas que hemos hecho a una excesiva inconcreción pueden ser reproducidas completándolas con ciertos elementos que deshacen un tanto la excesiva indeterminación de la propuesta. Nos referimos a la alusión al órgano legislativo y a un mandato cons-



titucional explícito al respecto. Un talante similar hallamos en varias sentencias Tribunal Constitucional español, con la 24/1982, en cuyo fundamento jurídico 3º se lee: “la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”. Por su parte, Villaverde Menéndez alude a un silencio legislativo que “suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional de legislar”²⁸, lo cual hay que completarlo con la idea de que ese silencio “altera el contenido normativo de la Constitución”²⁹, trayendo como consecuencia jurídica “la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución”³⁰. Con un concepto así se desconocen la mayor parte de situaciones de ineficacia del texto constitucional por no desarrollo, puesto que éstas no suelen modificar la Constitución sino privarla de plena eficacia. De esta forma, parece separarse de la idea de que la necesidad de desarrollo proviene de la misma vinculación de la Constitución, dado que esa necesidad queda reducida a los escasos supuestos de mutación constitucional. Además, el desvincularse de la obligación constitucional de legislar y, por lo tanto, de las que podemos denominar tesis obligacionistas, aporta esas dosis de inconcreción que venimos censurando.

En la doctrina peruana Morón Urbina la conceptúa como “la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional”³¹. Al margen de cierta imprecisión con la que disentimos nos resulta poco acorde con la institución, tal y como señalamos anteriormente, la referencia a los principios constitucionales. También nos parece censurable el empleo del vocablo reglamentación, que lo entendemos con un concreto significado técnico-jurídico no circunscrito al campo de la inacción legislativa inconstitucional, aunque dicho empleo puede responder a una formación jurídica de diferente base y con precisiones terminológicas distintas.

En el fondo de estas dos maneras, una amplia y otra más reducida, de concebir la naturaleza de la omisión inconstitucional quizá esté una postura diferente en cuanto a cómo y a quién debe llevar a cabo el programa y el proyecto de la Norma Básica y en cuanto al grado de responsabilidad que se adquiere en este elevado cometido. Sea como fuere, la generalidad que se observa en la postura “extensa” de la institución no la creemos de recibo dado que puede dar lugar a referirse a situaciones que en el fondo no son anticonstitucionales. Además, estimamos necesaria una concre-

ción que a veces no se observa. En efecto, la falta de alusiones temporales y la no discriminación entre las prescripciones constitucionales son elementos que generan una inseguridad en una materia que, por mor de sus implicaciones y conexiones, tendría que ser tratada con una mayor precisión. Aunque, desde otro punto de vista, es posible pensar que la relatividad que envuelve al instituto es la que no sólo obliga sino la que también requiere un estudio de carácter no excesivamente preciso y concreto. Mas ésta no es nuestra opinión, tal y como mostramos a continuación.

3.- Propuesta

Expuesto lo anterior estimamos como lo más acertado, habida cuenta la complicada penetrabilidad del tema, una definición que conduzca el instituto a la inactividad legislativa y que recoja los diversos elementos cuya concurrencia se muestra absolutamente necesaria para poder hablar de una auténtica vulneración de la Norma Básica, y no de una mera falta de proceder que se quede en el terreno de la simple omisión sin entrar en el campo de la inconstitucionalidad. La presencia de ambas ideas se torna, por lo tanto, irrenunciable.

En este orden de cosas la inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos como *la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación*. Afirmado esto, procede un desglose de los términos de la definición propuesta para efectuar un insoslayable comentario de la misma que arroje luz sobre el contenido que le damos al instituto. Dos son, *grosso modo*, los elementos a destacar en la definición: la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la omisión; el resto, haciendo una inicial visión global, alude a la inconstitucionalidad. Veámoslo.

A) La falta de desarrollo

La falta de desarrollo la concebimos en un sentido un tanto amplio ya que abarca no sólo la total ausencia de legislación en ese punto conflictivo, sino también la presencia de una normativa parcial. Tal normativa parcial la entendemos con un doble cariz ya que puede hacer alusión a una realidad dual: a una regulación que se olvida de alguna parte inescindible de esa materia o a una que trata parcialmente a sus destinatarios, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad. En todos estos supuestos estamos ante un no actuar que, siendo una decisión política, tiene consecuencias jurídicas (la inconstitucionalidad)³².



B) *La inconstitucionalidad*

a) Inactividad del Poder Legislativo

Pasando ya a lo que supone inconstitucionalidad hay que indicar, en primer lugar, que la antedicha falta de desarrollo la predicamos del Poder Legislativo que debe ser, en la distribución de funciones del Estado Democrático de Derecho, el encargado de emanar normas con rango de ley que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Parafraseando a Gomes Canotilho cabe indicar que si se toma como punto de partida el postulado democrático y el postulado del Estado de Derecho la “*atualização*” de las imposiciones constitucionales presupone una reserva total de ley, en el sentido de que toda la conformación concretizadora tiene que ser una ley del Parlamento³³. En otro orden de consideraciones, no tiene sentido, como se ha hecho en alguna ocasión, tratar de determinar si la inercia del Poder Legislativo es consciente o inconsciente, es decir, voluntaria o no. Creemos que cuestiones de “*conciencia*” de un órgano constitucional no son reconducibles al fenómeno jurídico, ni casi a ningún otro, aunque sí pueden influir en las dimensiones de la responsabilidad política, eso sí, tras un proceso de individualización. Ir más lejos en este sentido excede de las finalidades de este trabajo.

El Poder Legislativo posee, en el Estado democrático, total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales dado que es elegido directamente por el pueblo cuando éste está ejerciendo su soberanía a la hora de votar. En España se ha dicho, y de forma acertada, que “*si las Cortes Generales representan al pueblo español y éste es, según el apartado segundo del artículo 1 de la propia Constitución, el titular de la soberanía nacional, la conclusión evidente es que las Cortes Generales, como institución, encarnan esa misma soberanía nacional, son el órgano en el que esta soberanía se concreta y expresa*”³⁴. Los otros poderes estatales ostentan una legitimidad que podríamos denominar indirecta, por contraponerla a la directa que pertenece al Legislativo³⁵.

El sistema parlamentario no sólo engloba los esquemas formales del tradicional Estado de Derecho, sino que también posee una carga material proveniente de sus mismos orígenes anglosajones (idea del *rule of law*, en la que se construye el proceso político de legislación a imitación del proceso judicial y en la que el Derecho parte del Derecho judicial, de la experiencia de injusticia que tiene el pueblo, en contraposición a la imposición unilateral del soberano en la inicial teoría del Estado de

Derecho alemana). El Parlamento es, según decía Fischbach en el tormentoso período de entreguerras, “*el crisol donde se funden y armonizan los intereses y aspiraciones de las diferentes clases del pueblo*”³⁶. Al genuino producto del Parlamento, la ley, norma que “*todo lo puede*” respetando los límites constitucionales, le corresponde ser el vehículo que lleve a cabo el desarrollo constitucional, el recipiente que lo contenga, además de ser expresión de la voluntad popular y fuente privilegiada e insustituible. En un sistema en el que impere la democracia y el Estado de Derecho resultan desfasadas las palabras de Kirchmann, tributarias de otra época: “*La ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota*”³⁷. Asimismo, la visión de Leibholz, menos radical pero igualmente crítica con la ley, creemos que no incide en nuestra particular problemática, aunque sí es una verdad desde otra perspectiva³⁸. Por lo tanto, a los efectos de la inconstitucionalidad por omisión, parece imponerse la visión clásica de la norma legal dentro del Estado Constitucional, lo que nos hace dirigir la mirada en exclusiva hacia el Poder Legislativo.

A pesar de ello, a nadie se le escapa la actual distorsión del clásico reparto de funciones y competencias entre los poderes constituidos. La creciente complejidad de la realidad y el dominio de una sólida mayoría parlamentaria gubernamental, respaldada por un partido o coalición, son dos importantes razones explicativas de la expansión del Ejecutivo a costa del Parlamento. Este estado de cosas puede menguar la legitimidad racional-democrática de actuación de los órganos estatales. Pero no cabe duda de que la realidad se nos presenta así, por lo que habrá que considerar nuevas responsabilidades del Ejecutivo en el desenvolvimiento constitucional, aunque estas responsabilidades, a nuestro juicio, no resultan articulables, jurídicamente hablando, de manera suficiente para ser exigidas por los hipotéticos mecanismos que controlan la inconstitucionalidad por omisión. Por lo tanto, y como el Parlamento conserva su fuerza para reaccionar ante el reproche que el órgano de justicia constitucional le haga a causa de una situación de omisión vulneradora de la Carta Magna, circunscribimos el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión al campo de actuación, o, mejor dicho, de inactuación del Poder Legislativo.

Un supuesto discutible se plantea cuando se encuentra en marcha un procedimiento legislativo y, al mismo tiempo, se produce una fiscalización de una inactividad vulneradora de la Norma Básica a causa del no desarrollo del precepto que se está intentando desarrollar en ese procedimiento legislativo abierto y todavía no finalizado. Nuestra



opinión es que la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión debe continuar en la medida en que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener posibilidad de eficacia plena la disposición constitucional de que se trate porque la legislación emanada puede resultar altamente defectuosa en ese sentido.

b) Período temporal excesivo

En segundo lugar, la inactividad debe conectarse a un período excesivamente prolongado. Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual se puede traducir en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico. Los preceptos constitucionales que necesitan desarrollo no contemplan, salvo casos especiales como el art. 117.1 de la *Bonner Grundgesetz* (y aún este con un carácter indirecto), perentorios plazos en los que deban actuar los poderes constituidos, sino que conceden libertad a éstos para llevar a cabo su proyecto jurídico-político. Ello no parece que pueda ser de otro modo habida cuenta la necesaria libertad de conformación que debe tener la mayoría parlamentaria nacida de las elecciones para dar efectividad a su programa de actuación. Mas esto no puede retrasar *sine die* la realización del texto constitucional. Por eso, con el objeto de tener presente y compatibilizar ambas verdades, nos expresamos de forma abierta en la definición respecto al tiempo que debe transcurrir para dar efectividad a aquellas partes de la Constitución que lo necesitan. “Durante un tiempo excesivamente largo” es una expresión que permite modulaciones, que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo, y que *a priori* carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza³⁹.

No se nos escapan las altas dificultades de esta labor, que va no sólo a frisar sino también a traspasar el terreno de lo jurídico, recibiendo las influencias de los fenómenos políticos. Pero por ello no estamos admitiendo la presencia de inseguridad jurídica en la definición. El decurso histórico y el contexto reinante en el momento de efectuar la fiscalización determinarán, junto a la propia naturaleza de las cosas, su mismo resultado. La transcendencia del instituto no desarrollado también incidirá en la modulación del plazo. Semejantes obstáculos tienen que ser asumidos por la hermenéutica constitucional, en la que, “además

de los principios generales de interpretación, se requieren conocimientos técnicos muy elevados, y de un alto grado de sensibilidad jurídica, política y social”⁴⁰.

Pese a introducir estas dosis de moderación, que quizá sean de realismo, no hay que olvidar que la necesidad de desarrollo y las circunstancias que lo retardan no son intereses equivalentes que tengan que ser ponderados como en una situación exclusivamente política, sino que en virtud de las exigencias del Derecho uno es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo). Por lo tanto, la excepción si quiere imponerse necesita justificación.

c) Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador

En tercer lugar, la aludida falta de desarrollo la referimos a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma concreta. No todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, de manera que pueden establecerse distintas tipologías en función de diferentes criterios. De este modo, unas normas, dada su formulación, se nos presentan como una suerte de encargos constitucionales o encargos al legislador, esto es, como exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. El concepto de encargo al legislador que proponemos es el siguiente: norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena. Son normas, como acabamos de decir, de eficacia limitada que requieren una actividad para completar esa eficacia a la que está destinada toda norma. Con estas expresiones queremos referirnos a una articulación técnica respecto al modo de presentarse el precepto, articulación que no aporta connotaciones materiales y que produce que nazca una obligación que pesa sobre el legislador. Dicha exigencia de desarrollo posterior puede ser tanto explícita como implícita, pero siempre tiene ser evidente su carácter imperativo, que habrá que presumir si la disposición no presenta el carácter facultativo de manera expresa. Evidentemente, hay otro tipo de normas constitucionales que dada su incomplitud puedan ser desarrolladas, lo cual puede resultar muy conveniente. Incluso no resulta descabellado decir que toda norma constitucional es susceptible de ser desarrollada. Pero en este momento hablamos de aquéllas cuyo desarrollo es obligatorio en virtud de su misma formulación. Por ello, se recoge en la definición ofrecida de omisión inconstitucional esta idea de obligatoriedad con el objeto de subrayar la vinculación que pesa sobre los



poderes constituidos respecto a dotar de eficacia a tales normas. Asimismo, introducimos la nota de la concreción para aclarar que no se está ante principios constitucionales de carácter general, los cuales no pretenden tener determinada legislación de desarrollo sino que lo que realmente buscan es conseguir vigencia en todo el ordenamiento y ser cumplidos en las distintas aplicaciones de la Ley Fundamental.

Estos encargos al legislador son preceptos calificados por parte de la doctrina como un género de “normas incompletas” y que requieren para su eficacia la *interpositio legislatoris*. Gracias a ello se concretará su sentido general, se les dará plenitud y se realizarán las previsiones de los constituyentes. No en vano la Constitución es una norma, pero con unas funciones y finalidades que la caracterizan y especifican. Por tal motivo, no agota la regulación de las materias que aborda sino que abre un puente a los poderes constituidos para el cumplimiento del programa constitucional y su ajuste a la concreta situación del tiempo histórico que esté transcurriendo. La Constitución debe ser, en este sentido, “abierta” merced a las denominadas cláusulas *open-ended*.

Hemos dicho que este tipo de normas constitucionales son ante todo una articulación técnica. Por lo tanto, normas constitucionales de diverso tipo, en función de una perspectiva material, pueden presentarse con esta forma de encargo al legislador. Importantes son los casos, citados ahora como un mero ejemplo, de un derecho fundamental que no sea de primera generación y de una norma de organización esencial que no consume la regulación.

Consideramos más completo el análisis que hemos hecho con base en la existencia de normas de eficacia limitada que otro, realizado por algún autor, que gire en torno a normas constitucionales exigibles y no exigibles, cuyo elemento de diferenciación estriba en la posibilidad de aplicación directa por mor del contenido de la misma norma. De esta forma, la omisión inconstitucional se produciría con carácter exclusivo respecto a los preceptos no directamente exigibles. Frente a ello creemos que a pesar de que el contenido de una norma sea lo suficientemente “denso” como para posibilitar su aplicación directa ello no tiene que significar, en todo caso, que posea una eficacia total y una plenitud acorde con la voluntad de los constituyentes. Por ello, puede también requerir y no sólo posibilitar un desarrollo ulterior. Es el caso de un derecho fundamental que será tenido en cuenta por un órgano aplicador para la resolución de un caso concreto pero que necesitará una ley

posterior para una plena efectividad y una mayor protección.

La presencia de un encargo al legislador para que se produzca una omisión inconstitucional es esencial porque una omisión tendrá relevancia jurídica sólo cuando exista un precepto jurídico que establezca una conducta y precisamente dicha omisión lesione tal precepto. La omisión pasa así, como señala Stahler, de un “no hacer nada” a un “no hacer algo”, siendo ese algo lo que espera el orden jurídico⁴¹. No se fundamenta en la no realización de una acción arbitraria sino en la no realización esperada, debida⁴², de manera que el centro de toda discusión acerca del problema de la omisión del legislador es el encargo constitucional, que resulta vinculante⁴³.

Hasta ahora hemos visto, al margen de la inactividad del Poder Legislativo, dos de los elementos esenciales de la definición: el encargo al legislador, contenido en una norma constitucional que es de eficacia limitada, y el paso del tiempo que determina el fraude constitucional. Los dos son imprescindibles. Uno sin el otro deja sin sentido a la inconstitucionalidad por omisión.

d) Ineficacia de la norma constitucional

En cuarto y último lugar, tenemos la parte final de la definición propuesta más arriba, que alude a la ausencia de eficaz aplicación de las normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo a causa de la inactividad del Poder Legislativo. Estamos aquí ante la consecuencia de todo lo anterior: la existencia de unas normas del Texto Fundamental que requieren *interpositio legislatoris* unida a la dejación del órgano encargado de tal *interpositio* trae como resultado la falta de eficacia de aquellas normas o una eficacia minorada. Esta característica de la eficacia es uno de los fundamentos de la lógica jurídica de las normas, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento sino que se originan con la sólida intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad y, de esta forma, cumplir su *ratio essendi* principal al regular de modo real la convivencia. Como afirma Morón Urbina “el valor eficacia constitucional exige incorporar al sistema el control a las omisiones constitucionales de las autoridades, y en particular las del legislador”⁴⁴

Concebimos como rasgos de una norma totalmente diferentes el de la validez y el de la eficacia⁴⁵, los que, aunque se influyen de manera recíproca, no son interdependientes y poseen vida propia (una norma puede ser válida y no eficaz, y viceversa). Spagna Musso apunta que “una norma

giuridica se costantemente disapplicata, e quindi inoperante, no per questo è giuridicamente inesistente⁴⁶. Quien niega la eficacia de un precepto jurídico incumpléndolo no tiene por qué rechazar su validez, aunque es forzoso reconocer que una norma dotada de la más absoluta ineficacia acaba siendo un sinsentido que influirá sobre la validez y que hay que desterrar⁴⁷, salvo que poderosas razones extrajurídicas muevan a lo contrario. Éste es uno de los razonamientos que nos hacen pensar en un auténtico fraude constitucional en algunos de los posibles supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Una postura fáctica en este tema, como la sostenida por ROSS⁴⁸, llevaría a una identificación

entre validez y eficacia, constatándose aquélla después del nacimiento de la norma. Ello no lo consideramos de recibo, puesto que la validez, como queda dicho, es independiente de la eficacia, dado que está en función de la competencia del órgano que la dicta, el procedimiento que se sigue y la materia regulada. En cambio, “la eficacia de las normas se refiere exclusivamente al cumplimiento real de Derecho en el seno de la sociedad (...) Básicamente la eficacia consiste en la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe⁴⁹. La falta de desarrollo imposibilitará a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional, y no precisamente por un hipotético desacuerdo con su contenido sino por la carencia de regulación.

Notas:

¹ Esta última parte de la definición que ahora estamos comentando también busca una finalidad delimitadora. En efecto, cuando decimos que la inactividad del legislativo respecto a normas constitucionales que exigen tal actuación provoca la ineficacia de estas últimas queremos excluir aquellos casos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad. Se podría decir que realmente goza de complitud, esto es, posee eficacia plena. Las razones pueden ser diversas: su misma formulación, la dimensión aplicativa que le den los tribunales, mayor aceptabilidad social, etc. Por lo tanto, no habrá en este tipo de supuestos omisión inconstitucional, aunque no se nos escapa la dificultad de encontrar en la práctica una situación de este tipo sin el apropiado desarrollo postconstitucional. Incluso si se encuentra tal situación, la ausencia de base legal posibilitaría la alteración de estos criterios aplicativos con lo que retornaría el fraude de la Constitución y la omisión inconstitucional. Lo dicho deja de nuevo patente la necesidad de actuar de modo casuístico en la solución práctica de los hipotéticos supuestos de omisión inconstitucional. Esta última idea se refuerza aún más si se piensa que todo precepto constitucional por el hecho de serlo ostenta cierta eficacia, como la que viene producida por ayudar a la aplicador del Derecho a la hora de interpretar éste de conformidad con la Constitución.

En definitiva, como idea recopilatoria final, la inactividad del legislador, el paso del tiempo generador de fraude constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia, centro de nuestra propuesta, son las claves de bóveda de la vulneración de la Carta Magna por omisión.

Aludimos a la monografía publicada en 1998 por la editorial madrileña Civitas *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*.

² Es el caso, por ejemplo, del trabajo de Carlos Ruiz Miguel, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 51, septiembre-diciembre de 2000.

³ El verbo alemán “unterlassen” está compuesto de la preposición “unter” y del verbo “lassen”, cuyo origen hay que buscarlo en el gótico “létan” (*Das Herkunftswörterbuch*, Duden, Mannheim, 1989).

⁴ “Inconstitucionalidade verifica-se desde que os órgãos do poder, por acção ou omissão, deixam de respeitar os imperativos da Constituição a que estão adstritos” (Miranda, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissão”, en *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p. 334).

⁵ Un punto de partida diferente, aunque unas consecuencias similares, lo encontramos en Alfonso Tesaurio cuando, al referirse a los eventos jurídicos, indica que “l’omissione non è il modo di comportarsi di un soggetto e, per ciò stesso, una manifestazione di volontà negativa che si contrappone a quella positiva in cui si concreta l’azione. L’omissione è l’opposto dell’azione, la sua negazione, cioè una non-azione, un non-comportamento: più propriamente, è la mancanza dell’azione che un soggetto ha l’obbligo di porre in essere e, per ciò stesso, è la mancanza del comportamento che un soggetto ha l’obbligo di tenere (...). L’omissione, pertanto, se non è il modo di comportarsi di un soggetto non è, nemmeno, il nulla. L’omissione (...) è un avvenimento che ha rilevanza giuridica in quanto si concreta nel non porre in essere un determinato comportamento, una determinata azione, una determinata situazione ovvero nel non impedire il verificarsi di un determinante evento. L’omissione, però, pur concretandosi in un avvenimento diverso e distinto dall’azione, di regola, ha valore in quanto trova la causa del suo verificarsi nell’azione del soggetto che pone in essere l’omissione e non è, invece, dovuta ad altra causa a lui estranea” (Tesaurio, Alfonso, *Istituzioni di Diritto pubblico*, UTET, Turin, 1973, pp. 75-76).

⁶ García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 259.

⁷ D’Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 314 y ss. También Arias Ramos, José, *Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pp. 551 y ss.

⁸ D. 28, 2; 28, 3.

⁹ Según el ya clásico diccionario etimológico latino de Raimundo De Miguel y del Marqués de Morante (editado por A. Jubera en Madrid en 1889) el origen del empleo escrito de la palabra hay que buscarlo en L. Aurelio Symmachus, “uno de los oradores más eminentes de su época, último defensor del paganismo y hábil político”, cuyo *cursus honorum*, iniciado en época de Valentiniano I, fue el de cuestor, pretor, pontífice, intendente de la Lucania, procónsul de Africa, prefecto de Roma y, en tiempos de Teodosio I, cónsul.

¹⁰ Quizá sea interesante citar las en otro tiempo autorizadas palabras de Mommsen, hoy un tanto superadas: “el funcionario público no era más ni menos responsable por los actos ejecutados como tal funcionario, ni casi de otra manera, que lo era cada particular individuo por sus acciones y omisiones” (Mommsen, Theodor, *Derecho Público Romano*, La España Moderna, Madrid, 1893, p. 228). Sin duda, la alusión a funcionarios es un grave anacronismo.

¹¹ *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1983.

¹² D. 10, 2, 27.

¹³ Silvela, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigentes en España*, vol. I, Madrid, 1903, p. 179.

¹⁴ Cobo Del Rosal, M.; Vives Anton, T. S., *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1987, p. 291.

¹⁵ Montané de La Roque, Pierre, *L’inertie des Pouvoirs Publics*, Dalloz, París, 1950.

¹⁶ El autor peruano Eto Cruz recoge ambas posturas en sus reflexiones al afirmar que se pueden vislumbrar dos tipos de manifestaciones de la figura: la que denomina *lato sensu* y la *stricto sensu*. Ésta la refiere al órgano legislativo y es la que asume. En aquélla ve dos “aspectos”: la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos y la indirecta -ilegalidad por omisión, omisiones de actos administrativos, omisiones de la función jurisdiccional y omisiones de reformas constitucionales- [Eto Cruz, Gerardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Doctrina Constitucional*, Instituto de divulgación y Estudios jurídico constitucionales (INDEJUC), Trujillo (Perú), 1992, pp. 246 y ss.].

¹⁷ Trocker, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, *Archivio*



- giuridico, 1970, pp. 88 y ss.
- ¹⁸ Miranda, Joge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, vol. II, p. 338.
- ¹⁹ Sagüés, Néstor Pedro, "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial", *Ius et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 5, pp. 39 y ss.
- ²⁰ Bidart Campos, Germán J., "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario jurídico*, UNAM, México, N° VI, 1979, pp. 9 y ss. También en *El Derecho*, tomo 78, Buenos Aires, pp. 785 y ss.
- ²¹ Rodrigues Machado, Marcia, "Inconstitucionalidade por omissão", *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, diciembre de 1988, p. 42.
- ²² Mortati, Costantino, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore", en *Problema di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972.
- ²³ Silvestri, Gaetano, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684 y ss.
- ²⁴ Picardi, Nicola, "Le sentenze integrative de la Corte costituzionale", en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati.*, vol. IV, Roma, 1977, pp. 599 y ss.
- ²⁵ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 331.
- ²⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp. 1089 y ss.
- ²⁷ Aguiar de Luque, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político*, N° 24, 1987, p. 25.
- ²⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 7.
- ²⁹ *Ibidem*, p. 3.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 73.
- ³¹ Moron Urbina, Juan Carlos, "La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad", *Revista Jurídica del Perú*, N° III-IV, julio-diciembre 1988, pp. 349 y ss.
- ³² Creemos irrelevante hacer distinciones terminológicas en este momento ya que silencio, abstención, inactividad, no hacer o inacción no son términos que en Derecho Constitucional tengan un sentido jurídico diferenciado. Una opinión contraria parece encontrarse en Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 40.
- ³³ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 26.
- ³⁴ Solé Tura, Jordi; Aparicio Pérez, Miguel A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, p. 177. Esto habría que matizarlo indicando que la verdadera expresión de la titularidad de la soberanía popular se halla en el momento constituyente. La Constitución, así, objetivará la soberanía. Durante la vigencia de la Constitución la soberanía se ejercerá en las elecciones, pero no habrá manifestaciones de la titularidad de dicha soberanía.
- ³⁵ Otto Bachof no es de esta opinión al estimar, hablando del presunto carácter antidemocrático del Poder Judicial, que "el juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado". Y añade: "La alusión a la falta de inmediatez de su comisión por el pueblo no constituye un argumento convincente ante el hecho de que también el Gobierno, el Presidente, los funcionarios, cuentan solamente con un mandato indirecto del pueblo; el mismo Parlamento no puede ser considerado como «directamente» comisionado más que bajo un aspecto muy relativo, ya que su composición está de hecho mucho más ampliamente mediatizada por los partidos" (Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 59).
- ³⁶ Fischbach, Oskar Georg, *Derecho Político general y Constitucional comparado*, Labor, 2ª ed., Barcelona, 1934, p. 77.
- ³⁷ Kirchmann, Julius Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1983, p. 27.
- ³⁸ Este autor considera que la ley es una amenaza para la libertad en el moderno Estado Democrático de partidos (Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 15 y ss.). También Bachof incidirá en la cuestión al señalar que "la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes", por mor de la transformación de su función "en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos" (Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, op. cit., pp. 48, 49 y 51).
- ³⁹ Señala Morón Urbina que la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional "sino sólo a partir del transcurso de tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable" (Morón Urbina, Juan Carlos, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, 1999, p. 462).
- ⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra colectiva *La interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., p. 21.
- ⁴¹ "Das Unterlassen wird dadurch vom «nichts tun» zum «etwas (das die Rechtsordnung erwartet) nicht tun" (Stahler, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, Munich, 1966, p. 1).
- ⁴² Seufert, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem des gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, 1969, Würzburg, pp. 38-39.
- ⁴³ *Ibidem*, p. 106.
- ⁴⁴ Morón Urbina, Juan Carlos, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", op. cit., p. 460.
- ⁴⁵ Sobre la problemática general de la relación entre validez y eficacia puede verse Spadaro, Antonino, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles, 1990, pp. 45 y ss.
- ⁴⁶ Spagna Musso, Enrico, "Appunti per una teoria giuridica dell'anomia costituzionale", en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1977, p. 284.
- ⁴⁷ De ahí lo criticable que resulta afirmar que hay normas (las programáticas, que nosotros no aceptamos) cuya validez es plena, pero que mientras no se desarrollen no producen efecto alguno y los órganos de aplicación del Derecho no las pueden aplicar (v. gr., Qurioga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 140 y 142).
- ⁴⁸ Ross, A., "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- ⁴⁹ Segura Ortega, Manuel, *Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 143.

Juicio emblemático a Montesinos y la corrupción en el Perú: Publicidad, Visibilidad, Control Democrático*

Abraham Siles Vallejos**

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

La opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias
LUIGI FERRAJOLI, Derecho y razón, III, 9, 41.

Sumario: I. Publicidad del juicio y liberalismo II. La normatividad internacional y nacional III. El desarrollo jurisprudencial IV. Las excepciones y restricciones al principio de publicidad del juicio V. La opinión de la Comisión Interamericana sobre la consulta del Estado peruano.

I. Publicidad del juicio y liberalismo

La garantía de la publicidad de los procesos judiciales, en especial de aquellos de naturaleza penal, constituye uno de los rasgos distintivos de la actuación de una justicia democrática, en el marco de un Estado constitucional de Derecho. Así lo ha entendido la tradición jurídica liberal desde el momento mismo de su constitución como tal. “Sean públicos los juicios y las pruebas de un delito”, propuso Beccaria, uno de los fundadores del proceso penal moderno, “para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones...”¹.

Jeremy Bentham, por su parte, sostuvo rotundamente que “la publicidad es el alma de la justicia”². Y es que, como observó este autor, la publicidad “favorece la “probidad” de los jueces al actuar “como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar”, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una “opinión pública”, de otro modo “muda o impotente sobre los abusos” de los jueces, funda “la confianza del público”, y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando

¹ Nota de los editores: Volvemos a publicar el trabajo del profesor Abraham Siles Vallejos debidamente corregido.

² Profesor de la Facultad y el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que integran, junto con el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia, un consorcio que ejecuta el Proyecto «Participación y Fiscalización de la Sociedad Civil en el Cambio y Desempeño del Sistema de Administración de Justicia».

BECCARIA, Césare. De los delitos y las penas. Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984 [1764]. p. 54.

² Cit. en FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1995 [1989]. p. 617.

su responsabilidad social y neutralizando los vínculos más jerárquicos y el “espíritu de cuerpo”³.

Así, pues, desde el inicio del moderno Estado liberal, se tomó conciencia del enorme valor de realizar las audiencias y pronunciar los fallos judiciales de cara a la ciudadanía, facilitando de ese modo el que los tribunales quedaran sujetos al escrutinio público. La exposición dialéctica de hechos, pruebas y argumentos ante la colectividad, el *ventilar las causas*, como expresivamente se dice, cumple entonces una función primordial, a saber, reafirma la democracia “como régimen del poder visible”⁴, ya que “el carácter público del poder, entendido como no secreto, como abierto al público, permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el Estado constitucional del Estado absoluto”⁵.

II. La normatividad internacional y constitucional

Contemporáneamente, la consolidación y profundización de este ideario, que es a un tiempo jurídico, político y ético, ha encontrado plasmación en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la doctrina y jurisprudencia que, con tanto vigor, los acompañan y desarrollan. En tal sentido, declaraciones y tratados, de carácter universal y regional, consagran unánimemente

³ *Ibíd.*

⁴ BOBBIO, Norberto. “La democracia y el poder invisible”. En: El futuro de la democracia. México: FCE. primera edición en español, 1986 [1984]. p. 66.

⁵ *Ibíd.*, p. 68.



el principio de publicidad de los juicios. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.5, declara que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Igualmente, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con enunciación más amplia, afirma el derecho de toda persona “a ser oída públicamente [...] por un tribunal [...], en la substanciación de cualquier acusación formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. A continuación, empero, el Pacto Internacional estipula una serie de causales –“consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática”, por ejemplo- que razonablemente habilitan, en vía excepcional, la introducción de restricciones al ejercicio de este derecho.

En parecidos términos se expresa, tanto para la consagración del principio de publicidad del juicio como para la regulación de sus excepciones y limitaciones, el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En fin, también el artículo 139.4 de la Constitución peruana de 1993 recoge el principio de “la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley”, estipulando, empero, que “los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”. Desde luego, estas normas de Derecho interno no tienen carácter absoluto, sino que, a semejanza de lo que ocurre en el ordenamiento español (artículo 10.2 de la Constitución), deberán ser interpretadas, según lo previsto en la cuarta de las disposiciones finales y transitorias del propio texto constitucional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, los cuales, como se ha anotado, admiten excepciones.

Como quiera que fuere, y pese a que la garantía de la publicidad, según explica Luigi Ferrajoli, es “instrumental o secundaria” en la medida que, junto a la oralidad, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones, tiende a asegurar la satisfacción de las garantías “primarias”, consistentes en la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa⁶, hay

que poner de relieve que es la publicidad “la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial”, ya que “conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse *a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública* y, sobre todo, del imputado y su defensor”⁶.

III. El desarrollo jurisprudencial

Así, pues, no obstante su carácter instrumental o secundario, dependiente de las garantías primarias, no obstante estar orientada al aseguramiento de éstas, la publicidad es esencial en el proceso penal y se configura, por ello, como un elemento estructural y constitutivo del mismo. De allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya defendido, de manera decidida, su valor y trascendencia. Así, tras las sentencias expedidas en el Caso Pretto y otros y en el Caso Axen, ambas del 8 de diciembre de 1983, el Tribunal recalcó, en el fallo dictado en el Caso Sutter, que “la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, a que se refiere el artículo 6.1, protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapase de la fiscalización del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales de justicia en todas las instancias”, añadiendo, a renglón seguido, que “la publicidad, por la transparencia que proporciona a la administración de la justicia, ayuda a alcanzar el objeto del artículo 6.1: el proceso justo, cuya garantía se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido del Convenio”⁷.

Por lo demás, en este y en otros procesos jurisdiccionales, el Tribunal Europeo ha insistido en la eminencia y centralidad del principio del proceso justo para el sistema democrático, a la luz del Convenio. En tal sentido, en el mismo Caso Sutter, sostuvo que “el lugar preferente que el derecho a un procedimiento justo ocupa en una sociedad democrática lleva al Tribunal, en el ejercicio de la fiscalización que le incumbe en esta materia, a examinar la realidad del procedimiento de que se trata”⁸. Y, en el Caso De Cubber, siguiendo el criterio adoptado precedentemente en el Caso Delcourt, advirtió que “una interpretación restrictiva del artículo 6.1 -singularmente en cuanto al respeto del

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 616 (cursivas nuestras).

⁷ Caso Sutter, sentencia del 22 de febrero de 1984, párrafo 26. En: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1984-1987. Madrid: Cortes Generales, s/f, p. 35.

⁸ Ibid., párrafo 27, p. 35.



principio fundamental de la imparcialidad del juicio- no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el sentido del Convenio”⁹.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha indicado que “la publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general”, enfatizando el carácter excepcional de la facultad reconocida por el Pacto Internacional a los tribunales, de excluir a la totalidad o parte del público de la Sala, por las razones enumeradas en el artículo 14.1¹⁰. En consecuencia, ha hecho notar que “con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas”, y debiendo observarse, asimismo, que “aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública”¹¹.

De otro lado, tampoco puede perderse de vista que, en lo que concierne directamente al Perú, diversos organismos internacionales de control de los derechos humanos, tanto de carácter convencional como no convencional, y lo mismo de ámbito universal como regional, se han pronunciado para criticar, de manera clara y rotunda, la realización en el país de numerosos juicios sin respeto de la garantía fundamental de “publicidad”, en aplicación de la legislación de emergencia dictada para el combate a la subversión durante el Gobierno del Presidente Fujimori.

En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos, al emitir sus “Observaciones Finales” al “Tercer Informe Periódico” presentado por el Estado peruano en 1996 de conformidad con el artículo 40 del Pacto, recusó el entonces vigente “sistema de juicio por ‘jueces sin rostro’” argumentando que, en tal sistema, “los acusados no saben quién es el juez que los está juzgando y se ve denegado el derecho a un juicio público, lo que constituye un serio impedimento, de derecho y de hecho, para que los acusados preparen su defensa

y puedan comunicarse con sus abogados”¹². En esa línea de pensamiento, en el acápite dedicado a “Sugerencias y recomendaciones”, el Comité instó en particular al Estado peruano “a que se suprima el sistema de “jueces sin rostro”, y a que se restablezcan inmediatamente los juicios públicos de todos los acusados, incluidos los acusados de actividades relacionadas con el terrorismo”¹³.

Sobre esta misma materia, el “Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados”, nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en el Informe que emitió tras su visita al Perú en setiembre de 1996, relacionó la cuestión de los “tribunales sin rostro” civiles y militares con el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, evaluando tal cuestión a la luz de las normas internacionales¹⁴. Entre otras consideraciones, el Relator Especial indicó que “la principal característica de las actuaciones ante los tribunales “sin rostro”, tanto civiles como militares, es el secreto”, y que “el juicio se desarrolla a puerta cerrada”, siendo así que “las audiencias tienen lugar en salas de tribunal especialmente equipadas dentro de las cárceles de alta seguridad o, en los casos de traición, en las bases militares”¹⁵.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia expedida en el Caso Castillo Petrucci y otros, en mayo de 1999, sostuvo que “considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”. Sobre la base de estas consideraciones, “por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.5 de la Convención”¹⁶.

Posteriormente, en agosto del 2000, La Corte Interamericana, en el Caso Cantoral Benavides, comprobó una vez más que el Estado

⁹ Caso De Cubber, sentencia del 26 de octubre de 1984, párrafo 30. En: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. Cit. p. 261.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 13 – Artículo 14 (21° período de sesiones, 1984), párrafo 6.

¹¹ *Ibid.*

¹² Comité de Derechos Humanos, “Observaciones Finales: Perú”, documento CCPR/C/79/Add.67, del 25 de julio de 1996, párrafo 12 (cursivas nuestras).

¹³ *Ibid.*, párrafo 25 (cursivas nuestras).

¹⁴ Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, «Informe de la misión al Perú», documento E/CN.4/1998/39/Add.1, del 19 de febrero de 1998, párrafo 73.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Serie C: Resoluciones y sentencias, N° 52), párrafos 172 y 173 (cursivas nuestras).



peruano violó la citada norma convencional relativa a la publicidad del juicio, tanto en sede jurisdiccional militar como civil. Así, sobre la actuación de los tribunales integrados al Poder Judicial, dijo “constatar que el proceso adelantado por el fuero común contra Luis Alberto Cantoral Benavides, no reunió las condiciones de publicidad que exige el artículo 8.5 de la Convención”, añadiendo, por si fuera poco, que “el Estado no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser “necesario para preservar los intereses de la justicia”, como lo prevé el artículo 8.5 de la Convención”¹⁷. Ahondando en el punto, la Corte consideró que, “dadas las características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia”¹⁸.

También el Tribunal Constitucional español es de parecido criterio a los hasta aquí expuestos, pues, en el que se reputa el *leading case* sobre la materia -esto es, sobre actuaciones judiciales públicas-¹⁹, ha dejado establecido que “el principio de publicidad, estatuido por el artículo 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”²⁰. Evidentemente, estas palabras muestran la influencia de las ya reseñadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Sutter.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional español ha insistido en que “el artículo 24.2 de la Constitución ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo” y, tras remitirse precisamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sostenido que “la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración

de justicia”²¹.

Continuando esta vertiente de desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional español, unos años más tarde, confirmó que “la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público que reconoce y ampara el artículo 24.2 C.E., derecho que tiene por finalidad, según tiene declarado este Tribunal (STC 96/1987), proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los tribunales”²².

IV. Las excepciones y restricciones al principio de publicidad del juicio

Ahora bien, en cuanto a las restricciones autorizadas por los instrumentos internacionales y por el ordenamiento interno al principio de publicidad del juicio, hay que insistir, ante todo, en que tales restricciones, aunque de naturaleza excepcional, son legítimas. Como advierte César San Martín, “la publicidad popular no está libre de objeciones jurídico-políticas, pues puede: a) ser utilizada por elementos ilegales para burlar el Derecho material y ejercitar los derechos procesales abusivamente; b) inducir a las personas que participen en el juicio a impresionar al público; c) poner en peligro la dignidad del debate oral produciendo y aumentando la excitación de las masas; y d) desprestigiar al imputado y a los testigos en su honor o en su esfera privada, ante todo el mundo”²³.

En esta línea de pensamiento, en el Caso Campbell y Fell, si bien se examinaba la necesidad de actuaciones públicas para sancionar una falta disciplinaria al interior de un centro de reclusión, lo que acusa diferencias de importancia respecto del supuesto típico de los juicios penales, resulta de interés recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras apuntar que “es cierto que el procedimiento penal ordinario -que puede muy bien afectar a los individuos peligrosos o exigir la comparecencia ante el Tribunal de un preso- se desarrolla casi siempre en público, a pesar de los problemas de seguridad que se suscitan, el peligro de afirmaciones mal intencionadas y los deseos del acusado”, ha dejado establecido que, pese a ello, “el Tribunal no puede, sin embargo,

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto del 2000, párrafos 147 y 148.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 148.

¹⁹ Véase DÍEZ-PICAZO, Luis María, Régimen constitucional del Poder Judicial, Madrid, Civitas, 1991, p. 57.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 96/1987), del 10 de junio de 1987, publicada en el Boletín Oficial de España (BOE) N° 152, del 26 de junio de 1987 (fundamento 2).

²¹ *Ibid.*

²² Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 65/1992), del 29 de abril de 1992, publicada en el Boletín Oficial de España (BOE) N° 129, del 29 de mayo de 1992 (fundamento 2).

²³ SAN MARTÍN, César, Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley, 1999. Vol. I. p. 80.

menospreciar los factores mencionados por el Gobierno, a saber, las consideraciones de orden público y las cuestiones de seguridad que suscitarían las audiencias públicas en materia de disciplina penitenciaria²⁴.

Debe decirse, empero, que la aplicabilidad de las cláusulas restrictivas de la publicidad judicial contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el ordenamiento constitucional peruano, a las que se ha hecho referencia líneas arriba, exige siempre el cumplimiento de requisitos especiales y de carácter objetivo, en correspondencia con su naturaleza excepcional. Sólo razones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o el interés de la vida privada de las partes, o el eventual perjuicio a los intereses de la justicia, habilitan a las cortes ordinarias a excluir a la prensa y al público de todo o parte de los juicios, conforme a la normativa internacional y a la Constitución peruana. No obstante, siempre de acuerdo al mismo marco regulativo, en toda materia penal o contenciosa, la sentencia deberá ser pronunciada públicamente, salvo que el interés de menores exija lo contrario, o si se trata de pleitos matrimoniales o concernientes a la tutela de menores.

Hablando en términos generales, conviene anotar que “la limitación moral al ejercicio de los derechos fundamentales no puede determinarse en referencia a ningún código moral privado”, sino que, más bien, “la moral que ha de tomarse en consideración es la moral de la colectividad, la moral social o cívica, es decir, el conjunto de principios y reglas morales que una determinada sociedad reconoce como legítimas y vinculantes”, con la peculiaridad de que “esa moral tiene en la actualidad como criterios básicos, dentro de las sociedades desarrolladas, al menos estos principios: respeto a la subjetividad humana, primacía de la libertad, tolerancia, pluralismo, culto a los derechos humanos, preocupación por quienes padecen necesidad, exaltación del papel del Derecho, defensa de la organización democrática y un cierto altruismo solidario²⁵”.

En cuanto a la cláusula relativa a la “seguridad nacional”, la misma que es empleada como un motivo válido de excepción respecto al derecho genérico de acceso a la información pública, puede convenirse con un reciente Informe de la Defensoría del Pueblo en que “la

²⁴ Caso Campbell y Fell, sentencia del 28 de junio de 1984, párrafo 87. En: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. Cit. p. 155.

²⁵ CASTRO CID, Benito de. Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático. Tercera edición. Madrid: Editorial Universitat, p. 293.

experiencia ha demostrado que dicha expresión ha sido utilizada de manera exagerada y arbitraria”, siendo necesario establecer, por ello, “criterios objetivos que permitan delimitar el concepto de seguridad nacional desde una perspectiva democrática y en función de la protección de la persona humana²⁶, ya que se trata de un término “omnicomprensivo” o de un “concepto jurídico indeterminado²⁷. En definitiva, parece claro que “debería avanzarse hacia un concepto de *seguridad democrática* que trate de encontrar un equilibrio entre la seguridad nacional y el respeto de los derechos humanos, y donde el principal objeto de protección sea la persona humana²⁸”.

Finalmente, por lo que se refiere al “orden público”, en cuanto límite igualmente genérico al ejercicio de los derechos humanos, lejos de excesos antidemocráticos o totalitarios, “ha de ser entendido como el conjunto de condiciones organizativas y de funcionamiento de la sociedad que garantizan un desarrollo de la vida social en el que esté asegurada la realización ordenada, tranquila y pacífica de los derechos que corresponden a los ciudadanos”, de manera que “su operatividad limitadora radica, por tanto, en la exigencia de asegurar las condiciones básicas de organización para que todos los miembros de la sociedad puedan ejercer sus respectivos derechos con una comodidad mínima²⁹”.

Respecto de este último punto, conviene traer a colación que, mediante la emisión de una Opinión Consultiva, de suyo propio de alcance general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”, ya que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse³⁰”.

En este mismo pronunciamiento, la Corte Interamericana ha destacado igualmente que

²⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”. Lima: Defensoría del Pueblo, setiembre del 2001, pp. 71-72.

²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Situación de la libertad de expresión en el Perú: setiembre 1996-setiembre 2000. Lima: Defensoría del Pueblo, octubre del 2000, p. 31.

²⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁹ CASTRO CID, Benito de. Op. Cit., p. 294.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Corte I.D.H. (Serie A) N° 5 (1985), párrafo 69.



“también interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”, puesto que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”³¹.

Pero no sólo haciendo uso de su potestad consultiva, sino también en ejercicio de sus funciones propiamente jurisdiccionales, la Corte Interamericana ha expuesto y desarrollado estos conceptos de carácter fundamental, como puede verse en la sentencia expedida en el Caso Ivcher Bronstein, en la que, a mayor abundamiento, invocando las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, afirma que la libertad de expresión “no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”³². Lo expuesto, prosigue la Corte, tiene “una importancia particular cuando se aplica a la prensa. No sólo implica que compete a los medios de comunicación la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas”³³.

Así, pues, el papel de la prensa escrita, televisiva y radial, en ejercicio de la fundamental libertad de expresión, para llevar noticias y opiniones a la colectividad y, de ese modo, favorecer el debate público de asuntos de interés de todos, resulta sin duda crucial también en el ámbito de la actuación de los tribunales de justicia, muy especialmente (si ello cabe), cuando lo que se juzga son casos de corrupción de autoridades o funcionarios del Estado, pues en tales casos la celebración de audiencias o la expedición de fallos bajo condiciones de reserva o

secreto mellaría considerablemente la confianza que la población ha de tener en jueces y cortes, y facilitaría la eventual comisión de abusos contra los propios procesados o contra el interés colectivo, impidiendo la necesaria vigilancia social sobre el quehacer de los tribunales.

Sin embargo, el control de la sociedad sobre la administración de justicia, que “solo puede ser hecho cabalmente si los interesados y los medios de comunicación tienen acceso a la realización de los procesos”, exige, a decir de Marcial Rubio Correa, “combinar la publicidad con la ponderación en la información *para no desnaturalizar esta garantía y convertirla en un mecanismo de difusión de todo lo dicho ante los tribunales, mucho de lo cual puede no ser cierto, o puede ser malinterpretado y, con ello, agravar el honor o la reputación de las personas involucradas*”³⁴. De cualquier modo, ha de tenerse asimismo en cuenta que, en el caso de juicios por responsabilidad de funcionarios públicos, el énfasis constitucional en su publicidad -que, como se ha indicado, no puede entenderse en un sentido absoluto- se debe a “un afán especial de moralización: para que se produzca castigo ejemplar y para hacer más difícil que haya corrupción en el trámite y las decisiones jurisdiccionales”³⁵.

Según estas pautas generales, se entiende entonces que, en el marco de un auténtico Estado constitucional y democrático de Derecho, devenga perentorio asegurar la publicidad de las actuaciones judiciales e interpretar de manera ciertamente restrictiva toda posible limitación al principio de publicidad y, en particular, a la concurrencia de la prensa a las audiencias y al pronunciamiento del fallo. Como ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Constitucional español, es necesario “valorar debidamente la significación de la presencia de los medios de comunicación social en las vistas de los juicios en función del principio de publicidad del proceso (artículo 120.1) y de los derechos de libertad de expresión y de libertad de comunicar o recibir libremente información veraz (artículo 20.1 a) de la CE”³⁶.

A ello “cabe añadir que el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (artículo 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una

³¹ *Ibid.*, párrafos 69 y 70.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero del 2001 (Serie C: Resoluciones y sentencias, N° 74), pfs. 152 y 153 (cursivas nuestras).

³³ *Ibid.*, párrafo 153.

³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Tomo V. p. 73.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 30/1982), del 1º de junio de 1982, publicada en el Boletín Oficial de España (BOE) N° 153, del 28 de junio de 1982 (fundamento 4).



proyección general”, pero, como es evidente, “esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social”³⁷.

No obstante lo anotado, algo que resulta plenamente admisible es que, considerando “las limitaciones de cabida del recinto”, se establezca “una selección en orden a la asistencia a la vista, concediéndose acreditaciones sobre la base de criterios objetivos”, las mismas que en ningún caso llevarán a entender que “los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional”, sino que, más bien, se trata de “un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”, de lo que se deriva que la “acreditación” de los periodistas, siendo válida, “no es sino un medio de organizar el acceso a la Sala”³⁸.

Desde luego, las complementarias “medidas de policía de estrados” que la ley interna prevé para asegurar el buen orden del desarrollo del juicio -las mismas que pueden llevar a imponer sanciones o a decretar la expulsión de alguna persona o aun la desocupación parcial o total de la Sala, en la medida en que se hallan previstas en la ley (artículos 215 y 217 del Código de Procedimientos Penales; artículos 9, 135, 136 y 137 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, corresponden a la Sala o a la Presidencia del respectivo Tribunal, debiendo ser ejercidas de modo prudente y sobre la base de criterios objetivos, no siendo posible que extiendan sus efectos “más allá de la circunstancia concreta y

de urgencia que las motivó”³⁹.

V. La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta del Estado peruano

En armonía con estas consideraciones, el reciente Informe expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a la consulta formulada por el Estado peruano, sobre la cuestión de si resultaría violatorio del principio de publicidad previsto en el artículo 8.5 de la Convención Americana el no permitir el ingreso de cámaras de video, fotografía y/o grabadora de sonido a las audiencias, pero con la presencia de la prensa y público durante el juzgamiento, sostiene que el principio de publicidad de los juicios “no supone un acceso ilimitado del público y de la prensa en general a las salas de juzgamiento”, sino que “la publicidad del procedimiento se puede restringir tanto por cuestiones de espacio físico de las instalaciones como también por las disposiciones del tribunal en ciertas circunstancias, todo ello a fin de preservar los intereses de la justicia y los derechos procesales de las partes”, de suerte que, “en estos casos, las limitaciones que determine el tribunal deben encontrarse debidamente fundamentadas”⁴⁰.

De otro lado, también ha de tenerse en cuenta que “la Comisión considera que la publicidad de un juicio puede ser garantizada de diversas formas, a saber, por la presencia del público en general, observadores independientes especialmente invitados y medios de comunicación, incluyendo prensa oral, escrita o televisiva”⁴¹. Se deriva de lo dicho que resultaría muy conveniente para el Estado peruano el contar con la asistencia de instituciones calificadas, que por su experiencia y credibilidad -por ejemplo, la Defensoría del Pueblo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos-, puedan intervenir como veedores, a invitación de la justicia nacional, en los juicios a instaurar contra Montesinos y la corrupción.

Como quiera que fuere, aunque “la Comisión considera que en especial los medios de comunicación son particularmente importantes para garantizar la publicidad del proceso judicial”, al mismo tiempo declara que “entiende que el principio de publicidad no implica necesariamente el ingreso irrestricto de

³⁷ *Ibid.* Algunos autores distinguen entre «publicidad inmediata» o «activa», que se verifica con la presencia de personas del común en las audiencias, y «publicidad mediata» o «pasiva», que se da cuando la comunidad conoce las actuaciones judiciales por referencia verbal de quienes asistieron a la sede judicial o, con mayor alcance, por medio de la información propalada por los diferentes órganos de prensa escrita, televisiva o radial. Véase MIXÁN MÁSS, Florencio. Juicio oral. Lima: Ediciones BLG, 1993. p. 65; SAN MARTÍN, César. Op. Cit., p. 80.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 30/1982), del 1º de junio de 1982. Op. Cit. (fundamento 4).

³⁹ *Ibid.* (fundamento 5).

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Consulta del Estado peruano a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», octubre del 2002, párrafo 18.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 19.



los medios de comunicación a las salas del juicio”, ya que, en realidad, “si bien los principios del debido proceso prohíben una justicia secreta, ese ingreso de los medios de comunicación puede ser regulado por parte del tribunal en aras del orden de los procedimientos, los derechos de las partes y la majestad de la justicia”⁴².

Y es que, en último término, lo verdaderamente esencial es el mantenimiento de la independencia e imparcialidad del juzgador, y el aseguramiento de las garantías del debido proceso, de modo que se verifique un “juicio justo”. En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la ya comentada sentencia expedida en el Caso *Campbell y Fell*, ha explicitado que, para determinar la independencia de un órgano judicial, especialmente en relación al Ejecutivo y a las partes, debe apreciarse el modo de designación y la duración del mandato de sus miembros, la existencia de garantías contra las presiones exteriores, “y sobre todo si hay o no apariencia de independencia”, ya que ha de considerarse “la importancia, en el contexto del artículo 6, del proverbio “justice must not only be done; it must also be seen to be done”⁴³.

Asimismo, en la decisión adoptada en el Caso *De Cubber*, a propósito de la cuestión de la imparcialidad judicial, y sobre la base del precedente establecido en los Casos *Piersack y Delcourt*, el Tribunal Europeo sostuvo que “no podría [...] contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva”, sino que “ha de tomar igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva)”, ya que “en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia”, citando a continuación nuevamente el adagio inglés “justice must not only be done; it must also be seen to be done”⁴⁴. El Tribunal Europeo agregó, por último, que “debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad”, argumentando que “esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en el orden penal, por los acusados...”⁴⁵.

En consonancia con estos criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte de Estrasburgo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la absolución de la

antedicha consulta formulada por el Estado peruano, declaró estimar que “es posible llevar a cabo juzgamientos por el Poder Judicial en una instalación militar en ciertos y determinados casos que así lo requieran imperativamente, con carácter excepcional, bajo la dirección y responsabilidad del tribunal que lo presida, con el respeto de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana, especialmente la *garantía de la independencia e imparcialidad judicial, la percepción de tal autonomía y la publicidad del juicio*”⁴⁶.

Finalmente, no debe perderse de vista que, cuando se trata de juzgar casos de corrupción, se corre el riesgo de incurrir en una “judicialización de la política”⁴⁷, lo que, a la postre, terminaría por erosionar aun más la legitimidad de una judicatura ya debilitada por diversas razones estructurales y de coyuntura. La intervención de los tribunales no debe suponer en ningún caso su instrumentación para los fines de la lucha partidista por el acceso al poder o por el control del aparato del Estado. El rol de la jurisdicción, en particular frente a las prácticas corruptas y delictivas, no ha de ser el de ponerse al servicio de ninguna persecución política, sino el de defender los valores de la democracia y el Estado de Derecho, mediante la aplicación de la Constitución y la ley, procurando el bien común. Este es sin duda un rol “político”, pero no en un sentido peyorativo, sino elevado del término.

Ahora bien, al mismo tiempo que se desestima la eventual reconducción de la política a los cauces jurisdiccionales, al mismo tiempo que se recusa la tentación de convertir los estrados de la justicia en la arena de lucha de los operadores político-partidistas, debe existir, empero, una acendrada conciencia acerca de la relevancia que, en las actuales circunstancias nacionales, alcanzan los juicios contra Montesinos y la corrupción, particularmente cuando se trata de una corrupción “sistémica”⁴⁸ que ha agobiado o agobia todavía a los Poderes públicos, pues tales juicios, no quepa la menor duda, constituyen una oportunidad histórica para que la Nación, representada por una magistratura que intenta depurarse y sobreponerse a sus peores yerros y deficiencias, enfrente el desafío de una renovación ética y política radical, que restaure los valores jurídicos y democráticos.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Caso *Campbell y Fell*, sentencia del 28 de junio de 1984, párrafos 78 y 81. En: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. Cit. p. 154.

⁴⁴ Caso *De Cubber*, sentencia del 26 de octubre de 1984, párrafo 26. En: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Op. Cit. p. 260.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. párrafo 15 (cursivas nuestras).

⁴⁷ Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Tangentopoli tiene traducción al castellano”. En: AA.VV. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 107.

⁴⁸ Véase INICIATIVA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN (INA), *Un Perú sin corrupción*. Lima: Ministerio de Justicia, julio de 2001. p. 8.

En definitiva, como ha señalado Luigi Ferrajoli, examinando el caso italiano, “el mérito histórico de los magistrados de *Mani Pulite* – más allá de los errores y de los excesos en que pudieran haber incurrido [...]– ha sido no sólo y no tanto aquel de haber barrido a una clase política corrupta, cuanto el de haber rehabilitado en nuestro país el valor de la legalidad y el principio de la subordinación a la ley por parte de los poderes públicos, principios estos sobre

los cuales se sustenta no solamente el estado de derecho, sino también la democracia: que quiere decir igualdad de todos frente a la ley, visibilidad, publicidad, control y responsabilidad de las funciones públicas, ausencia de poderes ocultos, de verdades dobles, de Estados dobles, de códigos de conducta dobles, de niveles de acción política y administrativa dobles”⁴⁹.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura”. En: *Pena y Estado* Año 1, N° 1. Buenos Aires, 1995, p. 115.



Un breve análisis de las condiciones del juez militar actual frente a los presupuestos de independencia judicial y algunos alcances sobre la cuestionada “autonomía” de la justicia castrense: una mirada a las propuestas de reforma constitucional sobre el particular¹

Christian Donayre Montesinos

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

La opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias

LUIGI FERRAJOLI, Derecho y razón, III, 9, 41.

Sumario: I.- Precisiones a modo de introducción II.- La justicia castrense y el juez militar: su configuración actual como problema y su incompatibilidad con el principio de independencia jurisdiccional III.- Del informe de la comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional al proyecto de reforma constitucional hoy en debate IV.- Algunas recomendaciones para una impartición de justicia en materia militar en condiciones de independencia y autonomía.

I.- Precisiones a modo de introducción

Sin lugar a dudas, el tratamiento de temas como la justicia militar ha cobrado relevancia en nuestro país. Ello se debe tanto al proceso de transición democrática que ha conllevado a la necesidad de consagrar ciertos principios propios de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo en todos los espacios del ejercicio del poder político incluido el militar², como a las recientes discusiones a nivel internacional sobre los juicios llevados a cabo en dicha instancia contra civiles y sus evidentes deficiencias frente a los requerimientos de un juicio justo.³

Ahora bien, los cuestionamientos que efectuaremos en el presente trabajo respecto al juez militar así como de la controvertida autonomía de la jurisdicción castrense no pretenden, bajo ningún concepto, poner en tela de juicio la calidad e idoneidad personal e intelectual de los actualmente llamados a ejercer la función jurisdiccional del Estado en dicha materia, es decir, los oficiales en actividad. Sin embargo, su sometimiento a la jerarquía militar, su disciplina fundada, entre otros aspectos, en el respeto a los altos mandos de su institución y la ausencia de presupuestos como los de inamovilidad en los cargos, una remuneración digna, entre otros aspectos indispensables del quehacer jurisdiccional, nos ofrecen serias dudas con relación a su independencia e imparcialidad.⁴ Y qué decir de la autonomía de la judicatura militar que por un lado contradictoriamente ha venido

siento considerada autónoma frente al Poder Judicial y por otro lado se ha mantenido sometida al Gobierno. Tenemos entonces aquí evidentes vulneraciones al principio de independencia jurisdiccional consagrado constitucionalmente y por tanto un asunto insoslayable.

Es así que en el presente trabajo analizaremos muy brevemente esta problemática que indudablemente nos atañe a todos⁵, para posteriormente evaluar las consideraciones que sobre el particular se han planteado tanto por parte de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional y en el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional, como en el Proyecto Final de Constitución hoy sometido a discusión. Por último, esbozaremos algunas propuestas a modo de conclusión que, en nuestra modesta opinión, podrían tal vez ser tomadas en cuenta para un replanteamiento del perfil del juez militar en particular y de la jurisdicción castrense en general.

II.- La justicia castrense y el juez militar: su configuración actual como problema y su incompatibilidad con el principio de independencia jurisdiccional

El principio de independencia jurisdiccional es entendido por la doctrina bajo dos perspectivas: una externa que alude a la prohibición de la injerencia de los otros mal llamados poderes del Estado en la potestad de impartir justicia y otra interna que hace referencia a la proscripción de eventuales intromisiones



al interior del ente investido de esa función.⁶ Tenemos entonces que el aspecto externo busca proteger a la organización jurisdiccional en conjunto y es lo que se conoce como “autonomía” y el aspecto interno, a una visión individualizada del juez, lo que se denomina propiamente “independencia”.

Además del hecho de que los jueces militares son oficiales en actividad, admitiendo así el indebido sometimiento de una instancia con labor jurisdiccional a la lógica de la jerarquía militar, lo cual ya de por sí es cuestionable, podemos señalar que fáctica y normativamente, por las injerencias por parte del Ejecutivo, la justicia militar no es autónoma y mucho menos que sus jueces son independientes.

Desde el nombramiento de las personas llamadas a impartir justicia en esta materia, las afectaciones son evidentes. Partimos de la constatación de que los jueces militares son oficiales en actividad designados por el Presidente de la República a propuesta del Ministro de Defensa y Ministro del Interior. De esta manera, se vulnera claramente la potestad reconocida constitucionalmente al Consejo Nacional de la Magistratura de designar a los encargados de ejercer la función jurisdiccional del estado. Y no sólo eso, sino que los jueces militares ven tutelada su función por el gobernante de turno desde el momento mismo de la designación.

De otro lado, el artículo 8°, inciso f) de la Ley del Sistema de Defensa Nacional establece expresamente que el Ministerio de Defensa será el ente mediador entre el ejecutivo y la justicia castrense. Y por si ello fuera poco, es dicho Ministerio el que se encarga de emitir las normas que regulan su funcionamiento.

Debemos señalar que la tantas veces promulgada inamovilidad en los cargos no tiene ninguna eficacia en lo que a la jurisdicción militar se refiere. Recordemos que los jueces militares siguen ejerciendo funciones militares y como consecuencia de ello están sometidos a las mismas condiciones propias de la situación castrense, lo cual supone la posibilidad de cambiar constantemente de destino. Esto último requiere una explicación.

Como bien todos sabemos, los miembros del servicio activo militar están, por la propia naturaleza de su función, constantemente cambiando de residencia a lo largo del territorio nacional, es decir: así como un año puede estar en la V región militar, léase por ejemplo Iquitos,

otro año podría encontrarse en la I ó III región militar. Ello implica además, dejar las funciones que ejercía para asumir otras. Como bien puede deducir el lector, cuando un militar es designado para desempeñar una función jurisdiccional eso no quiere decir que ejercerá dicha función a lo largo de su carrera. Contrario a lo que se pueda pensar, no es que sólo son trasladados a destinos diferentes cada cierto tiempo, sino que dicho cambio muchas veces supone asumir nuevas tareas y no necesariamente vinculadas a la potestad de impartir justicia.

Otro factor importante a tener en cuenta es el de la remuneración digna. Si bien los jueces miembros de la judicatura ordinaria de nuestro país no reciben una remuneración que les asegure una vida cómoda, así como una jubilación próspera, lo cual reduciría los índices de corrupción, debemos señalar que los cambios sobre el particular ya se han venido efectuando. Pero lo que sucede con respecto a los jueces militares es que desde antaño la remuneración que se les ha venido otorgando no ha sido la que les correspondería por la función judicial que desempeñan, sino la que deriva del grado que ostentan como miembros de las Fuerzas Armadas. Por tanto, aquí evidentemente no se distinguen funciones militares de las jurisdiccionales sino que se trata del ejercicio de una labor que le ha sido encomendada atendiendo a su condición militar y es a esa condición a la que responde la remuneración que perciben.

El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial establece a su vez en el artículo II, inciso 3, numeral 3.3 de su Título Preliminar que “*la permanencia en el servicio está condicionada a la observancia de la conducta e idoneidad propias de la función*”. Paradójicamente, en la medida que los jueces de los tribunales militares mantienen su condición militar, ello los expone a ser sancionados sea por el ejercicio de funciones jurisdiccionales como por las militares. Y es que, como dijimos, la discriminación entre unas y otras, debido a que no son apartados del servicio activo, no se encuentra plenamente establecida.

Debemos además señalar que el artículo citado del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial alude a “*la conducta e idoneidad propias de la función*”, aspecto que debe ser evaluado entonces en el caso de la judicatura ordinaria por la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, así como por el Consejo Nacional de la Magistratura, por cuanto recae dentro de sus atribuciones. Lo que ocurre en la jurisdicción castrense no deja de



sorprender. Ésta tiene sus propios órganos de control que son el Consejo Supremo de Justicia Militar, su Presidente y los Visitadores. Estos últimos son vocales elegidos por el Consejo Supremo de Justicia Militar para que realicen visitas e inspeccionen las Oficinas, Consejos y Juzgados, en la fecha determinada por éste. Básicamente se encargan de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los jueces militares.⁷

En el caso del Consejo Supremo de Justicia militar sus miembros en tanto militares que son, así como su Presidente, la relación jerárquica que opera al interior de la judicatura militar podría traer consigo serias afectaciones a la independencia de sus jueces al momento de cuidar la disciplina y el estricto cumplimiento de sus obligaciones judiciales. Cuestión similar podría alegarse con respecto a los Visitadores que al fin y al cabo son militares designados por el Consejo Supremo de Justicia Militar, los cuales culminada su “visita” deben informarle de lo actuado.

Otra cuestión que no podemos dejar de mencionar, aunque no guarda necesariamente relación con lo que es la independencia judicial, es la falta de tecnificación del juez militar. Si bien la Ley de Ascensos para Oficiales en su artículo 31° excluye los conocimientos profesionales como un elemento a evaluar para el ascenso a General⁸, a nuestro parecer, todas aquellas personas que ejercerán funciones jurisdiccionales en el Consejo Supremo de Justicia Militar, así como en las instancias inferiores sí deberían ser profesionales en Derecho.

Y es que, lo que consagra la Ley Orgánica de Justicia Militar en su artículo 6° es realmente preocupante. Dicho artículo establece que el Consejo Supremo de Justicia Militar está compuesto por diez Oficiales Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de ellos serán vocales y de los otros dos, uno será el Auditor y el otro el Fiscal General. Ahora bien, dicho precepto señala expresamente que de los ocho vocales mencionados, tres deben ser vocales del Cuerpo Jurídico Militar, lo mismo en el caso del Auditor General y el Fiscal General. En consecuencia, en la medida que la potestad de impartir justicia, de resolver los conflictos de intereses o las situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada y en un plazo razonable es confiada a los vocales, resulta que la gran mayoría de ellos, es decir cinco de los ocho, no necesariamente son conocedores del Derecho, cuestión que es imprescindible para

ejercer tan delicada función.

Y por si lo dicho hasta aquí no tuviera suficiente entidad, el artículo I de la Ley Orgánica de Justicia Militar señala expresamente que la justicia militar constituye un alto organismo de los institutos armados, con lo cual, el ya señalado anteriormente indebido sometimiento de una instancia con labor jurisdiccional a una lógica de jerarquía militar se encontraría normativamente consagrado.

Las consideraciones aquí esbozadas, así como otras que la doctrina nacional se ha dedicado de hacer más conocidas aún, requieren sin duda de una pronta solución.⁹ En virtud a ello, a continuación revisaremos muy sucintamente lo que ha sido el tratamiento de la materia a lo largo de las propuestas de reforma constitucional que se han venido trabajando, para luego pasar a reseñar nuestros planteamientos sobre el particular.

III.- Del informe de la comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional al proyecto de reforma constitucional hoy en debate

Empezaremos, pues, con lo que ha sido el planteamiento esbozado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en relación al tema de los jueces llamados a ejercer la función jurisdiccional del Estado en materia militar. Dicha propuesta establece, a este respecto, básicamente lo siguiente:

“Selección de jueces. Los juzgadores en materia castrense deben ser designados por el Consejo Nacional de la Magistratura a propuesta del Comando militar, por un plazo de tres años prorrogables, entre oficiales en retiro, abogados asimilados a las Fuerzas Armadas y oficiales en actividad.

Esta propuesta se inserta dentro del propósito general de someter al poder civil lo relativo a la designación de los jueces militares, asegurando su imparcialidad”¹⁰.

El intento de someter al Consejo Nacional de la Magistratura la potestad de designar a las personas llamadas a impartir justicia en materia militar es sin duda loable. Sin embargo, lo que resulta sumamente cuestionable es que sea el Comando militar el que los proponga y las categorías de sujetos consideradas para tal fin. Sobre la situación de los oficiales en situación de retiro no podemos señalar objeción alguna, pero lo mismo no se puede afirmar de los abogados asimilados a las Fuerzas Armadas y los oficiales en actividad.



En primer lugar, los abogados asimilados son, en buena cuenta, oficiales en actividad. En segundo lugar, como tales y por las razones expuestas en el apartado precedente, ha quedado comprobada la falta de idoneidad de los militares en servicio activo para ejercer tan delicada función como es la de resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre con relevancia jurídica con carácter de cosa juzgada. Por tanto, saludamos de esta propuesta lo que se refiere a reconocer también a nivel de la justicia militar la potestad constitucionalmente reconocida al Consejo Nacional de la Magistratura de designar y nombrar a las personas que se encargarían de impartir justicia. Pero debemos afirmar que aún presenta ciertas deficiencias en razón a la facultad que se le reconocería al Comando militar para proponerlas y a las categorías de sujetos dentro de las cuales se elegirían a los futuros jueces militares.

En lo que respecta a lo regulado sobre el particular en el Anteproyecto de Reforma Constitucional del 5 de abril de 2002, el artículo 227° establece:

“Artículo 227°.- Órganos especializados en materia militar.

*Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses están bajo la competencia de los jueces militares, que constituyen órganos especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende en ningún caso a civiles. Corresponde a las Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares”.*¹¹

No cabe duda de los progresos que muestra el citado precepto en lo que se refiere a la configuración orgánica de la justicia militar. Al parecer zanjaría viejas discusiones respecto a la cuestionada vigencia del principio de unidad jurisdiccional debido a la existencia de una jurisdicción castrense autónoma y por tanto paralela al Poder Judicial, ya que podríamos deducir que la propuesta se traduce en la incorporación de los tribunales militares al aparato de la judicatura ordinaria, aspecto que saludamos. Asimismo, e igual a lo planteado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional¹², así como en el Proyecto del 11 de julio que comentaremos luego, la Corte Suprema sería competente para revisar sentencias militares, dejando atrás lo formulado por aquellos cuestionados artículos 141° y 173° de la Constitución de 1993¹³. La exclusión de los civiles del ámbito competencial de la jurisdicción castrense, es otra medida loable que va acorde además con el estado actual de la cuestión en nuestro medio.¹⁴

Sin embargo, para la materia que nos interesa, la verdad es que dicho artículo no nos da muchas luces para encontrar alguna solución a la disyuntiva de la independencia de los jueces militares y la autonomía de los tribunales castrenses. El precepto referido se limita a señalar que serán jueces militares los encargados de ejercer tal función pero de inmediato surgen diversas preguntas: ¿quién designa a esos jueces militares? ¿serán los oficiales en actividad considerados para ejercer tan importante función?. Podría afirmarse que la incorporación de la justicia militar al Poder Judicial haría suponer que los oficiales en actividad no ejercerían funciones jurisdiccionales ya que por las deficiencias a las que hemos hecho referencia, no cumplen con los presupuestos para ello, lo que sí sucedería con los jueces de las demás especialidades.

Además, también podría inferirse que en tanto juzgado especializado del Poder Judicial que sería, sus miembros deben ser designados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esperemos que estas últimas ideas sean realmente las que subyacen al legislador y es que el citado precepto no nos da muchas herramientas para considerar que ello necesariamente será así.

Por último, conviene analizar lo estipulado en el Proyecto de Reforma Constitucional del 11 de julio sobre la materia a la cual nos hemos venido refiriendo en este trabajo. A este respecto, es el artículo 201° de la propuesta hoy en debate, el que se encarga de plantear algunas pautas sobre el particular. El mencionado precepto señala:

“Artículo 201°.- Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de los jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley”¹⁵.

Más allá de los avances respecto a la proscripción del juzgamiento de civiles (cuestión ya contemplada en la anterior propuesta), debemos señalar que en lo que concierne a las personas llamadas a impartir justicia en asuntos castrenses, el citado artículo, a diferencia del Anteproyecto de Reforma Constitucional, si bien consagra la incorporación de la justicia militar al aparato de la judicatura ordinaria, al igual que la propuesta del 5 de abril de 2002, la distinción estriba en que el Proyecto de Reforma Constitucional nos habla simplemente de jueces



especializados y no de jueces militares como lo hacía el Anteproyecto.

De lo anterior se podrían deducir diversos planteamientos sobre la problemática aquí abordada. Una de ellas es que la alusión que figuraba en la propuesta del 5 de abril de “jueces militares” quizá hacía referencia a los oficiales en actividad que ejercían funciones jurisdiccionales, de ello deriva la inclusión del término “militares” y no necesariamente a la especialización en razón de la materia. Otra posibilidad es que tal vez la intención del Proyecto de Reforma es plantear simplemente la noción de jueces especializados para posteriormente suprimir la especialidad castrense de los juzgados, al menos en tiempo de paz como ocurre en Francia. Esta última interpretación además de ser hoy en día discutible requeriría de la presencia de ciertos presupuestos sociales y políticos, actualmente inexistentes en nuestro país.

La interpretación más acorde con nuestra posición sobre el tema es que la consideración de juzgados especializados supone que indudablemente los jueces que ejercen la función jurisdiccional del Estado en materia militar, cumplirán con los requisitos propios de la carrera y gozarán de las prerrogativas que les correspondería en tanto miembros de una instancia de la judicatura ordinaria. De esta manera, por las razones expuestas precedentemente, los oficiales en actividad no deberían ejercer tal potestad.

Debemos señalar entonces que el Proyecto de Reforma Constitucional establece cambios importantes, sin embargo, el tema de los sujetos llamados a formar parte de la mal llamada justicia militar¹⁶, es un asunto que quedará al arbitrio del legislador y esperamos que la regulación que se dicte sobre el particular cumpla con los lineamientos constitucionales y los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho.¹⁷

A propósito de lo recientemente señalado, y en la medida que el problema que es materia de estudio de este trabajo no es un asunto que incumbe sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas, sino a todos los ciudadanos en tanto partícipes de la transición democrática por la que atraviesa nuestro país, hemos considerado óptimo plantear algunas propuestas a título de recomendaciones que quizá puedan ser útiles ante la situación aquí esbozada.

IV.- Algunas recomendaciones para una impartición de justicia en materia militar en condiciones de independencia y autonomía

En definitiva, la incorporación de la jurisdicción castrense al aparato de la judicatura ordinaria (léase Poder Judicial) constituye uno de los principales aportes de las propuestas de reforma constitucional. Tal medida contribuye a la plena vigencia y al respeto del principio de unidad jurisdiccional.

Ahora bien, el problema que resulta de sumo interés es el de la cuestionada autonomía de la justicia castrense y como correlato de ello, la existencia de jueces que pueden ver tutelada su función por parte del gobernante de turno y de los altos mandos militares. En consecuencia, las alternativas que plantearemos en seguida vienen a ser, en buena cuenta, propuestas que buscan enmarcar la impartición de justicia en materia militar dentro de los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el principio de la hoy mal llamada división de poderes constituye un hito fundamental.

En esa línea de pensamiento, debemos señalar de antemano que la posibilidad de que el gobernante de turno pueda designar a los miembros de la judicatura castrense debe encontrarse totalmente proscrita. Desde antaño, uno de los principales cuestionamientos a la configuración de nuestro Poder Judicial ha sido la falta de independencia de sus jueces, que es el lógico efecto de la intervención del ejecutivo en su designación.¹⁸ Por tanto, coincidimos con las propuestas de reforma constitucional (al menos así lo ha señalado expresamente la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, por lo que esperamos y creemos que este criterio ha sido considerado al momento de elaborar tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Reforma Constitucional hoy en debate) en reconocer además a nivel de la justicia castrense la potestad confiada al Consejo Nacional de la Magistratura para designar a las personas encargadas de ejercer la función jurisdiccional del Estado.

En lo que se refiere a las categorías de personas que han de ser consideradas para tal cometido, creemos que ha quedado sobreentendido que los oficiales en actividad no deben ser tomados en cuenta para tan delicada e importante función. Los oficiales en retiro, y tal vez los civiles con la debida preparación en asuntos castrenses puedan resultar siendo una opción válida y viable para encontrarle de una



buena vez una solución a esta disyuntiva, salvo mejor parecer.

Necesario es hacer notar que en España encontramos un mecanismo que quizá pueda ser también estudiado para adoptarlo a nuestro ordenamiento. Tal es el caso de los oficiales en actividad que pasan a ser miembros de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo Español. Y es que dicho personal militar al momento de asumir funciones jurisdiccionales en la máxima instancia de la judicatura ordinaria del mencionado país, pasan inmediatamente a la situación de retiro, lo que quiere decir que dejan de estar sometidos a los altos mandos, a sus superiores jerárquicos y en consecuencia, la jerarquía militar encuentra su paredón en las

puertas del Tribunal Supremo y de esa manera se les permite ejercer sus funciones asegurándose de alguna manera su independencia.¹⁹

Las propuestas aquí reseñadas constituyen un modesto aporte al debate de reforma constitucional y al proceso de transición democrática por el que atraviesa el Perú. No pretendemos instruir al legislador en su labor de regular estas materias de acuerdo al contexto social, a los principios constitucionales y a los pautas de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo. En todo caso, es él quien se encargará de evaluar las alternativas de solución sobre el particular y será él quien al final decida sobre este tema y no el Ministerio de Defensa ni el del Interior.

NOTAS:

- ¹ El presente artículo constituye en líneas generales el trabajo presentado por el autor en el concurso de ponencias estudiantiles de la X Convención Nacional Académica de Derecho, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el Centro de Estudios "José Pareja Paz Soldán" entre los días 20 a 22 de noviembre del presente año, donde ha obtenido el primer puesto.
- ² Léase al respecto: Mora, Daniel y otros. Las Fuerzas Armadas en la transición democrática en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, marzo 2001; así como: Chiri Márquez, Renzo. Democracia, ciudadanía y fuerzas armadas en el Perú del siglo XXI. En: Comisión Andina de Juristas. Las Tareas de la Transición Democrática. Serie: Democracia N° 1, setiembre 2001, pp. 245-258, entre otros trabajos sobre el particular.
- ³ Así el segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú (OEA/Ser. L/V/II.106), 2 de junio de 2000 señala expresamente: "...la Corte concluyó que "los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8° inciso 1 de la Convención Americana, como elementos esencial del debido proceso legal".
- ⁴ A mayor abundamiento: Defensoría del Pueblo. Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú. Serie Informes Defensoriales, Informe N° 6 – 64. Lima, mayo 2002. pp. 150 y ss.
- ⁵ Contrario a lo que se pensaba años atrás, es decir, que problemas de esta índole, vinculados con lo militar eran sólo de incumbencia del personal castrense.
- ⁶ Gonzáles Mantila, Gorki. Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Diego Portales de Chile, 1998. pp. 70-71.
- ⁷ **Artículo 12°.-** Corresponde al Consejo Supremo de Justicia Militar:
(...)
19. Ejercer jurisdicción, disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la justicia militar.
(...)
Artículo 14°.- Son atribuciones del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar:
(...)
12. Ejercer, conforme a los Reglamentos, función disciplinaria sobre los funcionarios del Consejo Supremo de Justicia Militar, de los Consejos y trabajadores de la justicia militar;
(...)
Artículo 95°.- El Consejo Supremo de Justicia Militar anualmente elegirá Vocales Visitadores para sus oficinas y para los Consejos y Juzgados.
(...)
Artículo 97°.- Las visitas tienen por objeto examinar el estado de las causas, de los libros, registros, archivos y el de las oficinas, comprobar si los funcionarios visitados cumplen sus obligaciones; impartir las instrucciones que se juzguen convenientes; corregir las faltas leves y dar cuenta de las graves.
(...)
Artículo 98°.- (...) El Vocal Visitador presentará un informe al Consejo Supremo de Justicia Militar con el informe de su visita y haciendo las recomendaciones que estime pertinentes. (Ley Orgánica de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23201, 19 de julio de 1980).
- ⁸ **Artículo 31°.-** Los factores de evaluación tienen por finalidad, disponer de elementos de medida comunes, cuya valorización permitirá establecer una comparación integral entre los candidatos aptos para el Ascenso. Los factores de evaluación desde el grado de Teniente hasta el de Teniente Coronel inclusive, son los siguientes:
a. Rendimientos.
b. Conocimientos Profesionales.
c. Antecedentes Profesionales.
d. Potencia Profesional.
Para los Generales de Brigada y Coroneles candidatos, no se considerará el factor Conocimientos Profesionales. (Ley de Ascensos para Oficiales, DL 21148).
- ⁹ Léase sobre el particular: Eto Cruz, Gerardo. La justicia militar en el Perú. Trujillo: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, abril 2000; Eto Cruz, Gerardo y otros. La jurisdicción militar en el Perú. En: Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Lima: Grijley, 1997. pp. 353-463; Lovatón, David. Jurisdicción militar: una cuestión de principios. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1998; De Belaúnde, Javier. Lineamientos para la reforma de la justicia militar. En: Socialismo y Participación, N° 82. setiembre 1998. pp. 93-101; San Martín Castro, César. Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano). En: La reforma del derecho penal militar. Anuario de derecho penal 2001-2002. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Friburgo: Universidad de Friburgo, 2002. pp. 99-135; San Martín Castro, César. Apuntes en torno a la jurisdicción castrense. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 37, agosto 2002. pp. 217-225; entre otros. También puede consultar nuestro trabajo intitulado "Una propuesta frente a la crisis histórica del ejercicio de la jurisdicción militar en nuestro país y la necesidad de la adecuación de sus lineamientos a los parámetros de un Estado de Derecho". En: Derecho & Sociedad. N° 17, Año XII. Lima, 2001. pp. 131-141.
- ¹⁰ Ministerio de Justicia. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, julio 2001. p. 69.



- ¹¹ Congreso de la República. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, 5 de abril de 2002. pp. 127-128.
- ¹² "...los fallos de la máxima instancia a nivel militar pueden ser impugnados mediante recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyas características y alcances serán determinados por la ley". Ministerio De Justicia. Comisión de Estudio de las Bases... *Op. cit.* p. 69.
- ¹³ Y es que la lectura concordada de ambos preceptos traía como consecuencia que la Corte Suprema sólo podría revisar aquellos casos cuya sentencia del tribunal militar haya impuesta como condena la pena de muerte. De esa manera, era perfectamente posible que alguien fuera condenado con cadena perpetua, u otras penas abusivas, en sede militar y no haya posibilidad de que su caso sea revisado por la judicatura ordinaria. El tema de la incorporación de la pena de muerte en la Constitución de 1993 susceptible de ser impuesta por delitos no contemplados en la anterior Constitución de 1979, Carta durante cuya vigencia se ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, trajo como consecuencia serias controversias con lo estipulado en dicho instrumento internacional y específicamente con su artículo 4° inciso 2 donde se señala:
"En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".
 A este respecto, recomendamos leer la OC-14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala, en líneas generales, que mientras no haya una aplicación concreta de dichos preceptos atentatorios a la Convención, la Comisión no podrá someter estos casos a la Corte. A mayor abundamiento: Bidart Campos, Germán y Pizzolo Calógero (h) (coordinadores). Derechos Humanos, Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo II. Mendoza: Ediciones Jurídica Cuyo, Abril 2000. pp. 733 y ss; y sobre todo: Albanese, Susana. Interacción entre los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y el ámbito interno, funciones de los órganos de control. En: *Ibíd.* p. 755-780.
- ¹⁴ El tema de los civiles juzgados por el fuero militar es y siempre ha sido el más debatido, y es que no falta razón para ello. En los últimos años, si bien la Ley N° 26950 autorizó al ejecutivo a legislar en materia de "seguridad nacional" y a partir de la cual se emitieron los abusivos y presumiblemente inconstitucionales Decretos Legislativos N° 895, 896, 897, entre otros; debemos reconocer que a fines del año 1999 con la Ley N° 27235, van a haber modificaciones sustanciales en lo que se refiere a la competencia de la justicia militar para conocer los delitos de terrorismo cometidos por civiles. Así, el 20 de diciembre de 1999 se emite la Ley N° 27235 que modificaría el Decreto Legislativo N° 895 y sustituiría la denominación de "terrorismo agravado" por el de "terrorismo especial". A su vez, su artículo 3° establecía que la investigación y el juzgamiento de los delitos de terrorismo especial serán de competencia del fuero común. Pero también, modificaba la Segunda Disposición Final del mencionado Decreto Legislativo, y establecía que los procesos en trámite por los delitos de terrorismo especial que eran de conocimiento del fuero militar, continuarían tramitándose por esa vía.
 El 30 de abril de 2001, la Defensoría del Pueblo interpone una acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N° 895, 897 y la Ley N° 27337 por considerarlos, tal como dijimos, claramente inconstitucionales. El Tribunal Constitucional emite sentencia el 15 de noviembre del mismo año declarando fundada en parte la acción interpuesta y declara inconstitucionales los Decretos Legislativos enunciados en sus disposiciones aún vigentes, así como el artículo 2° de la Ley N° 27235 que, como señalamos, modificaba la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895.
 Establecidas así las cosas, el fuero militar hoy en día ya no es competente para conocer de los casos de terrorismo pues la Ley N° 27235 ya referida, le había quitado tal facultad. Y con respecto a los procesos que estaban tramitándose en ese fuero, pues éstos serían trasladados al fuero común ya que la disposición que estipulaba que éstos aún serían de conocimiento de la justicia militar fue declarada inconstitucional. Así lo dispondría además, luego la Ley N° 27569 del 2 de diciembre del año 2001. Todo esto al menos legalmente, pues recordemos que aún está constitucionalmente vigente esta posibilidad, es por ello que saludamos el Proyecto de Reforma Constitucional también en este sentido.
- ¹⁵ Congreso de la República. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, 11 de julio de 2002. pp. 90-91.
- ¹⁶ Dicha denominación le añade un contenido axiológico, el valor de justicia, a esta especialización jurisdiccional, lo cual, a nuestro parecer, además de ser inapropiado es discutible.
- ¹⁷ Coincidimos por ello con Eloy Espinosa-Saldaña cuando señala que el Proyecto de Reforma Constitucional hoy en debate no termina de precisar cuestiones como quién nombraría a los jueces militares, si éstos juzgadores serían civiles, militares en actividad o en retiro, entre otros. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. La impartición de justicia en la propuesta de reforma constitucional peruana hoy en trámite. En: Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 37, agosto 2002, pp. 29-52 y específicamente p. 38.
- ¹⁸ Así, Víctor Andrés Belaúnde señala con relación a la Constitución de 1860 lo siguiente: *"Uno de los aspectos que criticaba con más vehemencia en la Constitución del año 60 era la intervención del Poder Ejecutivo en los nombramientos judiciales"*. En: Belaúnde, Víctor Andrés. El Debate Constitucional. Lima, 1966. p. 163.
- ¹⁹ **Artículo 28°.-** La toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico de los Ejércitos les conferirá de forma permanente la condición y Estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a la situación de actividad en las Fuerzas Armadas. (Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar Española).
 Sin duda que este planteamiento constituye un mecanismo que busca asegurar la independencia, al menos de los magistrados de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo Español. Sin embargo, la justicia militar española presenta aún ciertas deficiencias en este sentido, así como en otros. En tanto estas cuestiones no resultan de interés para los fines del presente trabajo, no abundaremos sobre ellas, por lo que lo dejaremos para un trabajo que ya hemos venido elaborando.



Las teorías existentes sobre el servicio público

Christian Guzmán Napuri

Abogado especialista en Derecho Público.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú en las áreas de Derecho
Constitucional y Derecho Administrativo.
Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

Sumario: Introducción 1.- La teoría subjetiva 2.- La teoría objetiva 3.- La teoría funcional Los límites de la decisión estatal 3.1.- El Principio de Legalidad: Origen, La aplicación a la doctrina del servicio público, El uso de decretos de urgencia 3.2.- El respeto a los Derechos Fundamentales: El contractualismo, El imperativo kantiano, El individualismo liberal, La teoría de las titularidades 3.3.- La Necesidad pública de la regulación administrativa A manera de conclusión.

Introducción

Las diversas teorías existentes sobre el servicio público han intentado explicar la naturaleza del mismo, a partir de las diversas consideraciones que se elaboran en relación con el papel que el Estado juega en su prestación, la naturaleza de las actividades que se realizan y el mecanismo empleado para su definición.

Lo que ocurre es que la conceptualización adecuada del denominado servicio público en el derecho público moderno resulta ser sumamente conflictiva, dado el nuevo rol del Estado en la economía y las concepciones respecto a la regulación económica que se manejan en el derecho público moderno.

1.- La teoría subjetiva

La tesis inicial sobre la naturaleza de los servicios públicos se basaba en la consideración de que el servicio público era aquel prestado única y directamente por el Estado, como parte de la función o actividad prestacional del mismo¹. De hecho, algunos autores han afirmado incluso que toda actividad estatal, de naturaleza administrativa, configura servicio público.

Ahora bien, en tanto existe una naturaleza prestacional de la labor del Estado, debía entenderse que el servicio público es tal si es prestado en forma directa por las diversas entidades de la Administración Pública. Ello tiene su origen en la famosa Sentencia Blanco², que a su vez dio lugar a la concepción francesa del servicio público, que manejaban juristas como Duguit³ que de alguna manera se conserva hasta el momento, incluso en la jurisprudencia francesa.

Cuando se hizo patente la aparición del

Estado de Bienestar (y por ende, del Estado Social de Derecho) se generó, como resultado inmediato, la necesidad de la existencia de una Administración Pública prestadora de servicios⁴. Dichos servicios debían ser prestados por el Estado en forma directa, a través de mecanismos de gestión. Paulatinamente, conforme las necesidades de la población aumentaban, fue necesario que el Estado creara entes especializados en la prestación de dichos servicios.

Seguidamente, y como los mecanismos de la administración pública resultaban inefectivos para ello, fue necesario inclusive tomar prestados conceptos de administración privada para hacer eficiente la gestión de los servicios públicos. Como resultado, aparecieron las llamadas *empresas públicas*, personas jurídicas de derecho privado, pero que pertenecían de manera directa al Estado.

Sin embargo, el hablar de empresa pública implica, de alguna manera, una *contradictio in terminis*, dado que en principio las empresas son entes creados para la producción de lucro, entendido éste como la ganancia de sus dueños. Asimismo, el Estado, por definición, no produce lucro. Tal contradicción, aunado al hecho de que los representantes del Estado en las juntas de las empresas estatales carecen de incentivo económico (los dividendos), incentivo que sí poseen los socios de una empresa privada⁵, ha sido la que ha generado la conocida ineficiencia de las empresas públicas en la mayoría de las naciones del Planeta⁶.

Por otro lado, la empresa pública genera distorsiones en la economía, al crear entes económicos que no están sometidos al mercado. En primer lugar, las empresas públicas utilizan fondos públicos para su funcionamiento, que a su vez se sustentan mediante el sistema impositivo.



Asimismo, no son susceptibles de incurrir en insolvencia, dado que el Estado nunca quiebra. Finalmente, las empresas públicas emplean infraestructura del Estado. Como resultado de ello, y aun si las empresas públicas operasen en el mercado concurriendo con entes privados, generarían competencia desleal, la misma que perjudica a la economía en su conjunto.

Asimismo, la década de los 50 y 60 se había caracterizado por la existencia de bonanza económica en los países más adelantados y cierta mejoría en los demás países del orbe, que les permitía el manejo directo de determinadas actividades, muchas de ellas reservadas al Estado⁷. Sin embargo, la crisis energética de la década de los setenta afectó el manejo económico de las naciones, situación en la cual se comenzó a pensar seriamente en la necesidad de transferir a manos privadas el manejo de determinadas actividades, sean servicios públicos o no.

En consecuencia, y como resultado inmediato de la ineficiencia de las empresas públicas –y del Estado en general– se generó dos efectos en la economía mundial: En primer lugar, la privatización de aquellas empresas públicas que no producen utilidades, privatización que también generaría el ingreso de importantes fondos para el Estado para corregir el déficit en el sector público y controlar los presupuestos⁸.

Por otro lado, se generó también la necesidad de generar inversión en servicios públicos, la misma que obligó al Estado a permitir el ingreso de capital privado a la administración de fondos y bienes públicos y la prestación de servicios públicos, a través particularmente de mecanismos de privatización y de otorgamiento de concesiones.

Lo indicado en los párrafos precedentes se dio mediante diversos mecanismos, en especial los relacionados con los permisos, las licencias y las concesiones. Y además generó la aparición de los llamados organismos reguladores o supervisores, como lo son, en el caso peruano, por ejemplo, OSINERG, OSIPTEL, OSITRAN, SUNASS y otros.

Como resultado, se hizo necesario que los servicios públicos comenzaran a ser prestados por los particulares. A esto la teoría subjetiva respondió de manera indebida considerando que en realidad la prestación la seguía realizando el Estado, pero de manera indirecta a través de terceros⁹. Según esta concepción, la realización del servicio por parte de los particulares ocurre

como una suerte de delegación. Esta ficción, sin embargo, nos lleva a la necesidad de establecer otro nivel de caracterización que resulte más eficiente.

Y es que, la teoría subjetiva a la que nos estamos refiriendo no resuelve el problema generado una vez que el Estado de Bienestar (welfare estate) entró en crisis, cuando el sistema estatal ya no podía mantener los servicios públicos y estos debieron empezar a ser privatizados. Las empresas estatales comenzaron a ser transferidas a manos privadas y ya el Estado no podía establecer mecanismos de reserva de actividades económicas, lo cual incluía evidentemente a los servicios públicos. En este orden de ideas, se hizo posible que los particulares pudiesen prestar servicios públicos de manera directa y estableciéndose esquemas en los cuales ya no podía hablarse de titularidad estatal.

2.- La teoría objetiva

La Teoría Objetiva señala, a diferencia de la teoría subjetiva, descrita en el acápite precedente, que la calificación de una actividad como servicio público depende de la naturaleza del servicio que sea prestado. Es decir, no importa quien sea el ente encargado de la gestión del servicio, sino más bien las características de la actividad en particular.

En general, se entiende dentro de la teoría objetiva que los servicios públicos son aquellas actividades que resultan indispensables para la colectividad al nivel de necesidades primordiales¹⁰. El servicio público implica la satisfacción de necesidades colectivas de interés general y de carácter material¹¹.

Como corolario de lo antes señalado, el Estado debe necesariamente regular de manera directa la prestación del servicio público para asegurar la satisfacción de dichas necesidades básicas, a través de la prestación directa o de la regulación de los prestadores del servicio, legal y/o administrativamente.

Aparentemente, la teoría objetiva resolvería el problema conceptual que se presenta en el ámbito de la posibilidad de que el servicio pueda ser prestado por particulares, que podrían o no concurrir con el Estado. Sin embargo, la teoría objetiva no explica como es que distintas sociedades en distintos momentos consideran servicios públicos a actividades diversas sin que exista una razón objetiva que justifique la diferencia.



Es posible, en consecuencia, que consideremos que ciertas actividades puedan ser consideradas indispensables para toda sociedad. Sin embargo, existen ciertas actividades que pueden resultar indispensables para ciertas sociedades y para otras no. De hecho, se puede comprobar que ciertas actividades (como por ejemplo la televisión) son servicios públicos en algunos países y en otros no.

Por otro lado, la teoría objetiva supone erróneamente que el Estado mantiene la titularidad sobre la prestación del servicio –dada su naturaleza– y más bien es la gestión la que se transfiere a los particulares. Sin embargo, el concepto de titularidad estatal ya no se sostiene¹², dado el nuevo modelo de Estado regulador que se encuentra vigente en el Mundo, en contraposición con el estatismo que ha sido dejado de lado, como veremos líneas más adelante.

3.- La teoría funcional

Ahora bien, la denominada teoría funcional -o concepción instrumental del servicio público- parte del supuesto de que la determinación o declaración de un servicio público como tal depende del Estado y se genera por la decisión del mismo de generar una intervención intensa en la actividad que se califica como tal. No existen, en consecuencia, servicios públicos *per se* –como lo señala la teoría objetiva-, ni se considera que solo el Estado puede prestar servicios públicos, como lo precisa la teoría subjetiva.

Evidentemente, dicha declaración realizada por el Estado –denominada genéricamente *publicatio*¹³- debe estar basada en el interés público o interés general, conceptos respecto de los cuales tenemos importantes críticas, las mismas que señalaremos en su oportunidad.

Los Límites de la decisión estatal

Como toda actividad del Estado, la facultad de establecer que una actividad determinada constituye un servicio público está sujeta a límites evidentes, máxime si dicha declaración implica intervención directa en las actividades económicas por parte de la Administración Pública.

Ahora bien, la doctrina más moderna considera entonces, en particular, tres límites de particular importancia a nivel del derecho público: El principio de legalidad administrativa, el respeto por los derechos fundamentales y la

necesidad pública de la regulación.

3.1.- El Principio de Legalidad

El Principio de Legalidad, en términos generales, establece que las autoridades administrativas – y en general, el Estado como institución - deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas. El principio que venimos reseñando es un importante componente del Estado de Derecho y es a la vez pivote del Derecho Administrativo, sin el cual éste último carece de sentido.

Esto implica, en primer lugar, que el Estado y la Administración se sujetan, en especial, a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto. En segundo lugar, que la Administración Pública no goza de la llamada libertad negativa o principio de no coacción (*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe*), dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es enteramente consistente con la moderna teoría administrativa.

Asimismo, la Administración, al emitir actos administrativos –que por definición, generan efectos específicos, aplicables a un conjunto definido de administrados- debe adecuarse a las normas legales y reglamentarias de carácter general. Estas últimas evidentemente deben de respetar la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada.

Origen

El origen del sometimiento del Estado en general y de la Administración Pública en particular a la Ley tiene su origen en la doctrina de John Locke. Expresa Locke -a quien se le reconoce casi unánimemente como padre del liberalismo político- que si el Estado ha nacido para proteger los derechos naturales, que no desaparecen con el contrato social hobbesiano, carece de sentido racional que desaparezcan fácticamente por la instauración de un Estado absolutista, cuando el contrato social persigue el fin de proteger, amparar y hacerlos sobrevivir. La monarquía absoluta es entonces incompatible con la sociedad civil¹⁴. Lo que hay que hacer es limitar el poder absoluto y ello se logra



distribuyendo las funciones estatales.

En contraposición con Hobbes, Locke considera al soberano como parte integrante del Pacto Social, razón por la cual el mismo está sometido también a la Ley. Hobbes emplea el contrato social más bien para justificar la obediencia al soberano y la asunción de éste del poder absoluto sobre sus súbditos¹⁵. Y es que, para Hobbes, la libertad del soberano, está sobre los individuos y por sobre las mismas leyes que rigen a los individuos. Cada individuo renuncia a su libertad buscando la seguridad que le otorga el Estado soberano¹⁶.

Por otro lado, y a diferencia de lo señalado por Hobbes, Locke sostiene que los derechos naturales de los hombres no desaparecen como consecuencia del consentimiento dado a la sociedad: Por el contrario, subsisten para limitar el poder social, y el del Estado. Este último es entonces tan solo el garante y administrador de los derechos de las personas, pero no su propietario.

El sometimiento del Monarca a la Ley genera entonces que el pretender que éste elabore también la misma, implicaría una grave incongruencia, pues estaría sometido a sus propios designios, sin que exista control aparente alguno. Si el Príncipe absoluto reúne en sí mismo el poder legislativo y el poder ejecutivo, señala Locke, no existiría Juez ni manera de apelar a nadie para decidir en forma justa una reparación o compensación si es que el Príncipe generase un daño o atropello¹⁷.

De la misma manera, señala Locke, *“tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene la tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas”*¹⁸.

Locke explicita que el Parlamento, dado su poder de Legislar, se convierte en el primer poder. Es necesario tener en cuenta que la idea de ser el primer poder implica que los demás estamentos del Estado deban someterse necesariamente a la Ley emitida por al Poder Legislativo. Tan es primer poder, señala Locke, que ninguna norma expedida por algún otro organismo puede tener igual o mayor validez que una Ley, si es que dicha norma no es aprobada por el Poder Legislativo. Como resultado de todo ello, debemos deducir, tal como lo hace Locke, que el Parlamento debe tener origen necesariamente en la elección popular.¹⁹ El efecto inmediato de

esta aseveración tiene relación con la preferencia de Locke por la Monarquía Constitucional, la misma que no proviene de la elección popular.

El razonamiento anterior requiere una explicación. Si el Poder Legislativo es elegido por el pueblo, y es el primer poder dado que la Ley vincula incluso al monarca, cabe que sea el único elegido por la voluntad popular. Es evidente, a partir de este razonamiento, que el principio de legalidad es uno de los elementos que conforman el Estado de Derecho, pues sirve de efectiva limitación al Poder Estatal.

La aplicación a la doctrina del servicio público

Como resultado de lo señalado en líneas precedentes, el principio de legalidad es el pivote del derecho Administrativo. Sin este principio, que debería incluso consagrarse constitucionalmente, el Derecho Administrativo perdería de inmediato su razón de ser.

Bajo este criterio, debe entenderse que la determinación de una actividad como un servicio público debe ser establecido mediante una Ley, dado que la misma expresa precisamente la decisión de la colectividad en su conjunto. Máxime si la calificación antedicha implica limitación a derechos fundamentales, en particular, libertad de empresa. El principio de legalidad garantiza que la regulación de los servicios públicos se realizará de manera permanente y no se someterá a avatares políticos.

Ahora bien, existe también una justificación práctica de este principio. Los servicios públicos poseen la peculiaridad de regularse en el ámbito de la Administración Pública, el prestador del servicio y el usuario. Ahora bien, a fin de que la regulación resulte eficaz, y a la vez, equilibrada, se requiere que las normas en las cuales se basa la regulación se originen en un organismo en principio imparcial y ajeno a los demás. Evidentemente, este no puede ser otro que el Poder Legislativo²⁰.

El uso de decretos de urgencia

Finalmente, en nuestra opinión, y dado el razonamiento precedente, no cabría emplear decretos de urgencia para ello, dado que los mismos deben emplearse en situaciones muy específicas, derivadas de hechos excepcionales, en materia económica y financieras y cuando lo requiere el interés nacional.

Sin tomar en cuenta nuestra ciertamente



radical posición sobre el tema –en nuestra opinión, debería prescindirse de los decretos de urgencia en el constitucionalismo peruano-, debemos tener en claro que un decreto de urgencia no es emitido por el Congreso y en consecuencia, no es resultado de la deliberación –en el ámbito de un ente colectivo y representativo- indispensable para justificar la limitación a los derechos fundamentales y la intervención económica directa del Estado en la economía. Asimismo, la posibilidad de calificar una actividad económica como servicio público mediante decreto de urgencia destruye el equilibrio e imparcialidad necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos, como lo hemos indicado líneas arriba.

3.2.- El respeto a los Derechos Fundamentales

El principio al que hacemos referencia, que a la vez configura uno de los pilares del denominado Estado de Derecho, establece que los derechos fundamentales - dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado - son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando esta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos fundamentales deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales. En consecuencia, no es posible, desde un punto de vista jurídico, que dichos conceptos puedan desplazar a derechos constitucionalmente consagrados o que poseen la categoría de derechos humanos.

El principio que venimos comentando funciona además como un estándar interpretativo de la Constitución Política²¹, en el sentido de que cuando se interpreta la norma jurídica antes indicada, y ante la posibilidad de variados resultados, se debe estar a la interpretación más favorable para el particular²². En caso de duda en la interpretación de toda norma, debe admitirse la que resulta más protectora de los derechos de las personas individualmente consideradas.

Ahora bien, el principio materia de análisis tiene también su origen en el constitucionalismo norteamericano, en el cual aparece la doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales (*preferred position*) en relación con otros bienes jurídicos. Es decir, los derechos constitucionalmente reconocidos tienen un valor especial en el ordenamiento jurídico²³.

A su vez, la doctrina de la preferencia por los derechos fundamentales parte de la consideración de que por el principio de primacía

de la persona humana –individualmente considerada- es ésta la que goza de protección especial por parte del Estado y la Sociedad.

A este nivel, resulta obvio que, como toda acción estatal, la calificación de una actividad como un servicio público no deberá afectar derechos fundamentales, en el ámbito del desplazamiento de los mismos, es decir, de su sustitución por otro bien jurídico. Es obvio que los derechos fundamentales admiten límites, pero la limitación que de los mismos puede hacer el Estado debe ser razonable y proporcional. En este orden de ideas, existen importantes derechos que pueden ser afectados por la regulación estatal, como libertad de empresa, libertades contractuales, propiedad, e incluso, si las actividades afectadas configuran medios de comunicación, libertades de información y expresión.

El contractualismo

Por un lado, las doctrinas pactistas o contractualistas justifican la existencia del Estado en la necesidad de proteger los derechos de las personas de la vulneración que pueden sufrir, de los otros hombres y del propio Estado en una situación de ausencia de orden social, denominada *estado de naturaleza*, en el cual todos los hombres son iguales y libres. El pacto social, entonces, es el mecanismo que se emplea para superar el estado de naturaleza y a la vez hacer aparecer al Estado como entidad colectiva.

Para Hobbes, el origen del Estado político es un *pacto* o *convenio* en el que una multitud renuncia al derecho natural a todas las cosas que cada uno posee y lo transfiere por mayoría a un solo hombre o a una asamblea de hombres. De acuerdo a Hobbes, al realizar un contrato se hace uso de un derecho, pero a la vez, para que eso sea efectivo, es necesario renunciar a otros derechos.

La concepción hobbesiana puede considerarse liberal hasta el punto en que notamos como las obligaciones sociales y políticas se ponen al servicio del individuo. El Estado existe para proteger los derechos de los súbditos²⁴. Sin embargo, la justificación traslada todos estos derechos al Gobernante, como resultado de la renuncia a la que hemos hecho alusión líneas arriba. El pacto social implica en realidad la pérdida de dichos derechos. Y, como resultado, no es posible controlar u oponerse al soberano. La concepción de Hobbes resulta ser más bien una justificación a la Monarquía Absoluta a través de



consideraciones aparentemente individualistas.

Por otro lado, John Locke –a quien nos hemos ya referido líneas arriba– señala que el Estado de Naturaleza no es feroz como señala Hobbes, sino más bien una situación de igualdad y libertad, en la cual la existencia *per se* de derechos de propiedad justifica la aparición de una sociedad civil destinada a la conservación de la propiedad²⁵.

Esta sociedad civil está regida por un Gobierno que debe producir leyes que rijan inclusive al soberano – lo cual le permitió a Locke deducir la necesidad de que la función de protección y la de emisión de leyes se confíen a distintos entes – y que no originen perjuicio a los propietarios²⁶. Las normas legales, entonces, deben garantizar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. El Estado existe en tanto y en cuanto asegura la protección de los derechos de las personas

El imperativo kantiano

Sin embargo, el origen directo del principio materia de análisis puede encontrarse en el imperativo categórico kantiano. Y es que, Kant señala que es necesario establecer una norma moral cuya existencia posea un valor absoluto y que pueda ser fundamento de diversas leyes. Ahora bien, dado que el supuesto de la existencia de las leyes, sean morales o políticas, reside en el individuo, el imperativo se traduce en aquel que señala que deberá tratarse a la persona humana como un fin en sí mismo y no sólo como un medio²⁷.

El resultado inmediato de lo señalado en las líneas precedentes, desde el punto de vista moral, implica que toda acción de los seres humanos debe basarse en el imperativo precisado, que evidentemente se reconoce como absoluto²⁸. Ahora bien, no obstante que Kant parte también de una lógica pactista, es necesario señalar que fue el primero en justificar la primacía de la persona humana a partir de conceptos morales y a la vez emplear este principio como un imperativo ético.

El individualismo liberal

Por otro lado, el principio que nos ocupa parece tener su origen en la consideración – aparentemente muy obvia – de que, salvo ciertas excepciones muy puntuales, nadie sabe mejor lo que a uno le conviene sino uno mismo. Dado que el ser humano es, por un lado, autónomo por

definición, y además racional por naturaleza²⁹, no cabe justificar limitación alguna a sus derechos, aun cuando se suponga que dicha limitación le favorece. Y es que, la acción colectiva es el resultado lógico de la acción de los individuos que forman parte del ente al cual dirige el o los funcionarios en cuestión. El Estado es una creación del hombre, y en consecuencia, un instrumento de éste³⁰.

Del razonamiento precisado en el párrafo precedente pueden inferirse fácilmente los principios democráticos, los cuales son un resultado directo del principio que venimos esbozando, deducción que fue de alguna forma obvia en John Locke, cuyas ideas hemos referido líneas arriba. A su vez, la necesidad de justificar decisiones colectivas a través de la sumatoria de decisiones individuales supedita el comportamiento de los entes sociales al acuerdo de las personas y justifica la preeminencia de éstas sobre el ente colectivo.

Ahora bien, si suponemos que es posible que un funcionario público –o un conjunto de ellos– pueda determinar con mayor habilidad lo que es mejor para otras personas, estamos presuponiendo paradójicamente que nadie puede determinar, salvo él mismo, que es lo mejor para su propia persona. En este orden de ideas es necesario precisar que las tesis voluntaristas y colectivistas – por más modernas que éstas sean – no han podido elaborar, hasta el momento, una razón consistente que permita reconocer al funcionario público (o al soberano) cualidades que el ser humano común y corriente no tiene.

La teoría de las titularidades

Es posible justificar la preferencia por los derechos fundamentales a partir de la denominada *Teoría de las Titularidades*. El derecho, a fin de conjurar o corregir conflictos, asigna determinadas titularidades para asegurar que dichos conflictos tengan una solución fluida, pues a través de dichas titularidades, se determina a quien se debe favorecer con la decisión estatal. Evidentemente, la asignación de titularidades debe cumplir con el principio de eficiencia al cual haremos mención más adelante, de tal manera que al aplicar la solución no se genere perjuicio alguno.

Ahora bien, a fin de que la solución legal cumpla con su finalidad, es necesario conceder preeminencia a dichas titularidades, que se conceden a todas luces a personas o entes distintos al Estado –el mismo que no posee derechos,



sino más bien facultades o atribuciones— dado que es éste quien debe resolver los conflictos³¹. A falta de conflicto, la intervención del Estado resulta innecesaria, toda vez que los particulares actuarán en armonía sin intervención alguna.

Lo antes precisado resulta ser un corolario de lo que se ha denominado *Teorema de Coase*. Ronald Coase, Premio Nobel de Economía del año 1991, demostró no solo que el celebrar acuerdos cuesta, sino además que en términos de eficiencia paretiana³², el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo. A los costos generados por la celebración de los acuerdos entre las personas se les conoce en forma genérica como *costos de transacción*.

El Teorema de Coase se enuncia entonces de la siguiente manera: “*si los costos de transacción son sensiblemente iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente*”³³. En contraposición, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal – o constitucional - que permita la eficiencia social. Por ello, la intervención se restringe únicamente a la asignación de derechos a través del ordenamiento jurídico.

Un ejemplo típico de lo que acabamos de plantear resulta ser, por ejemplo, el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Supongamos que no existiese en el sistema jurídico un mecanismo legal que permitiese, directamente y a través del Estado, un resarcimiento a los daños que sufren las personas como resultado de actos de otros y cuando no existe una relación contractual entre ellos, como por ejemplo en accidentes de tránsito. Si dejamos que el mercado solucione el problema, nos vamos a encontrar con altísimos costos como los generados por la dificultad de que todos los potenciales peatones lleguen a acuerdos con todos los potenciales conductores (máxime si es que los conductores en ocasiones son peatones y viceversa). Y aun en el supuesto negado de que todos pudiesen ponerse de acuerdo, la ejecución de los acuerdos resultantes una vez ocurrido el daño deviene en hartamente complicada, dados los costos de tener que cuantificar éste y de determinar el nivel de responsabilidad. Estos costos generan que se deba crear un sistema normativo que “simule”, empleando el Poder Judicial, el acuerdo al que habrían llegado las partes de haber sido posible la solución contractual.

Ahora bien, la existencia de una Sociedad en la cual no existieran titularidades generaría la necesidad de que las personas que componen la misma deban ponerse de acuerdo para determinar cuales serían las prestaciones de las que gozarían cada una de dichas personas, a fin de asegurar su subsistencia y por ende, la de la Sociedad. Hasta aquí, la argumentación se asemeja a la que hemos relacionado anteriormente con el pactismo. Sin embargo, los costos que generaría que la Sociedad en su conjunto pudiese ponerse de acuerdo resultan ser muy elevados. Como resultado, es necesario que el Estado, simulando la solución a la que llegarían los particulares de poderse poner de acuerdo, determine las prestaciones que pueden darse en una Sociedad organizada. Dichas prestaciones, una vez que se han incorporado al ordenamiento constitucional y se les ha dotado de protección jurídica, configuran lo que el derecho constitucional denomina derechos fundamentales.

Hasta el momento, la teoría de la titularidad y el Teorema de Coase parecieran justificar la existencia de derechos fundamentales, mas no la pertinencia del principio de preferencia por los mismos ni de su aplicación al derecho administrativo económico. De hecho, no puede entenderse regulación económica de actividad alguna –más aun si la misma se configura como un servicio público– si es que para ello se emplean variables únicamente jurídicas o políticas y se prescinde de las económicas.

Lo que ocurre es que, dado que dichos derechos fundamentales (o titularidades) permiten obtener eficiencia social cuando la misma no puede ser generada por el mercado, los mismos deben ser dotados de la mayor protección posible por parte del ordenamiento jurídico. Dicha protección tiene su origen en su consagración constitucional, así como en su inclusión en múltiples acuerdos internacionales, denominados genéricamente Tratados de Derechos Humanos³⁴. Asimismo, la protección de los derechos fundamentales incluye la existencia de cláusulas abiertas que no limitan su enumeración a lo señalado por la norma constitucional como podría ser el artículo tercero de nuestra norma constitucional. Además, se establecen mecanismos jurisdiccionales sumarios para proteger dichos derechos, denominados procesos de garantía o garantías constitucionales. Finalmente, y como resultado de todo lo anterior, el principio de preferencia por los derechos fundamentales resulta ser una elaboración obvia.

El resultado lógico que se deduce de lo antes precisado es que los derechos



fundamentales se encuentran por encima de cualquier consideración, constitucionalmente consagrada o no, que no posee rango de derecho fundamental, aun cuando nos encontremos ante un bien constitucionalmente protegido³⁵. Los derechos fundamentales, en principio, no pueden ser desplazados por enunciados que no atribuyan derechos. Ello se traduce además en que dichos derechos básicos no puedan ser compensados a través de ventajas sociales y/o económicas³⁶, por más que las mismas estén conformadas por acceso a servicios públicos. Los límites a los derechos fundamentales en realidad se encuentran al nivel de otras libertades o derechos básicos, determinados previamente por el orden social.

Por otro lado, resulta claro considerar que, una sociedad debe conformarse a partir de un conjunto de instituciones organizadas a partir de ciertos principios que se consideran básicos, los mismos que permiten construir un orden social. Ahora bien, dichos principios deben ser, en primer lugar, inmutables y en todo caso, formalmente inviolables. Y dado que los mismos deben ser aplicables a las personas individualmente consideradas – no a los entes colectivos de derecho público, conformados a su vez por personas naturales –, conforman lo que denominamos derechos fundamentales.

Algunos autores relacionan lo antes indicado con el llamado principio de inviolabilidad de la persona, el mismo que implica la imposibilidad de imponer sacrificios o privaciones a las personas que no redunden en su propio beneficio³⁷. Sin embargo, debemos concordar debidamente dicho principio con el de autonomía, el cual implica que el Estado no debe intervenir en la libre elección del individuo³⁸. Inclusive, el Estado no debería intervenir aun cuando exista – en su opinión – algún beneficio, dado que partimos del supuesto de que el dicho ente no puede conocer mejor que el individuo que es lo que a éste más le conviene³⁹.

A este nivel, la aplicación de los principios económicos antes indicados tiene una importancia capital en la puesta en práctica de la intensa regulación económica que acompaña, por definición, a los servicios públicos. La regulación económica tiene sentido únicamente si los particulares no pueden ponerse de acuerdo, de manera eficiente, por sí mismos. De ello nos ocuparemos en el acápite subsiguiente.

3.3.- La Necesidad pública de la regulación

administrativa

Es necesario, en este orden de ideas, definir límites objetivos al accionar del Estado respecto al control que ejerce sobre la sociedad y la calificación de una actividad como un servicio público. Ronald Coase, a quien ya nos hemos referido, demostró, a través de su famoso teorema, no solo que el contratar cuesta, sino además que, en términos de eficiencia paretiana, el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar – o de ponerse de acuerdo – resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo.

De acuerdo al teorema de Coase, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal que permita la eficiencia social. Por ello, la injerencia estatal se restringe únicamente a la asignación de derechos a través de la norma legal y a la intervención de la Administración Pública y el Poder Judicial a fin de simular la solución a la que llegarían los particulares si es que se pudiesen poner de acuerdo. Ahora bien, en determinadas realidades y en determinados mercados, el Estado tiende a intervenir cuando ello no resulta necesario en términos de eficiencia social, porque el mercado podría permitir a los agentes del mercado llegar a la solución más eficiente. Cuando ello ocurre, se genera ineficiencia social, puesto que los costos que tiene que asumir los agentes en el mercado –consumidores y productores– se elevan indebidamente. Como si ello fuera poco, el costo de organización o costo administrativo –inicialmente imputable al Estado– es en última instancia asumido por la colectividad a través del sistema impositivo.

Pero, por otro lado, la intervención estatal en rubros que objetivamente no le corresponden va a generar, en forma inmediata, un mayor control del Estado sobre dichas actividades, control que puede favorecer a determinadas personas o entidades, sean éstas públicas o privadas. Siendo el Estado quien decide la asignación de recursos –y no el mercado, como debería ocurrir– resulta sencillo que el Estado realice dicha asignación de acuerdo a parámetros establecidos por dicho ente.

Es posible justificar la intervención estatal en diversos rubros a partir de conceptos como la eficiencia paretiana y el teorema de Coase. Pero la intervención estatal más allá de dichos parámetros se justifica únicamente por la necesidad de controlar la sociedad y la economía y poder reasignar recursos a favor de determinadas personas o entidades, sean éstas públicas o privadas.



En este orden de ideas, el concepto de *interés público* debería reformularse⁴⁰. En primer lugar, porque el concepto no se basa en elemento o principio objetivo alguno: es el Estado el que determina, en el momento respectivo, que se considera de interés público y que no. Para ello se basa, en el mejor de los casos, en consideraciones discutibles y que se fundamentan muchas veces en situaciones de conveniencia política. La definición de que asunto es de interés público y cual no lo es, dada la ausencia del criterio objetivo antes precisado, puede caer en la arbitrariedad y permitir ciertas inmunidades al ejercicio del poder político.

Además, la inexistencia de criterios objetivos en los cuales el Estado debería basarse para englobar en su ámbito ciertas actividades o prerrogativas complica en demasía la posibilidad de un control judicial posterior de sus actos, control judicial que es activado por los particulares⁴¹. Ello, máxime si podemos constatar que, en gran parte de las naciones americanas, la posibilidad del control de los denominados *actos de direccionalidad política*, a diferencia del caso europeo, se encuentra muy restringida.

Por otro lado, hemos indicado en párrafos anteriores que el concepto de interés público que se maneja en la actualidad no considera de manera alguna las variables económicas que hemos venido describiendo en el presente trabajo. Es evidente notar que los conceptos de costo social y de utilidad social, de importancia capital en el manejo moderno de los estados - basado en gran medida en la eficiencia administrativa -, se encuentran paradójicamente fuera del esquema tradicional que maneja la doctrina.

El concepto a utilizarse, entonces y que debería reemplazar al que venimos analizando es precisamente el de utilidad social. La utilidad social a su vez se basa en un concepto empleado por la economía moderna, que es de eficiencia social. Es necesario tomar en cuenta, sin embargo, que la mejoría en términos paretianos a veces implica que las personas puedan, racionalmente, admitir una aparente desmejoría en beneficio de una mejoría expectativa. Esta afirmación explica como en ciertos escenarios el particular puede admitir comportamientos redistributivos de naturaleza colectivista⁴².

En otras palabras, y como resultado del razonamiento paretiano, el concepto de la prevalencia del interés público sobre el interés privado, que implica la posibilidad de obtener un supuesto beneficio común perjudicándose

a un particular o a un conjunto de particulares, carecería en los hechos de sustento alguno, dado que semejante situación generaría ineficiencia social. Y es que, cuando una situación es sustituida por otra menos eficiente, se produce inmediatamente el desperdicio de recursos, con el consiguiente perjuicio de toda la colectividad. La ineficiencia social genera pérdida de recursos, los mismos que ya no podrían usarse para otros fines.⁴³

Por otro lado, aun en el caso de los servicios públicos, la existencia de varios productores de un bien o servicio genera, a través de lo que los economistas llaman libre competencia, el control sobre el abastecimiento, el precio y la calidad de los productos que existen en el mercado. Cuando existen varios productores, el afán de lucro del empresario - derivada de su propia racionalidad económica, que implica la búsqueda de maximización de resultados - lo va a obligar a buscar mejorar lo ofrecido por la competencia, a fin que el consumidor lo prefiera antes que a la competencia⁴⁴.

Un ejemplo de la aplicación de los principios antes señalados, en el caso de los servicios públicos, se encuentra relacionado con el servicio de telefonía, en el caso peruano. Cuando existía un solo ofertante del servicio de telecomunicaciones en el país - es decir, un monopolio público - era necesario crear una situación que simulara el efecto que generaría la existencia de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones. Para ello se creó OSIPTEL, entidad estatal encargada de regular temas relativos a las tarifas de telefonía y la calidad del servicio que se presta. La ausencia de competencia en el mercado elevaría en demasía los costos de transacción, impidiendo la contratación.

La existencia de un ente regulador como OSIPTEL implicaría la solución legal que el Teorema de Coase exige. En general, los entes reguladores - a los que hemos hecho referencia con anterioridad - tienen su razón de ser no solamente en la "naturaleza pública" del servicio a prestarse, sino también en la ausencia de competencia efectiva en el mercado. Teóricamente, una vez que la libre competencia se encuentre asegurada, los organismos reguladores deberían, o desaparecer o reducir plausiblemente sus atribuciones. Es más, la existencia de entes reguladores, cuando los mismos no resultan ser intrínsecamente necesarios, contraviene el Teorema de Coase. La existencia de entes reguladores, no obstante que la tarea de regulación puede entregarse al mercado y la tarea de supervisión al consumidor



puede elevar innecesariamente los costos de transacción.

Como resultado de todo lo anteriormente señalado, deberíamos reemplazar el concepto de servicio público por el de servicio socialmente útil o socialmente eficiente. Es decir, un servicio es socialmente eficiente cuando el costo social generado por su desaparición o por una prestación ineficiente del mismo es tan alto que justificaría el costo de la supervisión o regulación del citado servicio. Y esto a su vez justificaría plenamente la naturaleza instrumental de la calificación de una actividad determinada como un “servicio público”.

Asimismo, la calificación de servicio socialmente eficiente está íntimamente relacionada con el hecho que el Estado considera que dejarle a los particulares íntegramente la facultad de explotación libre del servicio podría elevar los costos de transacción, haciendo muy costosa la contratación a ese nivel. Ello justificaría además la existencia de organismos reguladores, ahí donde no hay competencia, así como la existencia de normas legales que regulan la prestación del servicio.

Es decir, no existen servicios públicos *per se*, conceptualizados como tales en su naturaleza, sino más bien actividades que el Estado, en momentos determinados, decide prestar directamente, controlar, supervisar, regular y/o dirigir. La decisión estatal decide su intervención, cuando considera que es necesaria la misma. Intervención que a su vez se encuentra justificada, dada la naturaleza objetiva del concepto a emplearse, en el hecho de que el servicio no pueda prestarse eficientemente sin necesidad de la intervención estatal a través de la regulación económica.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que aplicando nuevamente el Teorema de Coase, queda claro que la intervención estatal se justifica únicamente a falta de la solución de mercado⁴⁵. Por ello, una vez que los mecanismos de mercado se aplican en forma directa, la intervención estatal pierde por completo su razón de ser. Queda claro que no basta la trascendencia social del servicio a prestar. Es esta una condición necesaria, mas no suficiente para justificar el control estatal, en cualquiera de sus formas⁴⁶.

Por otro lado la existencia, en general, de servicios controlados o regulados por el Estado cuando ello no resulta indispensable para asegurar la prestación y eficiencia del

mismo necesariamente genera distorsiones en el mercado⁴⁷. El razonamiento usado para acreditar ello es similar al que se puede emplear cuando demostramos que la existencia de bienes públicos genera distorsiones. Ello ocurre porque cuando el servicio es “público” no obstante la posibilidad de su total privatización genera que no exista manera de impedir que la aparición de personas que se beneficien del servicio a menor costo que el que asignaría el mercado. Tal situación, que aparentemente podría resolverse mediante el sistema impositivo o través de subsidios, genera tarde o temprano la dificultad de proveer el servicio eficientemente.

Asimismo, la existencia de servicios prestados directamente por el Estado permite la presencia de lo que la doctrina norteamericana denomina *freeriders*, personas o conjuntos de personas que deben ser subvencionadas por otras, contra la voluntad de estas últimas y sin que exista una razón objetiva que justifique ello.

La decisión del Estado, por ende, si empleamos los lineamientos que hemos reseñado sucintamente, en cuanto a la determinación de que actividades deberá prestarse directamente, regular o supervisarse, se encontrará basada, ya no en lineamientos subjetivos de interés público, sino en cuestionamientos que tienen que ver con la utilidad y eficiencia social. Ambos son conceptos objetivos que podrían incluso cuestionarse a través de los mecanismos que la Constitución y las leyes establecen para el efecto.

A manera de conclusión

La existencia de diversas teorías respecto al servicio público nos muestran que dicho concepto requiere, para bien del Estado y de los particulares, una revisión. La teoría subjetiva demostró su ineficacia con la decadencia del Estado de Bienestar. A su vez, la teoría objetiva no tenía sustento alguno en la realidad al permitir la existencia de servicios públicos distintos en diversas sociedades. La teoría que resulta más consistente con la realidad, en términos jurídicos y económicos es la teoría denominada funcional, por la cual la declaración de una actividad como servicio público –a fin de asegurar su regulación– proviene del Estado.

Sin embargo, la teoría funcional establece ciertos límites a dicha prerrogativa del Estado. En primer lugar, el principio de legalidad, por el cual solo puede declararse una actividad como servicio público a través de una Ley. En segundo lugar, dicha declaración no debe afectar derechos

fundamentales. Finalmente, debe existir una necesidad pública de la regulación, establecida a través de criterios objetivos, fundamentalmente de naturaleza económica.

Un tema adicional proviene de nuestra concepción de que el concepto de interés público no es consistente, ni con la racionalidad económica de la administración pública, ni con la realidad empíricamente observable. Es claro que la subjetividad de su determinación impide el control del accionar del Estado por parte de los particulares.

A su vez, es necesario reemplazar el concepto de servicio público por el de servicio

socialmente eficiente, basado en los conceptos de eficiencia social. Ello, en absoluta concordancia con la concepción de que la calificación de un servicio como “público” por parte del Estado –la denominada *publicatio*- **posee una naturaleza instrumental. Dicha calificación se encuentra relacionada precisamente con la necesidad o utilidad social de la prestación del servicio y el costo social que originaría su desaparición o la prestación del servicio en forma ineficiente. Sin embargo, la justificación del control o supervisión estatal puede encontrarse únicamente en la imposibilidad del mercado de asegurar la prestación, calidad, y nivel precios del servicio considerado socialmente necesario.**

NOTAS:

- ¹ Diez, Manuel María – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 333.
- ² La sentencia Blanco permitió definir qué derecho debía aplicarse en un problema de responsabilidad estatal en la prestación de un servicio público. El Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad estatal no se rige por las normas del Código Civil sino por las normas administrativas. Agnes Blanco fue una joven que sufrió un accidente producido por una vagoneta que circulaba entre dos edificios en la ciudad de Burdeos. En primer lugar, se determinó que por ser la vagoneta un bien que cumplía un servicio público debía someterse la controversia a la competencia administrativa. En segundo término, y lo que es más importante, se determinó la directa responsabilidad del Estado en los daños causados a la joven en mención. Vidal Perdomo, Jaime – Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, 1997, p. 229. Y es que la concepción francesa a este nivel implicó la determinación de la responsabilidad administrativa sobre bases distintas a las del derecho civil, incorporando en dicha responsabilidad la noción de servicio público en forma directa. Ortega, Luis – “La Responsabilidad Civil de la Administración Pública”. En: Themis N° 32, 1995, p. 18.
- ³ Diez, Manuel María – Op. cit., p. 334. Kresalja, Baldo, - “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”. En: Themis N° 39. Lima, PUCP, 1999, p. 40.
- ⁴ Sobre el particular: De Val Pardo, Isabel. Administración de Entidades Públicas. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1999, pp. 49-51
- ⁵ Es evidente que la razón por la cual las empresas privadas pretenden obtener ganancias como finalidad intrínseca de las mismas (sino, no serían empresas) es la propia necesidad o afán de lucro de sus dueños.
- ⁶ Al respecto: Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- El Nuevo Servicio Público. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997, pp. 112 y ss. Es posible justificar también la ineficiencia de las empresas públicas a través del Teorema de Coase, al que hacemos referencia en el texto en repetidas oportunidades. La acumulación de funciones en el estado generó que este se administrara en forma ineficiente. Dicha administración ineficiente, es claro, no se restringía únicamente a la que se realizaba sobre entidades públicas, sino que también afectaba a las entidades de derecho privado que eran de propiedad del Estado. Finalmente, encontramos la razón de la tantas veces citada ineficiencia pública en la necesaria rigidez y formalidad del funcionamiento del Estado en general. Dicha rigidez impide que las empresas del Estado se adapten rápidamente a la vertiginosa variación de los mecanismos empresariales derivada del progreso económico y tecnológico en todo el Mundo.
- ⁷ Kresalja, Baldo - Op. cit., p. 55.
- ⁸ De Val Pardo, Isabel - Op. Cit., pp. 90 y ss. Sin embargo debemos señalar, al contrario de lo que señala la autora, que no es posible que la Administración pública, en términos de servicios públicos, pueda funcionar adecuadamente sin privatizar los mismos. Tal como lo hemos precisado, la ineficiencia de las empresas públicas resulta ser, en principio, consustancial a ellas.
- ⁹ Dromi, Roberto – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad argentina, 2000, p. 627.
- ¹⁰ Linares, Juan Francisco – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 512
- ¹¹ Serra Rojas, Andrés – Derecho Administrativo. México, Lib. de M. Porrúa, 1965, p. 122.
- ¹² Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 25.
- ¹³ Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 22.
- ¹⁴ Locke, John – Ensayo sobre el Gobierno Civil. Barcelona, Ediciones Orbis, S.A., 1983, p. 90.
- ¹⁵ Hobbes, Thomas – Leviatán. Madrid, Sarpe, 1984, pp. 181 y ss.
- ¹⁶ La idea de que los derechos de los particulares se transfieren no a un tercero, sino a la colectividad en su conjunto no surge de las ideas de Locke, sino más bien de las de Spinoza, quien señalaba que “se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad sin que ello contradiga al derecho natural, a condición de que cada uno transfiera a la sociedad todo el derecho que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por miedo al máximo suplicio”. Spinoza, Baruch - Tratado Teológico Político, XVI; traducción de A. Domínguez, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 338. La sociedad a la que hace referencia Spinoza equivale pues a la Sociedad Civil señalada por Locke en su tratado. Sin embargo, Spinoza falleció antes de poder explicitar como esta Sociedad gozaría de mecanismos democráticos para la determinación de los gobernantes. Por ello distintos intérpretes han señalado, quizás erróneamente, que las formulaciones de Spinoza hacen pensar claramente más en Rousseau que en cualquier otro autor. Ello pues Locke explicita claramente el origen popular y democrático del órgano legislativo.
- ¹⁷ Locke, John - Op. cit., p. 91.
- ¹⁸ Locke, John - Op. cit., p. 143.
- ¹⁹ “No solamente es el poder legislativo el poder máximo en aquellas manos en la comunidad lo situó una vez. Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma en que lo esté y cualquiera sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo”. *Ibid.*, p. 134.
- ²⁰ Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 136.
- ²¹ En la jurisprudencia norteamericana se conocen varios casos muy importantes en los cuales queda clara la aplicación del principio enunciado. En la mayoría de los casos, el criterio empleado es el de la prevalencia de los derechos constitucionalmente consagrados incluso sobre principios aceptados por la colectividad, como pueden ser el orden público o las buenas costumbres. Ahora bien, la propia Constitución Peruana en su artículo 1° establece claramente el principio que venimos reseñando, al establecer que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*.
- ²² Un tratamiento amplio del tema podemos encontrarlo en: Siegan, Bernard – Reforma Constitucional. Lima, CITELE, 1993, pp. 53 y ss. Respecto a la aplicación del principio de preferencia por los derechos fundamentales a la interpretación constitucional: García Belaunde, Domingo – “La Interpretación Constitucional como problema”. En Pensamiento Constitucional. Lima, PUCP, 1994, pp. 31-32.



- ²³ Siegan, Bernard – Op. Cit., loc. Cit.
- ²⁴ Berns, Laurence – Thomas Hobbes. En: Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comp.) *Historia de la Filosofía Política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 382.
- ²⁵ Strauss, Leo y Cropsey, Joseph – Op. Cit., pp. 452 y ss. Es necesario precisar que cuando nos referimos a propiedad en la Locke estamos refiriendo en realidad a diversos derechos de la persona humana necesarios para la vida en sociedad.
- ²⁶ Touchard, James – *Historia de las Ideas Políticas*. Madrid, Tecnos, 1963, p. 295. Locke explicita la naturaleza de un pacto en el cual el Gobierno no es dueño de los derechos transferidos, sino más bien mero administrador de los mismos. Como evidente resultado, es posible reconocer el derecho de los gobernados de sublevarse si es que el poder perjudica a los mismos. Dicho derecho de insurgencia no estaba señalado de manera alguna, por ejemplo, en la literatura hobbesiana.
- ²⁷ Según Kant, no importa con cuánta inteligencia actúe el individuo, los resultados de las acciones humanas están sujetos a accidentes y circunstancias; por lo tanto, la moralidad de un acto no tiene que ser juzgada por sus consecuencias sino sólo por su motivación ética. Sólo en la intención radica lo bueno, ya que es la que hace que una persona obre, no a partir de la inclinación, sino desde la obligación, que está basada en un principio general que es el bien en sí mismo. Como principio moral último, Kant volvió a plantear el término medio en una forma lógica: “Obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”. Esta regla es denominada imperativo categórico, porque es general y a la vez encierra un mandato. Kant insistió en que uno ha de tratar a los demás como si fueran “en cada caso un fin, y nunca sólo un medio”.
- ²⁸ Kant, Immanuel – *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. México, Porrúa, 1975, p. 45 y ss.
- ²⁹ Torres López, Juan - “Análisis Económico del Derecho”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 30-31. Es necesario señalar que la racionalidad económica del hombre es aplicable también a otras líneas de su comportamiento, como lo han señalado teóricos como James Buchanan o Gary Becker.
- ³⁰ Buchanan, James y Tullock, Gordon – *El Cálculo del Consenso*. Madrid, Espasa Calpe, 1980, p. 39.
- ³¹ Sobre el particular: Calabresi, Guido y Melamed, Douglas – “Reglas de la Propiedad, Reglas de la responsabilidad e inalienabilidad, Un Vistazo a la Catedral”. En: *Themis* N° 21. Lima, PUCP, p. 63 y ss.
- ³² Cuando se habla de eficiencia social, y así será en el presente trabajo, nos referimos a la definición paretiana del término. Wilfredo Pareto, economista italiano, define la “mejora en el bienestar social” como una situación que se genera si no se reduce el bienestar individual y por lo menos mejora un individuo. El criterio, basado en el axioma del “hombre económico”, se funda en que el individuo es el mejor determinante de su propio bienestar y que la sumatoria del bienestar de todos genera el de la sociedad en su conjunto. Una situación, hecho o política determinada es eficiente si como resultado de la misma se obtiene una mejora en el bienestar social. La concatenación de situaciones eficientes, que conducen al grado máximo de eficiencia, genera el llamado óptimo de Pareto, situación que se genera cuando ninguna persona puede mejorar sin que se perjudique a alguna otra. Sobre el particular: TORRES LOPEZ, Juan – Op. cit., pp. 32-33. Para una explicación matemático-técnica de la eficiencia paretiana: Kafka, Folke - *Teoría Económica*. Lima, Universidad del Pacífico, 1981, pp. 740 y ss. Por otro lado, una interesante descripción de los principios paretianos aplicables a la elección constitucional puede encontrarse en: Buchanan, James y Tullock, Gordon – Op. cit., pp. 206 y ss.
- ³³ Al respecto: Torres López, Juan - Op cit, pp. 50 y ss. Polinsky, Michell - “An Introduction to Law and Economics”. Boston, Little Brown and Company, 1983, pp. 23-26. Posner, Richard A. - *El Análisis económico del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 15-16.
- ³⁴ Es necesario señalar que desde la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – que fuera ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE -, los tratados internacionales se incorporan automáticamente al derecho interno de las naciones que intervienen en el mismo. Ello ocurre puesto que la Convención específica, en su artículo 27, que ninguna parte (de un tratado) puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesiva jurisprudencia ha hecho evidente aplicación de estos principios, la aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos en vez de la normatividad interna del país que hubiere sido demandado ante ella.
- ³⁵ Sobre el particular: Laporta, Francisco – “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: *Doxa* N° 4, 1987, pp. 36 y ss. Ahora bien, tribunales constitucionales europeos, en particular el español, aun mantienen la tendencia a considerar como válidas las limitaciones a derechos fundamentales que se encuentren amparadas en bienes constitucionalmente protegidos (orden público, seguridad nacional, bien común). En puridad, la única limitación lícita que un derecho fundamental podría admitir es la que genera otro derecho fundamental.
- ³⁶ Rawls, John – *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 67-69.
- ³⁷ Nino, Carlos – *Ética y Derechos Humanos*. Un ensayo de fundamentación. Barcelona, Ariel, 1989, p. 239.
- ³⁸ *Ibid.*, p. 204-205.
- ³⁹ Evidentemente, existen claras excepciones a esta consideración, derivadas de evidentes limitaciones de la persona que no permiten una elección totalmente racional. Ejemplo de ello son los incapaces.
- ⁴⁰ Sobre el particular: Guzmán Napurí, Christian - “Acerca de los conceptos de servicio público e interés público. Un boceto de análisis económico de los mismos”. En: *Normas Legales*, Tomo N° 292, setiembre de 2000, pp: A-93 a A-102.
- ⁴¹ El control que debe existir entre electores y el Estado se justifica plenamente dada la constatación, en la teoría y empíricamente, que no basta con los controles al interior del estado (sean intraórganos o interórganos) para evitar que éste degenera en el llamado “Estado Leviatán”. Ello, dado que los gobiernos se encuentran conformados por personas que buscan maximizar su utilidad, estos procurarán, ante la ausencia de controles efectivos, elevar su cuota de poder. Al respecto: Buchanan, James - “From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice”. En: *The Economics of Politics*. Londres, IEA, 1978, p. 18. Lo que ocurre en realidad es que la democracia representativa encuentra su justificación en el hecho que las personas que fueron elegidas deban, al tomar una decisión política, “simular” la determinación a la que habrían llegado los particulares de haberse podido poner de acuerdo. En consecuencia, las normas legales que organizan el Estado, que generalmente parten de la Norma Constitucional de los mismos, pretenden que las decisiones estatales se tomen de manera que asemejen lo más posible la determinación a la que hemos hecho referencia. No obstante lo anteriormente expuesto, por diversas circunstancias, entre las cuales sin duda encontramos las de un inadecuado diseño institucional o la de la ausencia de una tradición democrática (situación desafortunadamente muy frecuente países como los latinoamericanos), la elección mediante sufragio y el control al interior del Estado, no bastan en forma alguna para que la simulación antes señalada se cumpla a cabalidad y la decisión de la autoridad política no se asemeje siquiera a la postura que en su caso asumiría el electorado. Por ello, resulta indispensable el establecimiento de mecanismos que permitan corregir esa situación, permitiendo así que el electorado pueda controlar directa o indirectamente, por lo menos parte de la decisión política que se tome. Al respecto Guzmán Napurí, Christian, - “Una Aproximación a la Aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho Constitucional”. En: *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, PUCP, N° 15, 2000. Op. Cit., pp. 117 y ss.
- ⁴² Buchanan, James y Tullock, Gordon - Op. Cit. pp. 228-229. No obstante ello, y contrariamente a lo que pueda pensarse, los regímenes impositivos de naturaleza tributaria no forman parte del razonamiento antes precisado. Ello porque el ciudadano común y corriente, considera los tributos no como una carga redistributiva necesariamente, sino más bien como la contraprestación que el Estado exige como resultado de la administración que el mismo realiza. A su vez, la racionalidad del individuo impone un límite a dicha consideración, dado que una vez que el Estado traspone dicho límite, la presión tributaria es necesariamente considerada injusta.
- ⁴³ Kafka, Folke - Op. Cit. p. 662.
- ⁴⁴ Debemos diferenciar claramente dos conceptos. Uno es el de libre competencia, otro el de libre concurrencia. La libre concurrencia implica la posibilidad de existencia de diversos productores de un mismo bien o servicio, pero no asegura la materialización de dicha existencia. Es en consecuencia una situación formal, que deberá estar asegurada por el ordenamiento jurídico. La libre competencia implica, necesariamente, la coexistencia efectiva de dichos diversos productores de un bien o servicios determinado. Implica entonces una constatación fáctica, real. El concepto de libre competencia es más bien económico y no jurídico.
- ⁴⁵ Debe quedar claro que, el Teorema de Coase nos dice que cuando los costos de transacción son muy reducidos, la asignación de derechos inicial no tiene importancia en términos de eficiencia. Sin embargo, puede resultar medular en términos redistributivos. Si asumimos que redistribuir no cuesta, notaremos que los Gobiernos emplean la asignación de derechos para favorecer a determinados sectores de la sociedad, animados también por consideraciones de “justicia” o “bien social”. Sin embargo, en la práctica redistribuir sí cuesta, en especial si se realiza empleando el sistema tributario o los subsidios dirigidos. Polinsky, Michell - Op. Cit., pp. 123, 124.
- ⁴⁶ En la misma línea de pensamiento: Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 88.
- ⁴⁷ Kafka, Folke - Op. Cit. p. 671.

La sujeción pasiva en la relación jurídica tributaria y la capacidad de pago

Carmen del Pilar Robles Moreno

Profesora de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Mary Ann Gamarra Bellido

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

Sumario: I.- Introducción II.- La relación jurídico tributaria III.- Sujeto Pasivo: Contribuyente, Responsable, Responsable solidario, Responsable sustituto, Responsable subsidiario IV.- Capacidad jurídica y capacidad tributaria V.- Capacidad contributiva VI.- Consideraciones sobre la capacidad contributiva en el impuesto a la renta VII.- Capacidad de pago.

I.- Introducción

El presente artículo pretende identificar al sujeto pasivo en la relación jurídico tributaria, así como determinar su rol dependiendo de la posición que este ocupa, sea como contribuyente o responsable.

Además, busca explicar, que no basta la capacidad jurídico tributaria y contributiva del sujeto pasivo, para que éste cumpla con su obligación tributaria, sino hay que analizar si éste se encuentra en verdadera capacidad de pago, pues por factores de índole social y económico, por más que un sujeto esté dispuesto a pagar su deuda, puede no contar con los recursos para hacerlo. Ya que, si bien es cierto, el principio sobre el que se apoya la aplicación de tributos es el de capacidad contributiva, entendida esta como capacidad económica, y no el de capacidad de pago, en necesario que reflexionemos sobre las diferencias y consecuencias de estos dos conceptos, por un lado la capacidad contributiva entendida como la aptitud económica que tienen las personas y empresas para asumir las cargas tributarias, y la capacidad de pago, entendida como la liquidez real que tiene el sujeto pasivo para cumplir con la prestación tributaria dentro del plazo de ley.

En este sentido, se debe tener presente que, la capacidad contributiva impone respetar los niveles económicos mínimos, calificar como hipótesis de incidencia circunstancias adecuadas y cuantificar las obligaciones tributarias sin exceder la verdadera capacidad de pago del sujeto pasivo de la obligación tributaria. Es por ello que, la medición adecuada de la capacidad contributiva requiere la necesidad de establecer un índice objetivo de igualdad o desigualdad para alcanzar una estructura fiscal equitativa a

través de los diversos impuestos que los contenga.

Por otro lado, si dentro de un sistema jurídico tributario, existe la creencia general de que los tributos no son equitativos, la consecuencia inmediata será un alto grado de evasión. Esta evasión fiscal produce una desigualdad en contribuyentes con igual capacidad contributiva, es decir, se produce un deterioro del principio de equidad entre los que cumplen con la ley tributaria y aquellos que no la cumplen.

II.- La relación jurídico tributaria

La relación tributaria es el nexo o vínculo que existe entre el deudor tributario y el acreedor tributario. Esta relación ha pasado por diferentes etapas de evolución, desde una relación de poder entre el Estado y el contribuyente, donde el primero gozaba de todos los derechos mientras que el segundo tenía la carga de las obligaciones y deberes. Hasta lo que hoy conocemos como una relación o vínculo de carácter jurídico, pues el Estado es titular no sólo de derechos sino también de obligaciones, y ante cualquier exceso o perjuicio al contribuyente, éste se encuentra amparado por la Constitución¹, la ley² y el Poder Judicial³.

Así tenemos que la relación jurídica tributaria va más allá de la obligación de dar, también envuelven otras obligaciones de naturaleza independientes a la prestación tributaria que consiste en el pago de la deuda tributaria. Así, la expresión "obligación tributaria" debería quedar reservada para las prestaciones consistentes en el pago de un tributo, pues en los demás casos lo que en realidad existe son deberes formales tributarios que carecen de contenido patrimonial o que cuentan con un contenido económico escaso"⁴. Estos constituyen los deberes formales de



hacer o no hacer.

No obstante ello, el Código Tributario vigente, en el artículo 87 tiene como título "Obligaciones de los deudores tributarios", señalándose en el que "Los deudores tributarios están obligados a facilitar las labores de fiscalización y determinación que realice la Administración Tributaria..." a continuación el legislador indica cuales son los deberes formales de los deudores tributarios, entre ellos el de inscribirse en el registro de la Administración, el de acreditar esta inscripción, el emitir comprobantes de pago en los casos previstos en la ley, y el de permitir el control por la administración, entre otros, así pues, el legislador denomina obligaciones tributarias a los deberes formales.

En este sentido, veamos como define el actual Código Tributario a la "Obligación Tributaria", precisa el artículo 1 que "La Obligación tributaria, que es de derecho público, es el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente"⁵.

Por su parte, el Modelo de Código Tributario para América Latina (para efectos de este trabajo MCTAL), señala en su artículo 18 que "La obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley. Constituye un vínculo de carácter personal aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios". En este sentido, como bien señala la exposición de motivos de este artículo, con esta disposición se pone de relieve el carácter personal de la obligación tributaria, independientemente de las garantías que se otorguen para asegurar su cobro.

El Modelo de Código Tributario del CIAT⁶, precisa en este mismo sentido que⁷ "La Obligación tributaria surge entre el Estado y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley. Constituye un vínculo de carácter personal aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales". De la misma forma que el MCTAL, se establece en forma explícita la naturaleza jurídica de la obligación tributaria y se le caracteriza como una obligación legal y personal.

Así tenemos que, la relación jurídica tri-

butaria está constituida por un lado, por el sujeto activo o acreedor tributario, y por otro lado, por el sujeto pasivo o deudor tributario de la obligación tributaria (elemento subjetivo de la relación). También presenta como otros dos elementos, el objeto (que es el acto de dar o entregar dinero) y la causa (conformada por el vínculo surgido entre el acreedor y el deudor tributario).⁸

III.- Sujeto Pasivo

Como es de nuestro conocimiento, el sujeto pasivo forma parte de la relación jurídica tributaria, y por lo tanto, es "aquella persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable".⁹ Esta definición es similar a la contenida en el primer Código Tributario del Perú, aprobado mediante el Decreto Supremo 263-H del 12 de agosto de 1996, en cuyo artículo tercero se estableció que "Es deudor tributario la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable".

Se deduce de la definición de deudor tributario, que el sujeto pasivo puede ser una persona natural o jurídica, no obstante ello, existen casos en los que el legislador considera como persona jurídica a entes que carecen de personalidad jurídica, como aquellos contenidos en el inciso k) del artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta, donde se consideran como personas jurídicas para efectos de esa ley a las sociedades irregulares previstas en el artículo 423 de la Ley General de Sociedades, a la comunidad de bienes, a los joint ventures, los consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente¹⁰.

Por otro lado, como sabemos, el cumplimiento de la prestación tributaria no es otra cosa que el objeto de la relación jurídica tributaria, esto es, el acto de dar o entregar una suma en dinero o en especie¹¹ al acreedor tributario.

En este orden de ideas, el sujeto pasivo de la relación jurídico tributario puede clasificarse en i) contribuyente, quien es deudor por cuenta propia; y ii) responsable, quien es deudor por cuenta ajena.

Como hemos podido apreciar, nuestro Código Tributario al tratar el tema de la sujeción pasiva de la obligación tributaria, denomina a este "Deudor Tributario" al establecer en el artículo 7 que "Deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la pres-



tación tributaria como contribuyente o como responsable”.

Por su parte, el MCTAL señala en el artículo 22 que “Es sujeto pasivo la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable”; y en la exposición de motivos de este artículo, el legislador ha precisado que la expresión responsables tiene una significación amplia e incluye a diversos tipos de responsabilidad por deuda ajena. También se indica que la terminología utilizada es convencional, en tanto, desde el punto de vista jurídico, todos los responsables (contribuyentes y responsables), unos por cuenta o deuda propia, y otros por cuenta o deuda ajena.

A diferencia del MCTAL, el Modelo de Código Tributario del CIAT establece en el artículo 18 que “sujeto pasivo de la obligación tributaria es la persona natural o jurídica que debe cumplirla, sea en calidad de contribuyente, directo o sustituto, o tercero responsable. Tendrán también la condición de sujetos pasivos, en las leyes tributarias e que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptible de tributación”,

Sobre este artículo, hacemos dos comentarios:

El primero, a diferencia del MCTAL, este Modelo del CIAT adopta un criterio de clasificación tripartita de los sujetos pasivos: i) contribuyente directo, ii) contribuyente sustituto, y iii) tercero responsable.

Así, se indica en el comentario a este artículo ya que tanto en doctrina como en el derecho positivo, la clasificación y la denominación de los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias son dos de los aspectos menos coincidentes. Por ello, el Código Modelo del CIAT opta por una clasificación que pretende diferenciar tres situaciones distintas de los sujetos pasivos: i) la de aquellos sujetos respecto de los cuales se produce el hecho generador de la obligación tributaria, ii) la de aquellos sujetos que participan de alguna forma en el hecho generador de la obligación tributaria o que pueden asegurar el tributo generado por futuros hechos y, iii) la de aquellos sujetos obligados que son diferentes del contribuyente, no obstante ello, se encuentran designados

por la ley, para que respondan solidariamente con el contribuyente por el cumplimiento de la obligación tributaria, en razón de tener algún tipo de vínculo con el hecho generador de la obligación tributaria, o de representación o sucesión con el contribuyente directo

El segundo comentario que nos merece consiste en el reconocimiento expreso a la posibilidad de que presenten la condición de sujetos pasivos, entidades que sin tener o gozar de personalidad jurídica, sean consideradas como tal en razón de una ley. Veamos, nuestro Código Tributario precisa que el deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable. La persona tendría que ser natural o Jurídica, pero como hemos visto el caso de las comunidades de bienes, consorcios, joint ventures y otros contratos de colaboración empresarial son sujetos pasivos sin tener personería jurídica¹².

Contribuyente

El Modelo de Código Tributario para América Latina, preparado para el programa conjunto de Tributación OEA/BID establece en su artículo 24 que “son contribuyentes las personas respecto de las cuales se verifica el hecho generador de la obligación tributaria, y que dicha condición de contribuyente puede recaer en 1) Las personas físicas, prescindiendo de su capacidad según el derecho privado, 2) Las personas jurídicas y en los demás entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyan calidad de sujeto de derecho, y 3) Las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional”

Así el MCTAL considera contribuyentes a las personas a cuyo respecto se verifica el hecho generador de la obligación tributaria, estas personas pueden ser físicas a quienes conocemos como personas naturales, personas jurídicas a entes colectivos reconocidos por otras ramas del derecho, y también entidades que constituyan una unidad económica, que dispongan de patrimonio propio y tengan autonomía funcional; además en todos estos casos se trata de sujeción pasiva por cuenta propia.

En nuestra legislación, el Primer Código Tributario¹³ definió al contribuyente en su artículo cuarto de la siguiente manera “son contribuyentes las personas naturales o jurídicas y entidades que tengan patrimonio, ejerzan activi-



dades económicas o hagan uso de un derecho que conforme a ley, genere la obligación tributaria". Evidentemente el legislador se inspiró en el artículo 24 del MCTAL pero intentó su original y propia definición de contribuyente.

Nuestro Código Tributario vigente establece que "El contribuyente es aquel que realiza o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria"¹⁴.

Por su parte el Modelo de Código Tributario del CIAT define en los artículos 19 y 20 al contribuyente directo y al contribuyente sustituto, de la siguiente manera: "Contribuyente directo es el sujeto pasivo respecto del cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria"¹⁵. Esta es una definición similar a la adoptada por nuestro Código Tributario, conocido en doctrina como el responsable por deuda propia.

Pero veamos el contenido del artículo 20: "Son contribuyentes sustitutos, quienes sean designados en los términos de este artículo para retener o percibir tributos del contribuyente directo. El contribuyente sustituto es el único responsable ante el Fisco por el importe que debe retener o percibir. De no realizar la retención o percepción, sin perjuicio de hacerse pasible de las sanciones previstas en este Código, deberá ingresar el importe de las retenciones o percepciones omitidas, más los accesorios a ellas correspondientes. Sin embargo, cuando la retención o percepción tenga el carácter de pago a cuenta del tributo, no operará la sustitución tributaria, considerándose al agente retenedor o preceptor como tercero responsable..."

De esta forma, el contribuyente sustituto, de acuerdo al Modelo del CIAT, abarcará a aquellas personas que participan en situaciones que configuran el hecho generador del tributo o que podrían asegurar al Fisco la recaudación del mismo, generado por situaciones de hechos futuros del contribuyente. Sobre esto, hay que tener presente que se está diferenciando la situación de quienes actúen como agentes de retención o percepción, dependiendo que éste tenga el carácter de pago definitivo o a cuenta del tributo. En el primer caso, si el agente de retención o percepción debe retener o percibir una determinada cantidad para luego entregarla al Fisco en calidad de pago definitivo el tributo, operará la sustitución tributaria y califica el agente retenedor o preceptor del tributo como "contribuyente sustituto", en el segundo caso, si la cantidad

retenida o percibida, luego será entregada al Fisco con carácter de pago a cuenta de un determinado tributo, el agente¹⁶ calificará como un tercero responsable.

El contribuyente es el destinatario legal del tributo, en otras palabras, es el titular del hecho imponible, es aquel deudor que por cuenta propia causa el hecho imponible y está obligado al pago del tributo. Según Eduardo Sotelo¹⁷, es aquel que con su acción ejecuta lo establecido en el aspecto material de la hipótesis de incidencia tributaria. En nuestro Código Tributario solo existe la figura del contribuyente directo, no del contribuyente sustituto como si se establece en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario del CIAT, que recoge la postura de la doctrina que señala que el deudor del impuesto es en primer lugar el contribuyente, quien puede ser reemplazado por un tercero denominado sustituto, el cual por disposición legal se integra a la condición de deudor originario., ofreciendo de esta manera el sujeto pasivo dos modalidades, la de contribuyente y la de sustituto.

Responsable

La doctrina y la legislación contemplan la intervención de otro sujeto que no es el contribuyente para que satisfaga la prestación tributaria, a pesar de que éste no realice el hecho imponible o que sobre él no se verifique la hipótesis de incidencia establecida como generadora de la obligación tributaria.

Hay unánime acuerdo en que la característica esencial del sujeto pasivo es la de estar siempre obligado a cumplir las obligaciones que la ley le impone, sin importar a qué título lo está. Como señala el profesor Ramón Valdez Costa¹⁸ en una terminología convencional las normas las denominan como contribuyentes y responsables, término (responsable) este último susceptible de crítica, pues es indiscutible que el contribuyente también es responsable, siendo el único elemento diferenciador de ambas especies (contribuyente y responsable) la naturaleza de la responsabilidad, el contribuyente es responsable por una deuda propia, el responsable lo es por una deuda ajena. Y es, justamente de esta diferencia que resulta una consecuencia considera fundamental, el contribuyente es el deudor que desde un punto de vista jurídico debe soportar la carga del tributo, y el responsable tendrá siempre el derecho esencial al resarcimiento por cualquiera de los medios jurídicos establecidos para

ello, obviamente sin necesidad que la norma tributaria lo establezca.

El primer Código Tributario peruano del año 1966 señalado anteriormente, precisó en el artículo 5 que “son responsables las personas que, sin tener la condición de contribuyentes, deben cumplir la obligación tributaria por disposición expresa de la Ley”.

Han transcurrido 34 años de la dación de este primer Código Tributario, veamos cual es la definición de contribuyente recogida por el Código Tributario vigente el artículo 9: “responsable es aquel que, sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a éste”.

Similar es el contenido del artículo 27 del MCTAL cuando indica que “responsables son las personas que sin tener el carácter de contribuyentes deben, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éstos”, esta referencia de responsabilidad alude a aquellos que pueden serlo por representación, por sucesión, por su vinculación con el hecho imponible y con el contribuyente en razón del oficio o actividad.

De la definición adoptada por nuestro legislador, resulta evidente que el responsable es persona distinta al contribuyente, con el cual tiene una vinculación que le permite hacer efectivo su derecho de resarcimiento, como hemos indicado anteriormente, ya sea por el derecho de percepción, retención, repetición, o cualquier otro derecho. Así la relación del responsable con el fisco se rige por el derecho tributario, mientras que la relación de este con el contribuyente¹⁹ por el derecho privado.

El Modelo de Código Tributario del CIAT, como hemos indicado diferencia dentro de la sujeción pasiva al contribuyente directo y al contribuyente sustituto, y en ese sentido el artículo 21 establece que “Terceros responsables son quienes sin tener el carácter de contribuyente deben, por disposición expresa de la ley o de norma generalmente administrativa en el caso de los agentes de retención o percepción a que se refiere el párrafo tercero del artículo 20²⁰ de este Código, cumplir con obligaciones tributarias materiales y formales atribuidas a éstos”.

Por otro lado, debemos precisar que, de acuerdo a la posición que los responsables asuman respecto del contribuyente y del acreedor tributario, la doctrina reconoce tres tipos de res-

ponsables: el solidario, el subsidiario y el sustituto.

Responsable solidario

Como hemos advertido, la existencia de un sujeto responsable tiene explicación por la intervención de otro sujeto que no es el contribuyente, esto nos indica ya que estamos ante una situación de pluralidad de deudores, sean varios contribuyentes, o un contribuyente y un responsable. En este caso el responsable, a pesar de que no realice el hecho imponible o que sobre él no se verifique la hipótesis de incidencia establecida como generadora de la obligación tributaria, se encuentra obligado al cumplimiento de la prestación tributaria.

En materia civil²¹ existen cuatro categorías de obligaciones: i) divisibles, ii) indivisibles, iii) mancomunadas y iv) solidarias.

Las obligaciones divisibles e indivisibles se determinan por la naturaleza de la prestación, y sus características son las siguientes: i) Obligaciones Divisibles: 1.- El crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, considerándose los créditos y las deudas distintos e independientes unos de los otros²²; 2.- cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, y cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar parte de su deuda²³; ii) Obligaciones Indivisibles: La obligación es indivisible cuando la prestación, por su naturaleza, por el pacto o por mandato de la Ley, no es susceptible de dividirse²⁴, lo que generalmente se da en estos casos, es que existe prestación “única”, con una pluralidad de sujetos activos o pasivos que deben cumplir en solución única; por otro lado, existe un solo derecho de crédito y una sola deuda, por lo que, cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación²⁵.

Por su parte, las obligaciones mancomunadas y solidarias se determinan por la forma en que se obligan los deudores, y sus características son las siguientes: i) Obligaciones Mancomunadas: Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles, de acuerdo al Código Civil, la regla general es la división de la deuda entre quienes se obligan conjuntamente o, la división del crédito entre los coacreedores, en este sentido, cada codeudor de una obligación mancomunada está obligado únicamente a pagar su parte, y cada



acreedor a exigir su parte; ii) Las obligaciones solidarias: La solidaridad constituye una excepción al Derecho común, la solidaridad no se presume, ya que, sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa²⁶, por otro lado, existe unidad de prestación (al igual que en la indivisibilidad), pero con idéntico contenido hay una pluralidad de derechos de crédito o de deudas, según se trate de solidaridad activa o pasiva. Asimismo, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores o entre los acreedores, finalmente, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente²⁷.

En este orden de ideas, y como veremos en los párrafos siguientes, el legislador ha optado por regular para en derecho tributario la responsabilidad solidaria, dejando a un lado la responsabilidad mancomunada, pese a que tratándose de la obligación tributaria, esta por su naturaleza es divisible y se le pudieran aplicar las reglas de las obligaciones mancomunadas.

En este sentido, el responsable solidario es el deudor tributario por cuenta ajena que se encuentra obligado a cumplir con la prestación "al lado de" el contribuyente. La particularidad de este tipo de responsabilidad consiste en que no se excluye al contribuyente como deudor tributario.

Es el caso de los sujetos mencionados en el artículo 18 del Código Tributario. El responsable solidario, por disposición de la ley, se encuentra en la misma posición que el contribuyente, teniendo como obligación, pagar el íntegro de la deuda tributaria. La Administración Tributaria puede dirigirse indistintamente tanto al responsable como al contribuyente, pues sobre ellos recae el mismo grado de exigibilidad.

El MCTAL trata el tema de la responsabilidad solidaria en los artículos 28 y 29. Específicamente el artículo 28 regula la responsabilidad solidaria por representación, señalando entre ellos, a los padres, tutores, curadores de los incapaces, a los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida, a los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personalidad jurídica, a los mandatarios respecto de los bienes que administren y dispongan, entre otros. Se precisa asimismo que esta responsabilidad se limita al valor de

los bienes que se administren, a menos que los representantes hubieran actuado con dolo. Finalmente, se indica que la responsabilidad solidaria no se hará efectiva si ellos hubieran procedido con la debida diligencia.

A diferencia del MCTAL, el Modelo de Código Tributario del CIAT en el artículo 23 establece cuales son los efectos de la solidaridad:

- a) La obligación puede ser exigida total o parcialmente a cualquiera de los deudores a elección del sujeto activo,
- b) El pago efectuado por uno de los deudores libera a los demás,
- c) El cumplimiento de un deber formal por parte de uno de los obligados libera a los demás,
- d) La exención o remisión de la obligación libera a todos los deudores, salvo que el beneficio haya sido concedido a determinada persona. En este caso el sujeto activo podrá exigir el cumplimiento a los demás con deducción de la parte proporcional del beneficiado.
- e) Cualquier interrupción o suspensión de la prescripción o de la caducidad, en favor o en contra de uno de los deudores, favorece o perjudica a los demás.

Entendemos que este artículo ha enumerado las consecuencias de la solidaridad como consecuencia de las experiencias recogidas en la generalidad de las legislaciones tributarias de América Latina.

El artículo 24 del Código del CIAT, en relación al artículo 28 del MCTAL que trata la responsabilidad solidaria por representación, es bastante similar a este, ya que se establece que las personas responderán solidariamente con el contribuyente, en razón de la representación que el artículo les atribuye, y que la atribución del carácter de representante se efectúa por la existencia de vínculos jurídicos formales con el contribuyente o por situaciones de hecho que implican el poder de disposición de sus bienes.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 24 del Modelo del CIAT tiene un párrafo final en el cual se establece que "la extinción de la representación o del poder de disposición no afectará a la responsabilidad correspondiente al período en que existía la representación o el poder de disposición".



Consideramos que nuestro Código Tributario debería precisar los efectos de la responsabilidad solidaria, de tal manera que, se encuentre claramente regulada la “responsabilidad” en materia tributaria con las características propias del Derecho Tributario, de tal manera que, se evite la necesidad de recurrir a las normas del Código Civil en materia de responsabilidad.

Haremos algunos comentarios breves en relación a la forma en la cual nuestro Código Tributario ha tratado el tema de la Responsabilidad de los Representantes. Como sabemos, los representantes pueden ser legales o convencionales, y el fundamento de la responsabilidad en el caso de los representantes esta relacionado con el deber de todo sujeto que represente a otro, de dar cumplimiento a las obligaciones de sus representados, sea que por ley o contrato se ha puesto a su cargo. En este sentido, el artículo 16 del Código Tributario establece la presunción de responsabilidad solidaria cuando existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades en los casos establecidos en ese artículo; esta presunción admite prueba en contrario.

Sobre esto, debemos señalar que con el Decreto Legislativo 816 existía responsabilidad solidaria cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejaban de pagar las deudas tributarias, pero el problema era que esta norma en el artículo 16, no establecía que se debería entender por dolo, negligencia grave o abuso de facultades. Por ello, era la Administración Tributaria quien debía probar el dolo, negligencia grave o el abuso de facultades.²⁸ Esta situación cambio con la dación de la Ley 27038, que modificó el artículo 16 del Código Tributario, y estableció que existía Dolo, Negligencia Grave o Abuso de facultades, en los casos señalados por ese artículo, mencionándose entre otros, el que se lleven 2 o más juegos de contabilidad, el que se tenga la condición de no habido, de acuerdo a las normas que se establezcan mediante Decreto Supremo²⁹, y muchos otros casos que se encontraban contemplados en los artículos 177 y 178 del Código Tributario. De esta manera, se traslado la carga de la prueba de la Administración Tributaria al sujeto responsable. Posteriormente a ello, con la dación de la Ley 27335 de julio del año 2000, se trato se buscar un justo medio, ya que la norma que traslado la carga de la prueba al responsable fue muy criticada, reduciendo los casos en los que se presumía la existencia de Dolo, Negligencia Grave o Abuso de Facultades, se-

ñalando la norma vigente que se considera que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades, salvo prueba en contrario cuando el deudor tributario: i) No lleve contabilidad o lleve dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos, a tal efecto, se entiende que el deudor no lleva contabilidad cuando los libros o registros a que se encuentra obligado a llevar no son exhibidos o presentados a requerimiento de la Administración Tributaria dentro de un plazo máximo de diez días hábiles, por causas imputables al deudor tributario, ii) Cuando tenga la condición de no habido de acuerdo a las normas que se establezcan mediante Decreto Supremo. Y, en todos los demás casos, corresponde a la Administración Tributaria probar la existencia de dolo, negligencia grave o abuso de facultades. Vemos entonces como, actualmente para los casos i y ii la carga de la prueba la tiene el responsable, y en todos los demás casos, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Tributaria.

Finalmente, no debe confundirse al responsable solidario³⁰ con los contribuyentes solidarios, este último caso se trata de personas que se encuentra obligadas por la verificación conjunta del hecho imponible, mientras que en el caso de los responsables solidarios, la obligación surge por mandato expreso por ley, siendo un sujeto extraño a la verificación de la hipótesis de incidencia.³¹

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, consideramos que, no existe una necesidad técnica de separar a todos aquellos sujetos que son responsables solidarios, tanto a los contribuyentes que entre si pueden participar de un mismo hecho generador, y a los contribuyentes con aquellos sujetos que sin serlo tienen que cumplir con la responsabilidad asignada por la ley; esto es, que la responsabilidad solidaria se aplica tanto a todas aquellas personas respecto de las cuales se verifique un mismo hecho generador de obligaciones tributarias, como a los contribuyentes con los sujetos que por ley son indicados como responsables solidarios.

Responsable sustituto

Es aquel sujeto pasivo de la obligación tributaria que se encuentra “en lugar de” el contribuyente. Es decir, desplaza al contribuyente en la obligación tributaria y se convierte en el único obligado frente al acreedor tributario, tanto de las prestaciones materiales como formales de la



obligación tributaria. Al igual que el responsable solidario, el responsable sustituto se fija por ley. Esta figura no está determinada claramente en nuestro ordenamiento, como si lo encontramos por ejemplo en el artículo 20 primer párrafo del Modelo de Código del CIAT, cuando indica que “El contribuyente sustituto es el único responsable ante el Fisco por el importe que debe retener o percibir...”. Es importante recordar algo ya señalado en este trabajo y es que se le considera “contribuyente sustituto” a quien nosotros denominamos “responsable sustituto”.

Con relación a esto, veamos lo señalado en el artículo 18 inciso 2) del Código Tributario vigente “Son responsables solidarios con el contribuyente: los agentes de retención o percepción, cuando hubieren omitido la retención o percepción a que estaban obligados. Efectuada la retención o percepción el agente es el único responsable ante la Administración Tributaria. Aparentemente, en el caso subrayado, esto es, que en principio el agente de retención o percepción es un responsable solidario con el contribuyente, cuando por ejemplo no retuvieron el monto señalado por la Ley, pero una vez efectuada la retención correspondiente desaparece la responsabilidad solidaria, quedando liberado el contribuyente, y constituyéndose el agente retenedor en el único responsable ante el Fisco. Aquí aparentemente estaríamos ante un caso de Responsabilidad Sustituta.

Responsable subsidiario

Es aquel deudor tributario que se encuentra “en defecto de” el contribuyente. Es decir, el acreedor tributario debe dirigirse primero al contribuyente y si fracasa la acción de cobro al deudor principal, el responsable ocupa el lugar del sujeto pasivo.

Nuestra legislación no ha recogido este tipo de responsabilidad en ninguno de los cuatro códigos tributarios que hemos tenido.

Asimismo, con relación a los sujetos responsables, veamos que se entiende por agente de retención y percepción:

i) El Agente de Retención, que es una persona ajena a la relación jurídica tributaria pero que se encuentra obligado a ingresar al fisco el adeudo del contribuyente. Debe retener el monto que tiene que pagar al contribuyente del tributo. Esta figura proviene de las reformas de la imposición a la Renta, reemplazando el espacio

del sustituto, del que se distingue por no originar una absoluta sustitución del contribuyente. A diferencia de lo que ocurre en la sustitución, en la retención no hay un desplazamiento total del contribuyente. Aquí lo que se desplaza es una suma de dinero que nunca se llega a percibir. Según Maurice Lauré³², el procedimiento de retención es analgésico, ya que a los contribuyentes les resulta más fácil desprenderse de sumas que no percibieron, pues no le ponen atención a los descuentos, sino que se limitan a las cantidades que perciben.

ii) El agente de Percepción: Este sujeto percibe dinero del contribuyente, y por mandato legal se encuentra obligado a entregar a la Administración Tributaria parte de ese dinero. Este es el típico caso de los organizadores de un espectáculo en el caso del Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos³³.

Los agentes de retención y percepción son sujetos responsables solidarios con el contribuyente, salvo que hayan percibido y no cancelado al fisco, en cuyo caso se convierten en responsables únicos frente al acreedor tributario³⁴, como hemos señalado anteriormente.

Desde el punto de vista fiscal, la figura del responsable es importante, pues minimiza los gastos de recaudación y cobranza del Estado. La existencia del responsable se justifica porque ahorra al Estado estos costos. Por ejemplo, es menos oneroso perseguir y cobrar a un empleador en el caso del Impuesto a la Renta por las remuneraciones que éste otorga a sus trabajadores mensualmente, que ir a cobrar a cada uno de ellos, peor aún si se trata de una empresa con más de 1000 trabajadores³⁵. Además, se entiende que el responsable tiene una mayor solvencia económica que el contribuyente. También por cuestiones de celeridad administrativa, al Estado se le haría mucho más sencillo y fácil administrar y fiscalizar los tributos de alguien que se encuentra relacionado con la fuente de riqueza o el sujeto cuya riqueza es objeto de imposición.

Pensemos por un momento en SUNAT probablemente con más de 3,000 trabajadores, en su calidad de empleador es el agente de retención del impuesto a la Renta de quinta categoría cuyos contribuyentes son los trabajadores de SUNAT, y es en este caso, la propia Administración Tributaria, quien se encuentra obligada a retener y entregar al Fisco (en este caso a la propia SUNAT) el monto de los pagos a cuenta³⁶ mensual correspondientes a cada mes. Probablemente este no sea el mejor



ejemplo, ya que si pensamos en que con la figura del agente de retención se facilita entre otras cosas la labor de fiscalización de la Administración Tributaria, en este caso en concreto, no conocemos que exista ningún mecanismo creado para controlar el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios de la propia Administración Tributaria³⁷.

IV.- Capacidad jurídica y capacidad tributaria

La capacidad jurídica tributaria es un tema previo en la determinación de la sujeción pasiva en la relación jurídica tributario. Es decir, responde a la pregunta ¿A quién se le puede imputar la calidad de sujeto pasivo?

Con relación a esto, revisemos algunos conceptos previos a la capacidad jurídica tributaria, como son la personalidad y la capacidad jurídica.

Como señala Fernando Vidal³⁸, en razón de que en relación al ser humano se ha estructurado y desarrollado la idea del sujeto de derecho, la doctrina jurídica ha aplicado a ambos, al ser humano y al sujeto de derecho, la sola denominación de persona.

Así, para el Derecho, persona no es sólo el ser humano, también lo es ese ente abstracto al que se denomina persona jurídica, moral, social o colectiva, resulta entonces que tanto las personas naturales como las jurídicas son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones en el mundo del derecho.

Por ello, se dice que el sujeto de derecho, sea persona natural o jurídica tiene personalidad y capacidad. En este sentido, la noción de personalidad jurídica no se puede desligar de la noción de sujeto de derecho. En este trabajo no vamos a profundizar el tema de la personalidad jurídica, sino la estudiaremos con relación a la capacidad.

Cuando nosotros decimos capacidad sabemos que se pueden distinguir dos grados de esta, i) La capacidad de goce, conocida como capacidad jurídica, ó ii) La capacidad de ejercicio conocida como capacidad de hecho.

Entendemos la capacidad jurídica como la aptitud para ser titular de derechos, y la capacidad de ejercicio, como la posibilidad de ejercer, por sí mismo esos derechos, es decir la posibilidad de celebrar actos jurídicos por sí mismo. Nos interesa obviamente la capacidad

de goce o capacidad jurídica, ya que es justamente esta la que se vincula al concepto de personalidad.

De esta forma, entendemos la capacidad jurídica como la aptitud para ser sujeto de derechos subjetivos en general, o de asumir, con la propia voluntad, o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, actos jurídicos. Así, la capacidad de ejercicio se diferencia de la capacidad de goce en cuanto considera a la persona no en su cualidad jurídica para ser titular de derechos subjetivos, sino en cuanto este apta para ejercitar para ejercer por sí sus derechos subjetivos. La capacidad de goce es el presupuesto, el sustrato, de la capacidad de ejercicio.³⁹

Una vez que tenemos claro en que consiste la capacidad jurídica, veamos en nuestro sistema tributario que se entiende por capacidad jurídico tributaria.

Entendemos la capacidad jurídico tributaria como la aptitud legal del sujeto pasivo en la obligación tributaria. En otras palabras, es la potencialidad legal para ser parte pasiva de la obligación tributaria, con prescindencia de la riqueza que se posea.

La base legal de la capacidad jurídico tributaria se encuentra en el Art. 21 del Código Tributario "Tiene capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado o público⁴⁰, siempre que la Ley le atribuya calidad de sujetos de derecho y obligaciones tributarias." A este respecto, en el proyecto de modificación del Código Tributario se indica en forma más concisa y completa la relación de sujetos con capacidad tributaria: "tienen capacidad tributaria las personas naturales, las personas jurídicas, los entes colectivos o no que carecen de personería jurídica y cualquier forma asociativa, siempre que la Ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones".

Por la capacidad jurídica tributaria, pueden ser sujetos pasivos de la relación jurídico tributaria aquellos que lo son para el derecho tributario, al igual que para el derecho civil, jurídicamente capaces. Ahora, hay que entender que esta capacidad no es igual a la del derecho civil, pues hay casos donde un incapaz para el derecho civil, puede tener capacidad jurídico tributaria. Por ejemplo, el menor de edad que recibe en he-



rencia un bien inmueble por el que se percibe renta de primera categoría y se encuentra afecto al impuesto a la renta. El menor de edad en este caso, es considerado incapaz de ejercicio⁴¹ para el derecho civil, pero sin embargo tiene capacidad jurídica tributaria, pues este cumple con los requisitos para ser sujeto pasivo de la obligación tributaria.

En estos casos, el derecho tributario opta por la figura del representante, a fin de que se haga cargo del pago de los tributos y el cumplimiento de las obligaciones formales con los recursos de los bienes que administre o disponga. De esta misma forma en el caso de un incapaz (mayor de edad) declarado judicialmente incapaz, puede tener capacidad tributaria⁴², y se encuentra obligado a pagar los tributos y cumplir con las obligaciones formales mediante su representante, en este caso en particular un “curador”⁴³, esto significa que el curador es el “representante responsable”, de acuerdo a lo establecido por el artículo 16 del Código Tributario.

En este mismo sentido, precisa el artículo 22 del mismo Código que “tratándose de personas naturales que carezcan de capacidad jurídica para obrar⁴⁴ actuarán sus representantes legales o judiciales” como es el caso de los incapaces menores y mayores de edad, por quienes actúan sus padres o quienes ejercen la patria potestad o los curadores respectivamente.

De lo señalado anteriormente se desprende que, “La capacidad jurídico tributaria, entonces, no mira necesariamente ni se mide con relación a la capacidad civil, ni en su forma de capacidad de ejercicio, ni en su forma de capacidad de goce.”⁴⁵ Esto debido a que tienen naturaleza jurídica distinta. Así, un incapaz civil⁴⁶ absoluto o relativo puede tener capacidad jurídico tributaria, de acuerdo a lo establecidos por los artículos 21 y 22 del Código Tributario vigente.

V.- Capacidad contributiva

La capacidad contributiva, también conocida como capacidad económica de la obligación tributaria, es la potencialidad económica, material o real que tiene un sujeto para encontrarse en condiciones de enfrentar la carga o el pago de determinado tributo, tomando en cuenta la riqueza que dicho sujeto ostenta.

Sobre esto, debemos mencionar que la capacidad jurídico tributaria es diferente a la

capacidad contributiva, aunque estos se encuentran ligados entre sí. La primera es una aptitud legal de ser sujeto pasivo, mientras que la segunda, es la capacidad económica de pagar la deuda tributaria.

En este orden de ideas, puede darse el caso que una persona tenga capacidad jurídica tributaria y no denote capacidad contributiva y viceversa. Lo óptimo para el Estado, es que estas dos capacidades recaigan y coincidan en un mismo sujeto pasivo y en un mismo tributo, a fin de hacer efectivo el cobro de la deuda tributaria, pues, no todo aquel que tenga capacidad contributiva de un determinado tributo, lo tiene para el resto de los tributos.

La capacidad contributiva impone respetar niveles económicos mínimos, calificar como hipótesis de incidencia circunstancias adecuadas y cuantificar las obligaciones tributarias sin exceder la capacidad de pago.

Con relación a esto, se señala que se puede establecer la existencia de dos tipos de capacidad contributiva: la absoluta y la relativa. La capacidad contributiva absoluta es la aptitud abstracta que tiene determinada persona para concurrir a los tributos creados por el Estado en ejercicio de su potestad tributaria. A diferencia de la capacidad contributiva relativa, que es aquella que orienta la determinación de la carga tributaria en forma concreta.

Sucedan en momentos diferentes, la capacidad contributiva absoluta se toma en cuenta en el momento en el cual el legislador delimita los presupuestos de hecho de la norma tributaria, y la capacidad jurídica relativa permite fijar cuales son los elementos de la cuantificación de la deuda tributaria.

Como señala Francisco Ruiz de Castilla⁴⁷ “se considera que la capacidad contributiva del deudor es la aptitud económica que tienen las personas y empresas para sumir cargas tributarias, es decir para aportar al financiamiento de las actividades estatales”.

Asimismo, precisa el profesor Ruiz de Castilla que ⁴⁸ “no se debe confundir la capacidad contributiva con la capacidad tributaria, mientras la primera tiene que ver con la aptitud económica que tienen los sujetos para soportar cargas tributarias, la segunda se encuentra relacionada con la aptitud jurídica que tienen los sujetos para cumplir el pago. Por ejemplo una sociedad anónima que obtiene utilidades tiene



capacidad contributiva porque detenta riqueza y tiene capacidad tributaria porque las personas jurídicas pueden ser colocadas en la posición de sujeto pasivo (deudor tributario) dentro de la relación jurídico tributaria (obligación tributaria). En cambio, un consorcio sin contabilidad independiente que obtiene utilidades; evidencia capacidad contributiva, pero no tiene capacidad tributaria. En efecto, un consorcio significa la existencia de un proyecto empresarial (actividad extractiva de recursos naturales y su distribución, procesos de fabricación, etc.) en cuya ejecución participan varias empresas. El resultado de estas actividades económicas se traduce normalmente en la obtención de ganancias. La existencia de estas utilidades constituye una evidencia de capacidad contributiva. En consecuencia, esta clase de consorcio no cuenta con capacidad tributaria, pues desde el punto de vista técnico jurídico no se trata de un ente al que se le puedan atribuir o imputar obligaciones, de tal modo que no puede ser colocado como deudor al interior de la relación jurídico tributaria”.

Por su parte, Dino Jarah⁴⁹ señala que la capacidad contributiva representa una “apreciación política del legislador acerca de una determinada riqueza en virtud de los fines y propósitos de la tributación”.

En nuestro ordenamiento jurídico, aunque la capacidad contributiva no esté actualmente prevista expresamente en la Constitución, lo está implícitamente cuando reconoce los principios de Legalidad, Igualdad, y no confiscatoriedad.

Con relación al cumplimiento de estos principios tributarios, no es suficiente que se cree un tributo mediante la norma establecida en la Constitución, sino que, será necesario que este tributo afecte verdaderas capacidades contributivas del sujeto pasivo del mismo, de tal manera que el Estado no imponga tributos excesivos que puedan quitar de manera irracional la propiedad y riqueza de los deudores. Por ello, la capacidad contributiva es “la base fundamental de donde parten las garantías materiales que la Constitución otorga a los habitantes”⁵⁰.

Para calcular la capacidad contributiva⁵¹, el legislador toma como índice los ingresos, rentas, incrementos patrimoniales debidamente comprobados de la totalidad o de alguna parte constitutiva del patrimonio del deudor tributario.

También son indiciarios de la capacidad contributiva, la exteriorización mediata que hace

presumir un determinado nivel de riqueza, por ejemplo la producción o venta de bienes, consumo de bienes o servicios, los llamados signos exteriores de riqueza entre otros.

Existen algunas pautas doctrinales, como las indicadas por Villegas⁵² en relación a estos índices:

- 1.- Todo aquel contribuyente apto económicamente para hacer frente al impuesto y que encuentre su conducta subsumida en un supuesto de hecho tributario debe contribuir. Por el contrario, aquel que posea riqueza sólo para cubrir sus necesidades vitales y las de su familia, carece a efectos legales de capacidad contributiva.
- 2.- El sistema tributario debe estructurarse para que los de mayor capacidad contributiva tengan una participación más alta en las entradas tributarias del Estado.
- 3.- No pueden seleccionarse supuestos de hechos tributarios, circunstancias o situaciones que no sean idóneas para reflejar capacidad contributiva.
- 4.- En ningún caso el tributo o el conjunto de tributos que recaiga sobre un contribuyente puede exceder la razonable capacidad contributiva de las personas, ya que de lo contrario se está atentando contra la propiedad, en una confiscación encubierta bajo el manto tributario.

Con relación al principio de no confiscatoriedad, un tributo no puede exceder la capacidad contributiva del sujeto pasivo de la obligación tributaria, ya que si lo hace se convierte en confiscatorio. En este sentido, Hector Villegas precisa en su libro “Las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto pasivo”, que “La confiscatoriedad existe porque el Estado se apropia indebidamente de los bienes de los contribuyentes, al aplicar un gravamen en el cual el monto llega a extremos insostenibles, desbordando así la capacidad contributiva de la persona, vulnerando por esa vía indirecta la propiedad privada e impidiéndole ejercer su actividad”.

En este mismo sentido, la doctrina tributaria peruana en relación con el principio de no confiscatoriedad ha sostenido que existe confiscatoriedad tributaria cuando el Estado se apropia de los bienes de los contribuyentes, al aplicar una disposición tributaria en la que el monto llega a extremos insostenibles por lo exagerado de su quantum, desbordando así la capacidad contributiva de la persona y vulnerando por esa vía



la propiedad privada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, ha señalado que “en lo que respecta al principio de no confiscatoriedad, este concepto se desprende del principio de capacidad contributiva, y se sustenta en que todo impuesto debe gravar manifestaciones de la capacidad contributiva, como consecuencia de ello, si hubiera un impuesto demasiado oneroso para el contribuyente que le obligara a desplazar hacia el fisco una parte significativa de su patrimonio, que origina la imposibilidad en su restitución al nivel que tenía con anterioridad al pago del tributo, es desde el punto de vista cuantitativo confiscatorio”.

En doctrina⁵³ se trata a la capacidad contributiva como un principio y como un límite a la potestad del Estado. En este sentido, y de acuerdo a este principio, la carga tributaria (entendiéndose como la carga económica) de los contribuyentes debe guardar coherencia con su capacidad contributiva, y se debe excluir de la misma (carga tributaria) los gastos vitales e ineludibles del sujeto pasivo de la obligación tributaria, de tal manera que la potestad del Estado recaiga no en manifestaciones de riqueza teóricas, sino reales.

En este orden de ideas, si bien es cierto se grava las manifestaciones de riqueza, entendidas estas, como la renta, el patrimonio y consumo, no es lo mismo considerar estas manifestaciones en teoría que verlas en la realidad, esto es, en relación a la renta, la capacidad real de un sujeto de afrontar las detracciones tributarias, estarán en relación con los gastos que este sujeto tenga que hacer en la realidad.

Con relación al cumplimiento de estos principios tributarios, no es suficiente que se cree un tributo mediante la norma establecida en la Constitución, sino que, será necesario que este tributo afecte verdaderas capacidades contributivas del sujeto pasivo del mismo, de tal manera que el Estado no imponga tributos excesivos que puedan quitar de manera irracional la propiedad y riqueza de los deudores. Por ello, la capacidad contributiva es “la base fundamental de donde parten las garantías materiales que la Constitución otorga a los habitantes”⁵⁴.

Para calcular la capacidad contributiva⁵⁵, el legislador toma como índice los ingresos, rentas, incrementos patrimoniales debidamente comprobados de la totalidad o de alguna par-

te constitutiva del patrimonio del deudor tributario. También son indiciarios de la capacidad contributiva, la exteriorización mediata que hace presumir un determinado nivel de riqueza, por ejemplo la producción o venta de bienes, consumo de bienes o servicios.

Juan Luis Pérez de Ayala⁵⁶ señala que en el Impuesto se deben dar dos características esenciales: i) debe tener una eficacia recaudatoria adecuada a la finalidad que con él se pretenda, y ii) esa función recaudatoria sólo puede ejercitarse en los límites que la justicia permite. Límites que vienen dados por la adecuación del impuesto a la capacidad económica de pagarlo que tengan quienes han de soportarlo.

Asimismo, precisa este autor que, todo impuesto ha de estructurarse necesariamente con arreglos a tres elementos cualitativos: i) Para asegurar la eficacia recaudatoria, el impuesto debe aplicarse a realidades económicas que pongan de manifiesto la existencia de recursos en dinero, de tal manera que pueda hacerse efectivo el cobro del mismo, justamente estas realidades económicas constituyen la materia imponible; ii) el impuesto se debe cobrar a un sujeto que esté en posesión de los recursos monetarios cuya existencia se hace patente a través de la misma, y iii) El pagador del impuesto no siempre es, en justicia, quien debe soportarlo, ya que se le relaciona y define como sujeto pagador por eficacia recaudatoria, no por razones de justicia. En este sentido, salvar la justicia exige que el impuesto se establezca para que sea soportado por aquella persona que tenga capacidad económica de contribuir.

En este mismo orden de ideas Pérez de Ayala⁵⁷, señala que el término capacidad contributiva dentro de la teoría del impuesto, tiene una triple significación:

En el plano jurídico-positivo, en el cual este término expresa que un determinado sujeto es titular de derechos y obligaciones con arreglo a la normatividad vigente en determinado país; es justamente esta legislación quien define la capacidad y el ámbito de esta.

En el plano ético-económico, se entiende por capacidad contributiva a la aptitud económica de un sujeto para soportar, o ser destinatario de impuestos; en este sentido, esta aptitud económica dependerá de dos elementos: i) El volumen de los recursos que el sujeto posea para soportar el impuesto, y ii) La necesidad que tiene ese sujeto de esos recursos econó-



micos que posea⁵⁸ Así pues, en el plano ético-económico, de justicia tributaria material⁵⁹, son esenciales al concepto de capacidad contributiva el nivel de recursos y las necesidades que sólo poseen como sujetos de capacidad contributiva las personas físicas.

En el plano técnico-económico, o capacidad contributiva técnica, se entiende que habrá capacidad contributiva en aquellos sujetos en los que concurren las siguientes características: i) constituir unidades económicas de posesión y empleo de recursos productivos o de riquezas; ii) ser fácilmente identificables por el Fisco como susceptibles de imposición, y iii) estar en una situación de solvencia presuntamente suficiente para que el fisco pueda hacer efectivo el tributo.

VI.- Consideraciones sobre la capacidad contributiva en el impuesto a la renta

Ahora bien, revisemos algunas consideraciones sobre el principio de capacidad contributiva en el Impuesto a la Renta para personas naturales. Al referirnos al Impuesto a la Renta nos estamos refiriendo al segundo tributo más importante en la recaudación tributaria.

La Renta es una de las manifestaciones de la riqueza sobre las cuales se aplican los impuestos, y por lo tanto es un claro indicador de capacidad contributiva. “En el Impuesto a la Renta, la definición del presupuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria sustantiva, al que la doctrina denomina indistintamente como “hecho imponible”, “hecho generador” o “hipótesis de incidencia”, requiere el concurso de dos elementos; el primero de carácter objetivo, se encuentra dado por lo que para efectos de la norma del Impuesto se entenderá por Renta, mientras que el segundo que es de carácter jurisdiccional, está dado por el nexo que debe existir entre los ingresos considerados como renta y el sujeto activo de la relación jurídica tributaria, para que éste último pueda ejercer su potestad tributaria, lo cual se denomina criterios de vinculación (nacionalidad, domicilio, residencia, ciudadanía y ubicación territorial de la fuente)”⁶⁰.

El concepto de Renta para las personas naturales, se recoge de la “teoría renta - producto”, en la que la renta se deriva de factores de producción (ya sea capital o trabajo o ambos). Los contribuyentes del impuesto son las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales entre otros.

Por ejemplo, si examinamos la naturaleza en términos generales de las rentas que perciben las sociedades conyugales veremos que la gran mayoría de estas sociedades sólo perciben rentas de fuente de trabajo (si examinamos un segmento representativo de la población económicamente empleada o subempleada); de manera que éste tratamiento puede perjudicar la capacidad contributiva de éstas sociedades, quienes se ven obligadas por ley, a declarar la renta por el cónyuge que la percibe sin posibilidad de atribuir el 50% de la misma a su otro cónyuge.

Con relación a las rentas de primera categoría, admite para determinar la renta neta una deducción por todo concepto del 20% del total de la renta bruta. Dicha deducción es de oficio y no requiere sustentación alguna. Sin embargo, debería permitírsele al contribuyente sustentar deducciones excepcionales que exceden ese 20%, como es el caso de situaciones por alquileres incobrables muy frecuentes en nuestro país, ya que de lo contrario se estaría afectando su real capacidad de pago.

Con relación a las rentas de cuarta y quinta categoría, se admite que podrán deducirse anualmente, un monto fijo equivalente a siete (7) Unidades Impositivas Tributaria⁶¹.

En el caso, de los contribuyentes que obtengan rentas de ambas categorías sólo podrán deducir el monto fijo por una vez (Hasta el límite de las rentas de cuarta y quinta categoría percibidas).

Consideramos que, debería estudiarse el incrementar el monto fijo de 7 Unidades Impositivas Tributarias a un monto fijo mayor⁶² (en función a consideraciones técnicas, Dicho incremento se justifica en razón de que las rentas de fuente de trabajo deben recibir un trato más beneficioso que las rentas que provienen del capital. Las rentas de trabajo tienen mayor inestabilidad si la comparamos con las rentas de otras fuentes: la etapa productiva del individuo se inicia en nuestro país muchas veces antes de cumplir los 18 años, alcanza su máximo desarrollo a un promedio de edad de entre 55 y 60 años y luego empieza a declinar con el tiempo por razones de desgaste físico, hasta agotarse. El individuo a diferencia de los bienes de capital no puede “depreciar” su gradual pérdida de capacidad productiva y a esto le añadimos que éste tipo de rentas de trabajo originan gastos que no se admiten como deducibles tales como transporte vestimenta, salud, etc.



Podemos también establecer una diferencia en cuanto a capacidad contributiva. Si queremos medir el rendimiento de las rentas provenientes del capital y las rentas obtenidas por el trabajo en relación de dependencia (5ª categoría); es decir, si tomamos como referencia que el nivel de ambas rentas es el mismo, se tendrá que la capacidad contributiva no es la misma. Ello en razón a que quienes perciben rentas de trabajo deben efectuar ahorros mayores a fin de proveerse de ingresos cuando su aptitud productiva decline, mientras que quien percibe rentas provenientes del capital las obtiene de una fuente durable y que se encuentra en estado de explotación. La misma que seguirá produciendo rentas a menos que se transfieran los bienes de capital (se enajenen) y se agote indefectiblemente la fuente productora.

En lo que respecta a la alícuota del impuesto a cargo de las personas naturales, sociedades conyugales de ser el caso y sucesiones indivisas, el mismo se determina actualmente a una escala que tiene dos tramos: el primer tramo que grava con el 15% hasta las 54 UIT y el segundo que grava el exceso con 30%. Para el siguiente ejercicio, de acuerdo a una de las últimas modificaciones el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta⁶³, habrán tres tramos: el primero hasta 27 UIT, el segundo por el exceso de 27 y hasta 54 UIT, y el tercero por el exceso de 54 UIT.

El fundamento para los dos y tres tramos señalados por los legisladores es la simplicidad en el cálculo del tributo. No obstante, la actual escala y la que se aplicaría a partir del siguiente ejercicio son rígidas (no flexible) y se alejan ambas del principio de igualdad que defiende la Constitución.

Ambas escalas no permiten la medición adecuada de la capacidad contributiva, que tiene que ver con "igualdad en el sacrificio", por lo que resulta conveniente que se examine nuevamente las escalas de imposición que legislaciones anteriores a la actual Ley del Impuesto a la Renta adoptaban (se adoptaban hasta cinco (5) tramos); ya que de lo que se trata es de que cualquier escala que se proponga reduzca la presión tributaria en las rentas bajas y la mantenga en las más altas a partir del último tramo técnicamente elegido, lo que daría más equidad al sistema impositivo actual.

VII.- Capacidad de pago

Por capacidad de pago se entiende al gra-

do de liquidez que tiene el deudor para cumplir con la obligación tributaria, dentro del plazo de la ley.⁶⁴ Aquí nos acercamos a la realidad económica, pues son múltiples los casos, donde a pesar de cumplir con los requisitos de capacidad tributaria y capacidad contributiva, una persona no necesariamente puede cumplir con la obligación tributaria⁶⁵.

El Estado, al igual que cualquier acreedor, debe considerar no sólo la capacidad jurídica y contributiva de su deudor, sino que además debe tener en cuenta si éste sujeto tiene la posibilidad de cumplir con la prestación, esto es, si va a pagar efectivamente la deuda tributaria. Si bien es cierto, la prestación tributaria es exigible coactivamente, de lo que se trata, o lo que el Estado debe cuidar es de que coincida y exista correspondencia entre la capacidad contributiva y la capacidad de pago, ya que el Estado en ejercicio de su potestad tributaria no debería perjudicar a un deudor que aunque esté dispuesto a pagar su deuda, por razones ajenas a su voluntad, no lo puede hacer, por falta de liquidez.

Como señala el profesor Ruiz de Castilla, la realidad económica de un Estado, juega un rol importante en la capacidad de pago, pero también hay otros factores que inciden en el pago o no de la deuda. Es así el ejemplo de un contribuyente, que recibe mil dólares de honorarios, pero que tiene cuatro hijos. Su ingreso mensual justificaría la imposición de un tributo sobre la renta, pero la suma que se otorgaría al Fisco, estaría limitada por la carga familiar.⁶⁶ Más aún, si estuviéramos en el mes de marzo o febrero, cuando se inicia el periodo escolar, en la etapa navideña. Estos factores, de cierta manera inciden en el pago de un tributo, pues un ingreso de mil dólares, en este período se vería reducido a una cantidad, a veces inimaginable.

En este sentido, las manifestaciones de riqueza económicas, como la obtención de rentas, ingresos, consumos hacen presumir razonablemente, que existe capacidad económica, pero en un país en vías de desarrollo, no necesariamente existe correspondencia entre la capacidad contributiva y la capacidad de pago⁶⁷.

Si bien es cierto, el cobro de tributos en general se considera legítimo porque satisface necesidades públicas mediante servicios públicos, el Estado debería tener en cuenta estos factores, ya que en aquellos casos en los que la presión tributaria se vuelve excesiva sea de un determinado tributo o de un conjunto de ellos,



la población busca alternativas que pueden ir desde el no cumplir con las prestaciones tributarias a que se encuentran obligados, emigran a otros lugares donde vean real y verdadera equidad en el actuar del Estado, en el ejercicio de la potestad tributaria, o simplemente deciden evadir el pago de determinados tributos, prefiriendo el riesgo que esto conlleva.

Por ello, el Estado debería siempre gravar “verdaderas capacidades contributivas”, de tal manera que se estaría asegurando el cumplimiento o la posibilidad de cumplimiento de parte de los sujetos pasivos, y se evitaría el que el contribuyente prefiera el riesgo que significa no pagar una deuda tributaria, debido justamente a que no puede hacer frente a la deuda existente.

Por las razones antes expuestas, si el Estado pretende que los contribuyentes cumplan adecuadamente con sus obligaciones tributarias debe tener presente los siguientes límites a la imposición: i) El límite psicológico, que es el punto a partir del cual el contribuyente prefiere el riesgo al cumplimiento de la obligación tributaria; ii) El límite económico, entendido como el límite real de soportar la carga tributaria, y iii) El límite jurídico, que pretende normar el límite económico real del contribuyente, este límite por lo general se encuentra en la Constitución y en la jurisprudencia.

Finalmente, revisemos algunas jurisprudencias relacionadas con la capacidad contributiva y la capacidad de pago:

- 1.- El Tribunal Constitucional en los fundamentos de la Sentencia de la Acción de Amparo correspondiente al expediente número 1088-98-AA/TC, que se publicó en el diario Oficial el Peruano el 23 de julio de 1999, precisó que i) En materia de impuesto a la renta, el legislador, al establecer el hecho imponible, está obligado a respetar y garantizar la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de las rentas devengadas o si afecta la fuente productora de la renta; y ii) El impuesto debe tener como criterio de imposición la capacidad económica real del contribuyente⁶⁸.

Aquí, la posición adoptada es que el impuesto debe tener como criterio de imposición la capacidad económica real del contribuyente. ¿Qué significa capacidad económica real?, justamente aquella cantidad de dinero

que puede efectivamente afrontar su realidad económica, repetimos, no es lo mismo gravar con el Impuesto a la Renta a dos sujetos cuyos ingresos afectos son tres mil nuevos soles mensuales, si uno de ellos tiene 7 hijos y una cónyuge que no trabaja, a otro que no tiene hijos, cuya cónyuge percibe rentas. Esto significa que si se aplicaría como criterio de imposición la verdadera capacidad económica real del sujeto, se debería contemplar mayores deducciones a quien más gasta en necesidades familiares.

- 2.- El Tribunal Constitucional en los fundamentos de la Sentencia de la Acción de Amparo correspondiente al expediente número 958-99-AA/TC, que se publicó en el diario Oficial el Peruano el 26 de octubre de 1999, precisó que i) El impuesto no puede tener como elemento base de la imposición, una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva, que en el caso del impuesto a los juegos que afecta a las máquinas tragamonedas con el que se pretende cobrar al accionante, no se ha respetado.

Aquí el criterio adoptado es distinto, si se está haciendo referencia a la capacidad contributiva y no a la capacidad real de pago. Lo interesante sería poder responder ¿que circunstancias efectivamente son reveladoras de capacidad económica o contributiva? El tener por ejemplo renta de primera categoría constituye efectivamente una circunstancia que revela capacidad contributiva, que pasa si una persona natural de edad avanzada no es jubilada, y tiene dos predios, uno en el que habita y por el cual va tener que pagar Impuesto Predial, sin ningún tipo de deducción ya que no es pensionista y es dueña de otro predio; y propietaria de un segundo predio, el mismo que es arrendado, y cuyo arrendatario no cumple con el pago del monto estipulado por arrendamiento, en este caso, de acuerdo a nuestra legislación, esta persona deberá pagar mensualmente el 12% de la Renta Bruta que perciba, o el 15% de la Renta Neta efectuada la deducción del 20% establecida por la Ley del impuesto a la Renta. En conclusión, esta persona que tiene dos predios que probablemente las obtuvo por herencia, no percibe otra renta que no sea de primera categoría, evidentemente la propiedad no es reveladora de capacidad contributiva, más aún si la deducción presunta del 20% es mucho menos a los gastos necesarios que debe efectuar este sujeto pasivo.



3.- En la RTF número 345-3-99, el Tribunal Fiscal señala en el análisis de la materia controvertida que “lo que grava el Impuesto Predial es el derecho de propiedad que se tenga sobre un predio, cualquiera sea su naturaleza, por constituir la propiedad una manifestación de riqueza que conlleva a concluir la existencia de capacidad contributiva”.

Aquí la propiedad se considera una manifestación de riqueza y considerar esto, lleva a la conclusión la existencia de capacidad contributiva en el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Consideramos que se debería revisar este tipo de concepciones, ya que no podemos concluir al menos en nuestro país, que aquella persona que sea propietaria de un predio tenga capacidad real de pago, sino pensemos en todos aquellos sujetos jubilados que perciben una pensión mínima, donde el mismo legislador ha previsto un tramo de inafectación de un monto equivalente a 50 Unidades Im-

positivas Tributarias⁶⁹. Este tramo de inafectación es un beneficio otorgado por el legislador no a todos los contribuyentes del Impuesto Predial, sino a aquellos que teniendo la calidad de sujetos pasivos de la relación jurídico tributaria, tienen una situación económica distinta al resto; por esa razón justamente el legislador está reconociendo tácitamente que el ser propietario de un predio no significa que exista capacidad de pago de la deuda tributaria, podría existir capacidad tributaria, pero no de pago, y en todo caso, si el legislador no hubiera previsto este tramo de inafectación, lo más probable es que estos sujetos “jubilados” teniendo capacidad contributiva, pero no capacidad de pago, no puedan materialmente cumplir con el pago del Impuesto Predial. Este ejemplo nos sirve para indicar que la propiedad no necesariamente es una manifestación de riqueza, y por otro lado, que el concepto de capacidad contributiva ha evolucionado en estos últimos tiempos, haciendo necesaria que el Estado revise las distintas realidades que tienen los sujetos pasivos de la relación jurídico tributaria.

NOTAS:

- ¹ Artículo 74 de La Constitución Política del Perú de 1993, referida al caso de los principios de reserva de ley, igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona y la no confiscatoriedad, los cuales son un límite a la Potestad Tributaria del Estado.
- ² Código Tributario (D.S. 135-99-EF). Por ejemplo, en los casos de Devolución por pagos indebidos o en exceso (Artículo 38 CT), o la improcedencia de la aplicación de intereses y sanciones por la duplicidad de criterio de la Administración Tributaria (Artículo 170 inciso 2 CT), etc.
- ³ Artículo 157 Código Tributario del Perú, permite entablar demanda contencioso-administrativo ante la Corte Suprema.
- ⁴ Mur Valdivia, Miguel. “La Sujeción Pasiva y Responsables Tributarios” en la Ponencia Nacional presentada en las XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario p. 82.
- ⁵ Artículo 1 del TUO del Código Tributario aprobado por D.S. 135-99-EF.
- ⁶ Aprobado por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios en 1997.
- ⁷ Ver artículo 13.
- ⁸ Sotelo Castañeda, Eduardo. “La sujeción Pasiva en la Obligación Tributaria”. En la Revista Derecho & Sociedad. p. 200.
- ⁹ Artículo 7 Código Tributario del Perú.
- ¹⁰ Como sabemos, todo emprendimiento empresarial a través de un contrato de colaboración empresarial no genera la formación de una persona jurídica distinta a las partes contratantes, consecuencia de ello es la ausencia de personalidad jurídica y de patrimonio propio.
- ¹¹ Artículo 32 del Código Tributario del Perú.
- ¹² El artículo 6 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, establece que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.
- ¹³ Aprobado por D.S. 263-H.
- ¹⁴ Artículo 8 del Código Tributario del Perú.
- ¹⁵ Artículo 19 del Modelo de Código Tributario del CIAT.
- ¹⁶ Sea de retención o de percepción
- ¹⁷ Eduardo Sotelo. Op. cit.
- ¹⁸ Valdez Costa, Ramón. Curso de Derecho Tributario. Edición Depalma, Temis, Marcial Pons. Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, p. 313.
- ¹⁹ Con el cual es responsable solidario.
- ²⁰ El párrafo tercero establece que cuando la retención o percepción tenga el carácter de pago a cuenta del tributo, no operará la sustitución tributaria, considerándose al agente de retención o percepción como tercero responsable.
- ²¹ De acuerdo al Código Civil vigente de 1984.
- ²² Artículo 1173 Código Civil.
- ²³ Artículo 1172 Código Civil.
- ²⁴ Artículo 1175 Código Civil.
- ²⁵ Artículo 1176 Código Civil.
- ²⁶ Artículo 1183 Código Civil.
- ²⁷ Artículo 1186 Código Civil.
- ²⁸ De acuerdo al artículo 1318 del Código Civil, procede con dolo quien, deliberadamente no ejecuta una obligación. La negligencia grave conocida como culpa inexcusable, de acuerdo al artículo 1319 del Código Civil, se da cuando una persona por negligencia grave no ejecuta una obligación.
- ²⁹ Debemos mencionar que hasta la actualidad no se ha regulado normativamente cuándo se debe entender a un sujeto como No Habido, pese a que la Ley 27038 es del 31 de diciembre de 1998.
- ³⁰ Debido a que este trabajo constituye una primera aproximación a la sujeción pasiva, en otro momento abordaremos el tema específico de la Responsabilidad solidaria en nuestra legislación.
- ³¹ Mur Valdivia, Miguel. Op. cit.
- ³² Citado por Héctor Villegas, “Los Agentes de Retención y Percepción en el Derecho Tributario”, Ediciones Depalma, Buenos Aires.



- ³³ Artículo 55 de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo No. 776.
- ³⁴ Artículo 18, numeral 2 del Código Tributario del Perú.
- ³⁵ Ejemplo citado por Eduardo Sotelo, Sujeción Pasiva.
- ³⁶ Que como sabemos por su naturaleza jurídica constituyen “anticipos” ya que la Obligación Tributaria no ha nacido todavía.
- ³⁷ Al respecto, consideramos que se debería implementar el mecanismo que haga posible la fiscalización de la Administración Tributaria en General. Aunque en el caso de SUNAT habría que establecer mecanismos de control para quienes efectúen las labores de auditoría, ya que serían los propios trabajadores de SUNAT los encargados de verificar el cumplimiento tanto de la obligación tributaria como de los deberes formarles. En la actualidad no tenemos conocimiento que se haya implementado ningún tipo de mecanismo operativo para llevar a cabo fiscalizaciones a SUNAT.
- ³⁸ Vidal Ramírez, Fernando, Teoría General del Acto Jurídico. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima Perú 1983.
- ³⁹ *Ibidem*.
- ⁴⁰ El Subrayado es nuestro.
- ⁴¹ El Artículo 43 Código Civil menciona a los incapaces absolutos, si el menor de edad fuese menor de dieciséis años, o incapaz relativo, Artículo 44, si el menor de edad tuviese entre dieciséis y dieciocho años de edad.
- ⁴² Artículo 16 numeral 1) del Código Tributario.
- ⁴³ El artículo 564 del Código Civil vigente establece que están sujetos a curatela las personas siguientes: i) aquellos que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, ii) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, iii) Los retardados mentales, iv) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, v) los pródigos, vi) los que incurrir en mala gestión, vii) los toxicómanos, y viii) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
- ⁴⁴ Haciendo referencia a la capacidad civil.
- ⁴⁵ Sotelo Castañeda, Eduardo. Op Cit.
- ⁴⁶ Artículo 43 y 44 del Código Civil.
- ⁴⁷ Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco. Capacidad Contributiva y Capacidad de Pago, Ponencia presentada en la VII Convención Nacional de Tributación, Tributa 2001, realizada en la ciudad del Cusco 1,2,y 3 de Noviembre 2001
- ⁴⁸ *Ibidem*.
- ⁴⁹ Curso Superior de Derecho Tributario.
- ⁵⁰ Villegas; Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Buenos Aires, 1980, p. 186.
- ⁵¹ *Ibidem*. Villegas menciona a los índices e indiciarios de la capacidad contributiva, dentro de su clasificación de tributos directos e indirectos. Los tributos directos, como rentas o ingresos, de exteriorización inmediata, son índices de la capacidad contributiva; mientras que la exteriorización mediata, como el consumo, son tributos indirectos, y por lo tanto, indiciarios de la capacidad contributiva.
- ⁵² Hector Villegas, Los principios Tributarios en la Nueva constitución de Cordova. p. 7.
- ⁵³ Debemos aclarar que, el concepto de capacidad contributiva como principio del derecho tributario no es aceptado de buen grado por un sector de la doctrina, quienes consideran entre otras cosas, que se trata de un concepto extrajurídico que debe interesar a la economía y no al derecho.
- ⁵⁴ Villegas; Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Buenos Aires, 1980, p. 186.
- ⁵⁵ *Ibidem*. Villegas menciona a los índices e indiciarios de la capacidad contributiva, dentro de su clasificación de tributos directos e indirectos. Los tributos directos, como rentas o ingresos, de exteriorización inmediata, son índices de la capacidad contributiva; mientras que la exteriorización mediata, como el consumo, son tributos indirectos, y por lo tanto, indiciarios de la capacidad contributiva.
- ⁵⁶ En su libro Explicación de la Técnica de los Impuestos. Editorial de Derecho Financiero.
- ⁵⁷ *Ibidem*.
- ⁵⁸ Sólo a las personas físicas se les puede aplicar este concepto.
- ⁵⁹ *Ibidem*.
- ⁶⁰ Balbi Rodolfo A. “Aspectos Internacionales del Impuesto a las Ganancias - OEA , Documentos CIET N° 1003 1987.
- ⁶¹ De acuerdo a lo establecido en la norma XV del Código Tributario, la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias para determinar las bases imponibles, deducciones, límites de afectación, y demás aspectos de los tributos que considere convenientes el legislador.
- ⁶² En función a consideraciones técnicas.
- ⁶³ D.S. 054-99-EF.
- ⁶⁴ Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco. Capacidad Contributiva y Capacidad de Pago, Ponencia presentada en la VII Convención Nacional de Tributación, Tributa 2001, realizada en la ciudad del Cusco 1,2,y 3 de Noviembre 2001.
- ⁶⁵ La Obligación Tributaria es el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria. En este sentido, la prestación es el contenido de la Obligación Tributaria.
- ⁶⁶ Ruiz de Castilla, Op. cit.
- ⁶⁷ *Ibidem*.
- ⁶⁸ El subrayado es nuestro.
- ⁶⁹ Ver Artículo 19 del Decreto Legislativo 776.



El desarrollo de algunas garantías que hacen al “debido proceso” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Calogero Pizzolo

Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor regular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretario General de la Cátedra de Derecho Constitucional Latinoamericano. Director General para América Latina de los Cursos Euroamericanos de Postgrado en Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (España).

Sumario: I.- Garantías generales o comunes. Garantías procesales o rituales. Garantías de trato humanitario o carcelarias II.- El “debido proceso” en la jurisprudencia de la CIDH III.- La garantía del juez natural IV.- La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio: A.- Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete B.- Derecho a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada C.- Derecho de concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa D.- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor E.- Derecho de la defensa de interrogar a los testigos F.- Derecho a que el proceso penal sea público V.- La garantía de la segunda instancia VI.- El “non bis in idem” VII.- Principio de legalidad en materia penal y principio de especificidad de los tipos penales VIII.- La presunción de inocencia IX.- Los tribunales con “jueces sin rostro” X.- La justicia penal militar.

I.- Garantías generales o comunes. Garantías procesales o rituales. Garantías de trato humanitario o carcelarias.

El estado de derecho esta asociado a la seguridad jurídica la cual encuentra su realización en el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes y, muy en especial, de los límites allí establecidos. El ejercicio de un poder ilimitado es, pues, incompatible con la noción misma de estado de derecho. Precisamente, con el fin de “resguardar” al individuo frente al ejercicio ilimitado y abusivo del poder, se ha ideado un plexo de garantías. Esto es, un conjunto de dispositivos pensados para la protección de los derechos y libertades arrancadas a la omnipotencia del poder absoluto. En este sentido la CIDH en su Opinión Consultiva OC-6/86 tiene dicho que: “(...) la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”¹.

BIDART CAMPOS² sostiene que hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo

proteja. A lo que aquí llamamos garantías, en un rumbo similar, tienen como objeto la protección de los derechos en distintas etapas donde podrían resultar lesionados. Así, se protege el ámbito del ejercicio común de los derechos, el cual genera conflictos entre intereses contrapuesto. Dichos conflictos, en lo que constituye una característica esencial del estado de derecho, no se dirimen en aquella esfera común donde participan los particulares interesados, los conflictos se ponen a consideración, en el ámbito de la justicia, de un tercero imparcial frente a los intereses en conflicto. Este nuevo ámbito está rodeado de garantías específicas que constituyen cualidades intrínsecas de cualquier proceso judicial, sin perjuicio de las que son propias del proceso penal. Finalmente, una vez sustanciado el proceso judicial, aparecen la garantías que tienen por objeto el control del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. En consecuencia, podemos dividir - en lo que hace a su estudio- las garantías individuales en tres grandes grupos: a) las garantías generales o comunes; b) las garantías procesales o rituales; y c) las garantías de trato humanitario o carcelarias. Las primeras, actúan en aquel ámbito común donde los derechos se ejercen y tienen como fin permitir el “acceso” a un tercero imparcial para dar solución al conflicto.

La garantía central es aquí aquella que garantiza el derecho a la jurisdicción y sus garantías complementarias como el principio de tutela efectiva que implica la necesaria existencia de un



“recurso o procedimiento adecuado”. Se aplican también aquí garantías que exceden el marco propio del proceso judicial como el derecho a no declarar contra sí mismo. Las segundas, operan una vez instaurado el proceso judicial y forman una especie de “escudo” para las partes contra las posibles arbitrariedades que se cometan en aquél dando lugar a lo que la doctrina denomina “debido proceso”. Son garantías, en este segundo ámbito, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, el derecho a ser juzgado sin dilaciones y a una duración razonable del proceso; la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia; el juez natural; el derecho a no ser arrestado sino es por orden de autoridad competente; la inviolabilidad de la defensa en juicio y sus garantías complementarias, la segunda instancia; el “*non bis in idem*”; entre otras. Las terceras y últimas, trabajan con la conclusión del proceso judicial y el dictado de una “sentencia”. De este modo son garantías la prohibición de ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el período del cumplimiento de una condena.

En lo que sigue analizamos algunos pronunciamientos de la CIDH en relación a los contenidos de lo que llamamos garantías procesales o rituales.

II.- El “debido proceso” en la jurisprudencia de la CIDH.

La CIDH tiene dicho que, si bien el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)³ se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.⁴ A pesar de que el citado artículo 8 (CADH) no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia pena.⁵

El mismo Tribunal ha definido al “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, como el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independien-

te e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.⁶ La CIDH individualiza las características de un proceso indebido haciendo referencia a procesos que no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso.⁷

La jurisprudencia de la CIDH apunta a sostener que la justicia realizada a través del debido proceso legal como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 (CADH) en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.⁸

Finalmente, en lo que constituye su última opinión consultiva hasta la fecha, la CIDH dejó claro que para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar -afirma la CIDH- que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.⁹ Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y



deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.¹⁰

III.- La garantía del juez natural.

El derecho a la jurisdicción en la medida que significa la posibilidad de acceder a un órgano judicial, presupone que dicho órgano debe ser el “juez natural” para la causa. Esto es, el tribunal judicial cuya creación, jurisdicción y competencia, provienen de una ley anterior al “hecho” originante de aquella causa (o proceso). La palabra “juez” no alude a la persona física del juez, sino al “tribunal” u “órgano” judicial.

Juez natural es, entonces, el tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley dictada antes del hecho que es origen del proceso en el que ese tribunal va a conocer y decidir. La garantía de los jueces naturales no es privativa de la materia penal, sino extensiva a todas las restantes: civil, comercial, laboral, etc.¹¹ El objetivo de la garantía que estudiamos es asegurar a los habitantes una justicia imparcial, sin parcialidades e igual para todos. El concepto de juez natural es consecuencia del principio según el cual la función jurisdiccional es monopolio del Poder Judicial. Así, la prohibición de someter al juzgamiento de comisiones especiales significa la imposibilidad de crear organismos *ad-hoc*, o *ex post facto* (después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. Esta prohibición -en opinión de EKMEKDJIAN¹²- no se extienden a las aludidas comisiones especiales en el sentido clásico del término, sino que se a cualquier otro órgano, aun cuando perteneciera al Poder Judicial y aun cuando preexistiera al hecho, que no tuviera competencia específica sobre la causa en el momento en que se produjo el hecho que la originó. Si estos órganos -aun los judiciales, concluye el autor- no tienen potestad en el caso, con mayor razón carecen de ellas las comisiones administrativas.

La CADH en su artículo 8.1 afirma: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, (...)*”. La CIDH tiene dicho en relación a la ga-

rantía del juez natural que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. La jurisdicción militar -continua- no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.¹³ En el mismo caso la CIDH afirma que el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 (CADH). En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.¹⁴

En un caso más reciente la CIDH sostuvo que el Estado, al crear Salas y Juzgados *Transitorios* Especializados en Derecho Público y designar jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, no garantizó a la víctima el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos “con anterioridad por la ley”, consagrado en el artículo 8.1 d (CADH).¹⁵

IV.- La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

El pleno ejercicio de esta garantía ritual impone, como es obvio, antes de la defensa el previo conocimiento de la acusación debiéndose garantizar el acceso a todos sus elementos. Un conocimiento parcial o irregular de la acusación lesiona la inviolabilidad de la defensa en juicio del acusado y tiñe de nulidad todo el proceso. Así la CADH en su artículo 7.4 afirma que: “*Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las*



razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio suma, según vemos a continuación, algunos de los siguientes contenidos intrínsecos al debido proceso: a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; b) Derecho a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) Derecho de concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos; y f) Derecho a que el proceso penal sea público.

A.- Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.

Este derecho opera frente a la circunstancia de que el imputado de un delito no comprenda o no hable el idioma del juzgado o tribunal donde se tramita la causa. La CADH en su artículo 8.2.(a) se refiere a él en como: *“derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.*

La CIDH resolvió que proveer de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y atribuir al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular, son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.¹⁶ La CIDH estima que el derecho que tratamos debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.¹⁷

B.- Derecho a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

El ejercicio de este derecho es fundamental para la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. La CADH lo contiene en su artículo 8.2.(b) y la CIDH ha tenido varias oportunidades para expedirse sobre el contenido de este derecho. Así ha manifestado que la restricción a la labor de los abogados defensores y la es-

casa posibilidad de presentación de pruebas de descargo constituye una violación a la CADH, dado que los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían, las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primer instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los abogados fueron meramente formales. Los inculpados no contaron con una defensa adecuada.¹⁸

C.- Derecho de concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

A este derecho se refiere el artículo 8.2.(c) de la CADH. No sólo basta, a los fines de mantener “viva” la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, conocer los pormenores de la acusación. Lo anterior de muy poco serviría si no va acompañado de la posibilidad de contar con los elementos materiales suficientes como para llevar adelante la defensa. En relación a lo anterior, la CIDH ha afirmado que debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el denunciante no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo la posibilidad de comunicarse de forma libre y privada con él. En consecuencia, la CIDH considera que el Estado denunciado violó el artículo 8.2.c, d y e (CADH).¹⁹

En otro caso, la CIDH estimó que la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo quedo demostradas en los hechos: los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales, no pudiéndose sostener que las víctimas contarán con una defensa adecuada.²⁰ Más recientemente, la CIDH encontró que la escasa comunicación entre la víctima y sus defensores y la ausencia de notificaciones de las decisiones y actos procesales, además de las dificultades que tuvieron los abogados para acceder al expediente; a las condiciones materiales de comunicación entre el inculpado y sus abogados y



al hecho de que los magistrados encargados del proceso militar estaban vestidos con uniforme de campaña, armados y con pasamontañas con el afán de intimidar al abogado interviniente, el cual era llevado a las instalaciones militares vendado, constituyen una violación al artículo 8.2.(c) (CADH).²¹

D.- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

La CIDH tiene dicho que los literales d) y e) del artículo 8.2 (CADH) expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que ello es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la CADH garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su "situación económica" si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente. Hay que entender -afirma la CIDH-, por consiguiente, que el artículo 8 (CADH) exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado.²²

Por otro lado, la CIDH tiene dicho que viola el derecho de toda persona a ser asistida por el abogado de su elección (art. 8.2.d CADH), la legislación que prohíbe que los abogados defensores tengan a su cargo, simultáneamente, más de un caso correspondiente a delitos allí previstos.²³

E.- Derecho de la defensa de interrogar a los testigos.

La CADH consagra este derecho en el artículo 8.2.(f) al referirse al "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

ner la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Se trata de garantizar aquí uno de los elementos materiales indispensables, en la etapa de la producción de pruebas, para construir una defensa legítima desde el punto de vista del debido proceso. Este derecho implica la posibilidad de interrogar tanto a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como a testigos o peritos, o cualquier otra persona que pueda arrojar luz sobre los hechos.

La CIDH, en esta materia, ha resuelto que constituye una violación al derecho que estudiamos la legislación que, por una parte, prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación y, por otra, genera la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, lo cual hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial.²⁴

F.- Derecho a que el proceso penal sea público.

La publicidad que se de al proceso encuentra su límite en la potencial violación de las garantías procesales que estudiamos. Se trata entonces de armonizar el derecho de los acusados a ejercer sus garantías rituales y de la sociedad a estar informada. Todo ello como parte de la compleja y difícil tarea de fijar el límite del ejercicio de un derecho y el comienzo del ejercicio de otro. Un fundamento esencial para mantener la vigencia del derecho que estudiamos es evitar sumergir en el secreto y el ocultismo las actuaciones procesales con el consiguiente desprecio de las garantías individuales que dicha actitud, a lo largo de la historia de la humanidad, ha demostrado engendrar. Así la CADH afirma en su artículo 8.5 que "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

La CIDH estableció, en este punto, que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales "sin rostro", y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la CADH.²⁵



V.- La garantía de la segunda instancia.

Se entiende por “segunda” instancia (o instancia “múltiple”) la organización procesal del juicio penal que contiene la posibilidad de revisar la sentencia de primera instancia mediante “recurso” (que habilita una o más instancias posteriores ante otro tribunal, denominado de “alzada”). Es lo opuesto a la instancia única. El derecho a una segunda instancia encuentra su consagración normativa en la CADH (art. 8.2.h) que consigna el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

La CIDH luego de afirmar que los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 (CADH); afirma que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la CADH, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la CADH, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la CADH establece.²⁶

VI.- El “non bis in idem”.

Significa la prohibición de reiterar el enjuiciamiento penal por un hecho ya juzgado. A él se refiere la CADH (art. 8.4): “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

La CIDH en este punto ha dicho que, este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la CADH utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.²⁷

La prohibición que tratamos no obsta a que en caso de sentencia condenatoria se proceda después a su “revisión” si es que aparecen luego causales justificatorias como por ejemplo nuevos elementos de prueba, error judicial, etc., que permitan la absolución y, como efecto de la nueva sentencia, la reparación indemnizatoria.

VII.- Principio de legalidad en materia penal y Principio de especificidad de los tipos penales.

El reproche penal siempre debe fundarse en ley, o sea que sólo el Congreso puede crear normas que incriminen conductas y establezcan las penas respectivas. Sin embargo, en la práctica estas pautas no se cumplen con la rigurosidad requerida. Es el caso, por ejemplo, de las llamadas “leyes penales en blanco” que se caracterizan porque tipifican en forma incompleta ciertas conductas, delegando a la reglamentación el establecimiento de los recaudos faltantes.

La CADH (art. 7.2) dice al respecto que: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. En este sentido, la CIDH encuentra que una incomunicación prolongada del detenido -en el caso treinta y cinco días- más allá del plazo permitido por el derecho interno, viola el citado artículo 7.2 (CADH). La incomunicación -afirma la CIDH-, es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la CADH y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.²⁸

La CADH también establece (art. 9) que: “Nadie



puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". Al respecto la CIDH entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la CADH.²⁹

VIII.- La presunción de inocencia.

Esta alcanza a toda persona hasta tanto una sentencia firme de condena sea dictada por el órgano jurisdiccional competente. El derecho a la presunción de inocencia se viola, en opinión de Bidart Campos³⁰, por el *indulto anticipado*, o sea, por el que se dispone mientras pende el proceso penal; y ello porque si el indulto debe recaer sobre una pena impuesta a persona determinada; mientras no hay sentencia no hay ni puede haber pena, no siendo tal la que genérica y abstractamente prevé la ley.

La CADH (art. 8.2) dice al respecto: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*. En su interpretación de este principio la CIDH sostuvo que el Estado denunciado, por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 (CADH), que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la denunciante la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues, esa imputación, sólo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente.³¹

En otro caso, la jurisprudencia de la CIDH ha establecido que constituye una violación del artículo 8.2 (CADH) la exhibición del detenido, ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado. Para más adelante

sostener que, el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 (CADH), exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.³²

La presunción de inocencia encuentra también una manifestación concreta en el instituto de la "libertad procesal" durante el proceso penal (también denominado eximición de prisión o excarcelación). Este puede definirse como el derecho que tiene toda persona a su libertad corporal y ambulatoria mientras una sentencia firme en su contra no haga cesar su presunción de inocencia. La CADH mantiene respecto a las personas procesadas la siguiente regla: *"Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio"* (art. 7.5).

La jurisprudencia de la CIDH mantiene que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 (CADH) -prosigue la CIDH- se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.³³ En el mismo caso la CIDH entendió que con la prolongada detención preventiva del denunciante, se violó el principio de presunción de inocencia, por cuanto permaneció detenido del 23 de junio de 1992 al 28 de abril de 1996 y la orden de libertad dictada en su favor el 10 de julio de 1995 no pudo ser ejecutada sino hasta casi un año después. Concluyéndose con todo en que el Estado denunciado violó el artículo 8.2 (CADH).³⁴

IX.- Los tribunales con "jueces sin rostro".

Este tipo de proceso se caracteriza por llevarse a cabo en algún lugar remoto -generalmente el lugar de detención- con la exclusión del público de las actuaciones. Los acusados desconocen



quiénes son los jueces que los juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental del debido proceso: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser, independiente e imparcial. En el sistema de juicios con “jueces sin rostro”, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido *ad hoc*, puede estar compuesto por militares en servicio activo. Este sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia. El anonimato de los magistrados, como anota la Comisión GOLDMAN³⁵, despoja al encausado de garantías básicas de justicia: el procesado no sabe quién lo está juzgando y si esa persona es competente para hacerlo (por ejemplo, si cuenta con entrenamiento legal adecuado y experiencia necesaria); el procesado ve afectado su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, dado que no puede recusar al juez con prejuicios. La CIDH tiene dicho que la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.³⁶

X.- La justicia penal militar.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que, en los casos en los cuales la violación de un derecho protegido tiene como consecuencia la comisión de un ilícito penal en el ámbito del derecho interno, las víctimas o sus familiares tienen derecho a que un tribunal ordinario determine la identidad de los responsables, los juzgue e imponga las sanciones correspondientes. No cabe duda que estos casos requieren de la sustanciación de un proceso penal que incluya una investigación y sanciones penales, así como la posibilidad de obtener una reparación. Por su naturaleza y estructura, la jurisdicción

penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8 (CADH)³⁷.

El sistema de la justicia penal militar -afirma la Comisión analizando el caso de Colombia- tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia militar³⁸.

La CIDH, por su lado, mantiene desde su jurisprudencia que la jurisdicción militar no viola *per se* la CADH³⁹. En otro caso posterior, la CIDH precisa que en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁴⁰. Para la CIDH los tribunales militares del Estado que han juzgado a la presunta víctima por el delito de traición a la patria no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 (CADH). La CIDH considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos⁴¹.

NOTAS:

¹ CIDH, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6, párrafo 21. Ver texto completo en Bidart Campos, Germán y Pizzolo, Calogero, *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, Op. cit., pp. 407 y ss., junto al comentario de Sabsay, Daniel, *Comentario a la Opinión Consultiva 6*, pp. 421 y ss.

² Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 622.

³ El texto completo del artículo 8 citado es el siguiente: “1. 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 sustanciación 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. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un



defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

- ⁴ Corte IDH, caso “Tribunal Constitucional”, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, N° 71, párrafo 69.
- ⁵ *Ídem*, párrafo 70.
- ⁶ Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentenciada del 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párrafo 74. En igual sentido, caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, párrafo 137. Los mismos conceptos fueron vertidos por la CIDH en ejercicio de su competencia consultiva: ver Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, Opinión Consultiva OC-11/90 citada, párrafo 28.
- ⁷ Corte IDH, caso “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, párrafo 62. Por su parte, el voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y O. Jackman va más lejos al afirmar que tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al Poder Judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino también a civiles, que emiten sentencias -como en el presente caso- desprovistas de motivación, no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 (CADH), como elemento esencial del debido proceso legal.
- ⁸ Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, párrafo 129.
- ⁹ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párrafo 117. Ver texto completo en Bidart Campos, Germán, y Pizzolo, Calogero, *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, Op. cit., pp. 845 y ss., junto al comentario de Loiano, Adelina, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, pp. 967 y ss.
- ¹⁰ *Ídem*, párrafo 119.
- ¹¹ Cfr. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Op. cit., Tomo I, p. 657.
- ¹² Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, DEPALMA, Buenos Aires, Tomo II, p. 304.
- ¹³ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 128. En igual sentido, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafo 112.
- ¹⁴ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 130.
- ¹⁵ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párrafo 114.
- ¹⁶ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 citada, párrafo 120.
- ¹⁷ *Ídem*, párrafo 122.
- ¹⁸ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi”, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafos. 139 a 142.
- ¹⁹ Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrafo. 83.
- ²⁰ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 141.
- ²¹ Corte IDH, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafos 123 y ss.
- ²² Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párrafos 25 y 26. Ver texto completo en Bidart Campos, Germán, y Pizzolo, Calogero, *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, Op. cit., pp. 637 y ss., junto al comentario de Flores, María Teresa, *Comentario sobre la Opinión Consultiva 11*, pp. 651 y ss.
- ²³ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 146.
- ²⁴ *Ídem*, párrafo 153.
- ²⁵ *Ídem*, párrafo 172.
- ²⁶ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 161.
- ²⁷ Corte IDH, caso “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, párrafo 66.
- ²⁸ Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrafos 51 y 52.
- ²⁹ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 121. En igual sentido, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafo 155. En este último caso la CIDH establece que “las definiciones de los delitos de terrorismo y traición a la patria utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social. De otro lado, la inclusión de modalidades tan amplias de participación en la realización del correspondiente delito, como las que contempla el artículo 2o. del Decreto Ley No. 25.659, descaracteriza la definición del sujeto calificado de la traición a la patria y acerca esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella” (*Ídem*).
- ³⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Op. cit., Tomo I, p. 629.
- ³¹ Corte IDH, caso “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, párrafo 63.
- ³² Corte IDH, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafo 120.
- ³³ Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrafo 77.
- ³⁴ *Ídem*, párrafo 78.
- ³⁵ Ver Informe de la Comisión de Juristas Internacionales sobre la Administración de Justicia en el Perú - Instituto de Defensa Legal, Lima, 1994, p. 67.
- ³⁶ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrafo 133. El mismo criterio a seguido el Comité de Derechos Humanos (ONU) el cual ha sostenido que, los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-1966), a la vez que desvirtúa el sistema judicial y llevaría a la condena de personas inocentes sin un debido proceso. Ver Comunicación N° 577/1994, “R. Espinoza de Polay c. Perú”, dictamen aprobado el 6 de noviembre de 1997 durante el 61º período de sesiones, párrafo 8.8; y Comunicación N° 688/1996, “Carolina Teillier Arredondo c/ Perú”, párrafo 10.5. Ver también las observaciones al tercer informe periódico del Perú (CCPR/C/83/Add.1 y HRI/CORE/1/Add.43/Rev.1) aprobadas por el Comité en su 1555ª sesión celebrada el 6 de noviembre de 1996, párrafo 153.

- ³⁷ Comisión IDH, caso “Amparo Tordecilla Trujillo” (Colombia), Informe 7/00 (caso 10.337), párrafos 51 a 53, citado. Ver también caso “Los Uvos” (Colombia), Informe 35/00 (caso 11.020), párrafo 60, citado; caso “Caloto” (Colombia), Informe 36/00 (caso 11.101), párrafo 55, citado.
- ³⁸ Comisión IDH, “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999)”, ps. 175/186. Ver también “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1993)”, p. 237, donde se expresa “*Los tribunales militares no garantizan la vigencia del derecho a obtener justicia, ya que carecen de independencia, que es un requisito básico para la existencia de este derecho. Además, en las sentencias que han dictado han puesto de manifiesto pronunciada parcialidad, pues con frecuencia se han abstenido de imponer sanciones a los miembros de las fuerzas de seguridad que, probadamente, han participado en graves violaciones de derechos humanos*”.
- ³⁹ Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentenciad del 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párrafos 84 y 91.
- ⁴⁰ Corte IDH, caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68, párrafo 117. La CIDH afirma que, en el presente caso, los militares encargados de la debelación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no (*idem*, párrafo 118). En igual sentido, Corte IDH, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafo 113.
- ⁴¹ Corte IDH, caso “Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrafo 114.



Comunidad Andina hacia un Mercado Común. Institucionalidad y Ordenamiento Jurídico

Pierino Stucchi López Raygada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área Jurídica de la Secretaría General de la Comunidad Andina¹

Porque el tiempo apremia, es necesario elevar la mira. Los problemas coyunturales no debieran apartarnos de la visión de largo plazo. Es preciso continuar avanzando en la construcción de reglas claras de juego, sencillas, de aplicación general y sin excepciones. Sólo así, los beneficios de la integración que actualmente son muy alentadores podrán serlo mucho más si consolidamos estos avances.
Sebastián Alegrett²

Sumario: Introducción 1.- La Integración como alternativa para el desarrollo: a) Sistema de preferencias b) Zona de libre comercio c) Unión aduanera d) Mercado común e) Formas avanzadas de integración 2.- Evolución y estado actual de la Comunidad Andina 2.1.- Reflexiones sobre la dependencia (1950 –1968) 2.2.- Acuerdo de Cartagena y establecimiento institucional (1969 –1989) 2.3.- Liberalización y crecimiento comercial (1990 –1997) 2.4.- El actual Sistema Andino de Integración (1997 – 2002) 2.5.- Hacia el Mercado Común Andino (2003 – 2005) 3.- Órganos e instituciones de la Comunidad Andina 3.1.- Órganos 3.2.- Instituciones 4.- Ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina 4.1.- Jerarquía normativa 4.2.- Características de la norma comunitaria 5.- Sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina 5.1.- Características 5.2.- Procesos y función arbitral 6.- Perspectivas frente a la integración regional.

Introducción

En un contexto de globalización como el actual, que se plantea desde un sistema económico liberal, las fronteras nacionales se ven atravesadas por ineludibles fenómenos económicos financieros, comerciales y monetarios que acentúan las asimetrías económicas, marcando las diferencias entre los países superavitarios y los países deficitarios. La tesis que señala al sistema económico liberal globalizado como reductor de la pobreza de los países en vías de desarrollo ha fracasado.

Sin embargo, en un mundo donde los compromisos internacionales se han intensificado y los mecanismos de sujeción se han perfeccionado, poca libertad queda para que los Estados puedan elegir un camino de retorno de la liberalización hacia formas económicas más o menos proteccionistas o de planificación.

1.- La integración como alternativa para el desarrollo

En la búsqueda de caminos hacia el desarrollo y entre la escasa libertad de acción de los países, se encuentra aún la alternativa de participar en un proceso de integración con socios regionales o subregionales para constituir con éstos un mercado ampliado que responda a expectativas de lograr un mercado mayor para las empresas de los paí-

ses socios y una mejor oferta para los consumidores nacionales a fin de que puedan satisfacer sus necesidades con productos más eficientes tanto en precio, como en calidad. Esto significa, en suma, intensificar la competencia en los mercados de los países socios.

Los estudiosos de la integración generalmente hacen un esfuerzo por entender éstos procesos desde una perspectiva económica y jurídica, dado que no se puede desvincular a ambas en el análisis de un proceso que, para lograr objetivos económicos, se vale de herramientas jurídicas.

Con respecto al desarrollo de los procesos de integración, se han delineado categorías ideales que permiten ilustrar los objetivos de cada proceso. Éstas no responden a una progresión necesariamente verificable, sin embargo diversos Tratados Internacionales de Integración nos permiten apreciar que generalmente se ha presentado un desarrollo secuencial.

a) Sistema de preferencias

Se trata de un acercamiento económico que puede dar lugar a un proceso de integración, como no. El mecanismo del Sistema de Preferencias es una concesión mutua en forma de reducciones de aranceles para bienes y/o compromisos mutuos encaminados a evitar el trato discriminatorio a los



servicios que provengan del país socio. Significa tratar al producto o servicio originario del país socio, en la medida de lo pactado, como se trataría a un producto o servicio nacional.

En la negociación de este sistema, los futuros países socios identifican los productos o servicios que les interesa poder exportar a su contraparte e importar de ella. De este modo luego de un cotejo de intereses y de concesiones mutuas se establece un Sistema de Preferencias con respecto a una lista final en la que se hayan puesto de acuerdo.

b) Zona de libre comercio

Se establece cuando cada país socio no impone el cobro de aranceles, o tributos similares a la importación, a los bienes originarios de los demás. Esta categoría ideal se ve matizada, en la realidad, con exclusiones de algunos productos por cada país, en tanto así se pacte. Por lo general, luego del acuerdo no se implementa de manera inmediata lo pactado, se inicia un programa de desgravación que establece plazos o sistemas graduales para llegar al universo de libre intercambio.

Esta es una categoría intermedia que cierto sector de la doctrina jurídica considera como esquema de integración y cierto sector no. Quienes se encuentran en contra de considerarla como tal señalan que existe un bajo nivel de compromiso entre los países socios, pues éste se reduce a simples desgravaciones arancelarias. Aquellos que se encuentran a favor sostienen que a las desgravaciones arancelarias se añaden compromisos jurídicos importantes dirigidos a evitar que se establezcan gravámenes y restricciones.³

c) Unión aduanera

Los países socios establecen un nuevo territorio aduanero conformado por la unión de sus territorios. Ésta se verifica a nivel de aduanas como su nombre indica, significando fundamentalmente la aplicación de un mismo nivel arancelario a los productos que se importan desde el exterior de la unión a cada país socio y generando la conformación de una frontera comercial única que se proyecta hacia el exterior.

Adicionalmente, se materializa una política comercial exterior y un sistema de defensa comercial comunes que pueden consistir en negociación internacional conjunta y regulaciones sobre dumping, subvenciones y salvaguardias, entre otras.

La categoría ideal señala como deseable la supresión absoluta de control arancelario al interior de

la Unión Aduanera, asegurando una libre circulación de bienes al interior y manteniendo las aduanas de frontera entre los países socios fundamentalmente una función de control sanitario y orden público.

d) Mercado común

Esta categoría implica el establecimiento de profundos compromisos entre los países socios, de manera que se asegure el libre intercambio y circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior de sus territorios en condiciones equivalentes a las que se tendría si todos conformaran un único mercado nacional.

Según la categoría ideal, los ciudadanos de los países socios deben tener derecho de establecimiento y trabajo en iguales condiciones y sin discriminación en el territorio de cualquiera de los países. Del mismo modo, la circulación de bienes, servicios y capitales se desarrollaría sin discriminación o restricción alguna.

e) Formas avanzadas de integración

Como paradigma encontramos el notable caso de la Unión Europea que, superando los linderos del Mercado Común, se ha proyectado a una Unión Monetaria parcial, de la que no participa, entre otros países, el Reino Unido. El carácter distintivo de la unión monetaria es la moneda única, que en el caso de la Unión Europea es el Euro, ésta permite mayor transparencia en el mercado y un equilibrio en el intercambio comercial de los países socios sobre la base de un valor estándar que evita una competitividad basada en la devaluación de monedas nacionales o en tipos de cambio que aumentan los costos de transacción.

Otras categorías, dentro de las Formas Avanzadas de Integración, se sitúan superando los linderos de los aspectos comerciales, monetarios y/o financieros de la economía, para dirigirse hacia Uniones Políticas o nuevas formas de federalismo contemporáneo.⁴

2.- Evolución y estado actual de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, países que agrupan a más de 115 millones de habitantes en una superficie de 4 710 000 kilómetros cuadrados, cuyo producto bruto interno ascendió en el año 2001 a 283 000 millones de dólares⁵. Esta Organización Internacional conduce y adminis-



tra el proceso de integración camino a una plena y libre circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior del territorio de nuestros países, hacia el año 2005.

Para los países andinos, el establecimiento de un Mercado Común se presenta como una estrategia de desarrollo, cuyo objetivo es consolidar fortalezas y un mercado ampliado atractivo para las inversiones y menos vulnerable a los vaivenes económicos internacionales, lo que permitiría el mejoramiento notable de su posición negociadora como bloque frente a los nuevos retos de la globalización.⁶

Al iniciar el estudio de las dimensiones del proceso de integración andino, conviene conocer su evolución, los órganos e instituciones que lo conforman, las características principales de su ordenamiento jurídico y sus perspectivas.

2.1.- Reflexiones sobre la dependencia (1950 -1968)

Desde la década de los cincuenta, en América Latina empieza a pensarse de un modo diferente sobre el conjunto de problemas y soluciones necesarias para lograr el desarrollo. Hace aparición, en la escena internacional, la Comisión Económica de América Latina (CEPAL) que, sorteando la oposición de los Estados Unidos y apoyándose en el fuerte apoyo de los gobiernos de Chile y sobre todo de Brasil, comienza a consolidarse como un referente de nuevas propuestas sobre desarrollo y actividad económica para América Latina⁷.

En este contexto, la Teoría de la Dependencia se plantea como un análisis regional que inaugura una rica reflexión sobre la situación económica y los niveles de desarrollo, planteando como mecanismo fundamental la sustitución de importaciones, evitando una conducta importadora de América Latina y provocando una industrialización dirigida que permitiera elevar los niveles de auto - abastecimiento del consumo nacional.

2.2.- Acuerdo de Cartagena y establecimiento Institucional (1969 -1989)

En un escenario de integración regional establecido por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio - ALALC⁸ -, el motivo político detrás de la celebración del Acuerdo de Cartagena y la creación del Grupo Andino fue lograr equilibrar el peso regional del poder económico representado por ABRAMEX (Argentina, Brasil y México). Los países andinos buscaron estable-

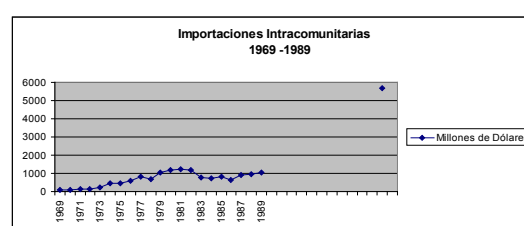
cer un contrapeso que permitiera a sus medianas economías desarrollarse mediante una profunda integración subregional.

El Acuerdo de Cartagena estableció el inicio del proceso de integración andino, entrando en vigor en el año 1969. Su cumplimiento entrañaba, como aspectos sustanciales, el logro de los siguientes objetivos:

- a) Cumplimiento de un Programa de Liberalización tendiente al establecimiento de una Zona de Libre Comercio;
- b) Instauración de un Arancel Externo Común que consolide una Unión Aduanera;
- c) Establecimiento de programación industrial conjunta;
- d) Armonización de políticas económicas; y
- e) Existencia de instituciones financieras y monetarias.

En esta época, la orientación económica de los países andinos correspondía a un modelo de planificación centralizada según el cual, a diferencia del modelo liberal imperante en la actualidad, era el Estado quien asignaba los recursos económicos existentes a las actividades económicas y dirigía la lógica de las inversiones. El mercado no cumplía la función de asignar los escasos recursos a las actividades más eficientes, era la planificación de los organismos estatales quien señalaba su destino⁹.

A continuación, podemos apreciar la evolución de las exportaciones entre los países andinos durante esta etapa:



Cuadro No. 1.- Evolución del Comercio en la Comunidad Andina entre los años 1969 y 1989. Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina.

Bajo el sistema de planificación estatal el comercio entre los Países Miembros del entonces Acuerdo de Cartagena evolucionó de la casi inexistencia a cifras que superaban, en algunos casos, los mil millones de dólares, logrando un desarrollo comercial importante comparado con el pasado¹⁰.

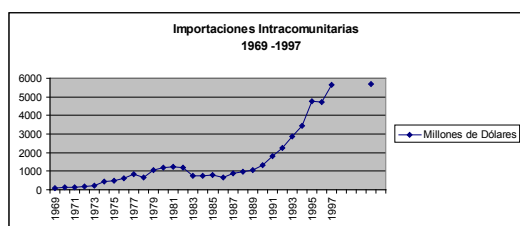
Sobre el aspecto institucional, cabe señalar que a través de un tratado adicional en 1979 fue creado el Tribunal Andino de Justicia, órgano significativo y distintivo del esquema de integración an-



dino, encargado de interpretar el derecho comunitario andino, entrando en funciones en 1984.

2.3.- Liberalización y crecimiento comercial (1990 –1997)

Como podemos apreciar, ampliando la línea del tiempo desde 1969 hasta 1997, el comercio intracomunitario creció en un 300% en los primeros siete años de la década de los noventa, pasando de una cifra de 1.0 millón de dólares en 1989 a 5.6 millones de dólares en 1997. Este crecimiento coincide con un importante cambio en los modelos económicos imperantes en los países andinos que, de una economía cerrada, transitan a una intensa liberalización.



Cuadro No. 2.- Evolución del Comercio en la Comunidad Andina entre los años 1969 y 1997. Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina.

La política liberal de los Países Miembros significó el desarrollo de una política de Regionalismo Abierto que, a través de la reducción de los aranceles de importación y demás restricciones a los otros factores de producción, sometió al comercio intrasubregional a una competencia con el comercio extra - subregional en búsqueda de reducir las ineficiencias del esquema de integración andino. A esta política de apertura hacia afuera se sumó la flexibilización de las legislaciones laborales, la apertura de los mercados nacionales bajo el sistema de libre competencia y la modificación del régimen común sobre inversión extranjera.

Institucionalmente, se destaca la creación del Consejo Presidencial Andino que contrastó paradójicamente con una falta de disciplina comunitaria para las negociaciones internacionales, pues entre otros, los Países Miembros negociaron individualmente acuerdos comerciales con Chile y México.

2.4.- El Actual Sistema Andino de Integración (1997 – 2002)

En un contexto de crisis financiera internacional, que también afectó a los Países Miembros de la Comunidad Andina, entraron en vigencia las últimas reformas institucionales. Se crearon el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Ex-

teriores y la Secretaría General – que sustituyó a la Junta del Acuerdo de Cartagena –, tomando su forma actual el Sistema Andino de Integración.

Si bien el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina inició sus funciones en 1984, es recién en 1997 que se pone en marcha, bajo su administración, el funcionamiento del Sistema Jurisdiccional de Solución de Controversias. Asimismo, se aprueba un régimen especial de desgravación para el Perú, que pone en marcha la consolidación de la Zona de Libre Comercio Andina.¹¹

En 1999, los Presidentes Andinos, responsables de la conducción política del proceso, plasman en una Declaración Conjunta el mandato político para la conformación del Mercado Común Andino para el año 2005, cuyo cumplimiento motiva en la actualidad la aceleración del régimen especial de desgravación para el Perú y la consolidación de la Unión Aduanera, como requisitos a cumplir necesariamente de manera previa.¹²

Se produce una mayor coordinación en las negociaciones internacionales, contando con vocería única en los Grupos de Negociación del Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA - y en los Acuerdos de Alcance Parcial Comunidad Andina – Brasil y Comunidad Andina – Argentina, entre otros.

Con respecto a las cifras de comercio subregional, durante el año 2001 se registraron 5680 millones de dólares, apreciándose que, luego de un sensible descenso en 1999, se produce una recuperación y mantenimiento de flujo comercial. Esta fluctuación no significa un estancamiento del intercambio, si se aprecian las cifras en el escenario de la crisis financiera internacional que caracterizó este periodo, por el contrario es un indicador de la fortaleza de las relaciones comerciales andinas.



Cuadro No. 3.- Evolución del Comercio en la Comunidad Andina entre los años 1969 y 2001. Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina.

2.5.- Hacia el Mercado Común Andino (2003 – 2005)

Como señalamos líneas arriba, un Mercado Común implica la existencia de cuatro libertades al interior de su territorio: a) Libertad de circula-



ción de bienes – que se debe encontrar sustentada sobre la base de una Unión Aduanera consolidada –, b) Libertad de circulación de servicios, c) Libertad de circulación de capitales, y Libertad de circulación de personas. De este modo, si los países andinos logran el aseguramiento de las mencionadas libertades sobre los cuatro factores de producción, eliminando toda discriminación, gravamen y restricción al libre flujo de éstos como si fuera un único mercado nacional o interior¹³, habrán logrado su objetivo.

Como parte de los obstáculos que se habrán de superar para la consecución del objetivo, se encuentran la severa crisis económica que afecta a la región y las particulares inestabilidades políticas de cada País Miembro. Sin embargo, es un indicador de aliento que se transite por la vía democrática en búsqueda de soluciones para los problemas existentes.

La participación de la sociedad civil, la eficacia representativa de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos¹⁴, la profundización de la Política Externa Común y la ejecución de los compromisos actuales son importantes matrices de la estrategia que debe seguir la Comunidad Andina para lograr el establecimiento de su Mercado Común.

Es indispensable para el éxito del proceso que éste sea reflejado en el ciudadano andino, quien, en su calidad de sujeto de la integración, debe gozar de sus beneficios y disfrutar de sus oportunidades.¹⁵ Además, tanto los gobiernos nacionales como los órganos comunitarios andinos tienen la obligación de actuar de acuerdo con el mandato presidencial de Cartagena de Indias, confirmado y complementado por la Declaración Presidencial de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia del 30 de enero de 2002.¹⁶

3.- Órganos e instituciones de la Comunidad Andina

La Comunidad Andina está integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que se señalan en el Acuerdo de Cartagena¹⁷.

En este sentido, cumple con los atributos clásicos de una Organización Internacional, pues además de poseer una composición interestatal, ser fruto de una generación convencional a través del Acuerdo de Cartagena y demás tratados de integración andina, y poseer personalidad jurídica propia, cuenta con una estructura orgánica for-

malmente establecida.

Su organización responde a un esquema circular en el que cada Órgano e Institución tienen sus competencias definidas y coordina acciones con los demás, no existiendo jurídicamente una marcada jerarquía.



Cuadro No. 4.- Composición de la Comunidad Andina. Países Miembros, Órganos e Instituciones. Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina (<http://www.comunidadandina.org>)

3.1.- Órganos

Estos constituyen el núcleo de la estructura orgánica de la Comunidad Andina. Sus atribuciones les han sido expresamente conferidas por los Países Miembros a través del Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y sus respectivas modificaciones¹⁸.

a) Consejo Presidencial Andino

Se encuentra conformado por los Presidentes de la República de los Países Miembros, uno de los cuales ejerce las funciones de Presidente del Consejo y en tal calidad asume la máxima representación política de la Comunidad Andina, permaneciendo un año calendario en su función, la que es ejercida sucesivamente y en orden alfabético.

El Consejo Presidencial se encarga de emitir Directrices sobre distintos asuntos concernientes a la integración andina, las cuales son instrumentadas posteriormente por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Se reúne en forma ordinaria una vez al año y puede reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente.¹⁹

Este órgano se encarga de establecer la política del proceso de integración subregional, orientar

e impulsar las acciones en asuntos de interés de la subregión, evaluar el desarrollo y los resultados del proceso de integración, y examinar todas las cuestiones y asuntos relativos al desarrollo del proceso y de sus relaciones externas. Además considera y emite pronunciamientos sobre los informes y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.²⁰

b) Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

Está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros y se encarga de la dirección política y de la consecución de los objetivos del proceso de integración. Asimismo, como se desprende de la naturaleza de su conformación, formula y ejecuta la política exterior de la Comunidad Andina.²¹

Este Consejo tiene la facultad de suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países y organismos internacionales, vinculados a temas globales de política exterior y de cooperación. Ejerce también funciones de coordinación para lograr una posición conjunta de los países andinos en foros y negociaciones internacionales.

Expresa su voluntad mediante Declaraciones y Decisiones, siendo las primeras, lineamientos políticos de carácter no vinculante, y las segundas, normas jurídicas de aplicación obligatoria.²²

El Consejo puede sesionar en Reunión Ampliada con los representantes ante la Comisión a fin de preparar las reuniones de los Presidentes Andinos, para elegir o remover al Secretario General, evaluar la gestión de la Secretaría General, o considerar las iniciativas y propuestas que ésta o los Países Miembros sometan a su consideración.

c) Comisión

Cumple funciones legislativas y está integrada por un representante plenipotenciario de cada uno de los Países Miembros,²³ manifiesta su voluntad normativa también mediante Decisiones, tal como lo hace el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

La Comisión puede sesionar en Reunión Ampliada con los Ministros de Estado correspondientes al sector del tema a tratar, a solicitud de uno de los Países Miembros o de la Secretaría General, con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armoni-

zación de las políticas económicas de los Países Miembros, entre otros.

La Comisión plasma en normativa comunitaria la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones, adopta las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena y para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino, y coordina la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia.²⁴

d) Secretaría General

Como habíamos observado, luego de las reformas institucionales a finales de la década pasada, la Junta del Acuerdo de Cartagena se convierte en la Secretaría General, teniendo la calidad de órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y pronunciándose a través de Resoluciones. Se encuentra a cargo de un Secretario General elegido por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.²⁵ Su sede permanente se encuentra en Lima, Perú.

Entre sus principales funciones se encuentran:

- Formular propuestas de Decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión.
- Facilitar, acelerar y administrar el proceso de integración.
- Resolver asuntos sometidos a su consideración.
- Velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios.
- Mantener vínculos permanentes con los Países Miembros y de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación.

Además, cumple una función de especial importancia en el Sistema de Solución de Controversias Andino pues conoce en fase prejudicial obligatoria las denuncias sobre posibles incumplimientos del ordenamiento jurídico comunitario por parte de Países Miembros, pudiendo en todo caso iniciar investigaciones de oficio sobre éste particular.²⁶ También tiene competencia exclusiva para calificar restricciones o gravámenes al comercio, determinar la existencia de prácticas dumping y de subsidios, autorizar medidas de salvaguardia, establecer requisitos específicos de origen, entre otras de naturaleza técnica administrativa.

e) Tribunal de Justicia Andino



Es el órgano jurisdiccional permanente de la Comunidad Andina, está conformado por cinco Magistrados de cada uno de los Países Miembros, posee competencia territorial en los cinco países y tiene sede permanente en Quito, Ecuador.

El Tratado de su Creación le asigna la calidad de intérprete final de las normas comunitarias, en consecuencia controla la legalidad de éstas y resuelve controversias que requieran de su aplicación. Asegura una aplicación uniforme del Ordenamiento Jurídico Andino en el territorio de los Países Miembros, quienes se encuentran prohibidos de someter controversia alguna que surja con motivo de su aplicación a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento distinto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.²⁷

f) Parlamento Andino

Paradójicamente, carece de facultades legislativas, constituyéndose en un órgano deliberante que representa a los pueblos de la Comunidad Andina. Se espera que, conforme evolucione el proceso de integración andino, asuma labores normativas activas.

Salvo el caso de la República de Venezuela, cuyo representante ha sido elegido mediante elección universal y directa, actualmente, está conformado por representantes de los Congresos Nacionales. En los próximos años, todos sus miembros deberán ser elegidos democráticamente en cada País Miembro²⁸.

3.2.- Instituciones

Estas instituciones tienen objetivos afines a la labor de la Comunidad Andina y persiguen intereses compatibles con los de la integración andina. Se rigen por el Acuerdo de Cartagena y de ser el caso, por sus respectivos Tratados Constitutivos y Protocolos Modificatorios²⁹.

a) Corporación Andina de Fomento (CAF)

Es la institución financiera de la Comunidad Andina, está integrada por países accionistas de América Latina y el Caribe y por accionistas privados. Tiene como misión apoyar el desarrollo sostenible de sus países accionistas y la integración regional, mediante la movilización de recursos para la prestación de servicios financieros múltiples.

b) Fondo Latinoamericano de reservas (FLAR)

Es la institución monetaria de la Comunidad

Andina y tiene como objetivo acudir en apoyo de las balanzas de pago de los Países Miembros, otorgando créditos o garantizando préstamos a terceros. Contribuye a la armonización de las políticas cambiarias, monetarias y financieras de los países y mejora las condiciones de las inversiones de reservas internacionales efectuadas por las naciones andinas.

c) Consejos Consultivos

Existen dos Consejos, uno representa a los empresarios y otro a los trabajadores de la subregión.³⁰ El primero es el Consejo Consultivo Empresarial de la Comunidad Andina y emite opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de integración subregional que sean de su interés. Se compone de cuatro delegados elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones empresariales representativas de cada uno de los Países Miembros.

El segundo es el Consejo Consultivo Laboral de la Comunidad Andina y emite opinión del mismo modo que el Consejo Empresarial. Está conformado por delegados del más alto nivel, elegidos directamente por las organizaciones representativas del sector laboral de cada uno de los Países Miembros.

d) Universidad Andina Simón Bolívar

Es la institución del Sistema Andino de Integración que se dedica a la investigación, la enseñanza, la formación post-universitaria y la cooperación técnica, así a la coordinación entre las universidades de la subregión.

e) Convenios

Son instituciones intergubernamentales que complementan el proceso de integración con acciones de contenido social. En el campo de la integración educativa, tecnológica y cultural se encuentra el Convenio Andrés Bello; coordinando los esfuerzos en la mejora de la salud de los habitantes de la subregión, el Convenio Hipólito Unanue; y promoviendo la integración social y laboral, el Convenio Simón Rodríguez.

4.- Ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

Toda estructura social responde a los objetivos de las sociedades que la sustentan y el ordena-



miento jurídico es un fenómeno que no puede escapar de esta condicionante. De este modo, el ordenamiento jurídico andino revela las metas de profunda integración que se han planteado los Países Miembros.

Puede apreciarse que el esquema de integración andino persiguió, para su organización, lograr cierta similitud con el de las Comunidades Europeas. Esto, en gran medida, responde a la profundidad de los compromisos establecidos por los países europeos, que hoy se encuentran afinando el funcionamiento de su Mercado Común. Correlativamente, desde el punto de vista jurídico, es innegable que el modelo europeo inspiró a los países andinos.

4.1.- Jerarquía normativa

El Acuerdo de Cartagena, El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los demás tratados integran la cúspide de la pirámide jurídica andina, conformando el derecho primario u originario que procede del concierto de voluntades de los países andinos, quienes voluntariamente han establecido normas que los obligan a integrar sus mercados, delegando para ello algunas de sus competencias soberanas a los órganos de la Comunidad Andina, otorgándoles una calidad supranacional.³¹

En segundo término, y en calidad de ordenamiento jurídico secundario o derivado, se encuentran las normas emanadas de los órganos comunitarios, tales como las Decisiones del Consejo de Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, y las Resoluciones de la Secretaría General. Estas últimas se subordinan a las Decisiones, excepto cuando son dictadas en desarrollo de competencias directas otorgadas por el derecho primario.

4.2.- Características de la norma comunitaria

Entre las principales características de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino podemos destacar:

a) Supremacía o preeminencia

La norma comunitaria es de aplicación preferente sobre el derecho interno de cualquier País Miembro, inaplica cualquier norma nacional que se le oponga. En caso de existir conflicto entre ambas, prima la norma comunitaria. Esta primacía no implica una derogación de la norma nacional, la cual solamente ve suspendidos sus efectos, en tanto la norma comunitaria se en-

cuentre vigente.

La relación existente entre una norma comunitaria y una norma nacional no es una relación de jerarquía porque conforman dos ordenamientos jurídicos distintos, es una relación de competencia, pues los países andinos han delegado algunas competencias soberanas a los órganos supranacionales de integración. En razón de lo anterior, sus normas deben ser preferidas a las nacionales, lo contrario significaría desnaturalizar la construcción de un mercado integrado.³²

b) Aplicación inmediata

Desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, las normas comunitarias no necesitan ser incorporadas en las legislaciones nacionales de los Países Miembros, son obligatorias, salvo que las mismas dispongan algo distinto.³³

Estas normas se aplican de manera inmediata y simultánea en todos los Países Miembros. Esta característica, al igual que las demás, responde al objetivo de construir un mercado ampliado, estableciendo certeza sobre el momento de vigencia y derogación de las normas que regulan la actividad comercial.

c) Efecto directo

La norma jurídica comunitaria genera obligaciones y derechos para las personas naturales y jurídicas desde el momento de su entrada en vigencia. En consecuencia, éstas pueden exigir su cumplimiento a la administración pública nacional y tutela efectiva a los tribunales nacionales.³⁴ Nos encontramos frente a normas de plena eficacia que ingresan a la esfera jurídica de todo sujeto de derecho comunitario al que estén dirigidas y no requieren ser instrumentadas por normas nacionales.

d) Doble Responsabilidad

El incumplimiento de normas jurídicas del ordenamiento comunitario andino genera responsabilidad en quien produce un daño a otro a través de una conducta ilícita. Se entiende que esta responsabilidad puede recaer tanto en un particular como en un País Miembro que haya incurrido en tal conducta. Quien se repunte afectado, en su calidad de sujeto de derecho, tiene expedita la vía para interponer su demanda respectiva en sede competente de los tribunales nacionales que correspondan.³⁵



e) Seguridad Jurídica

Implica que los Países Miembros se encuentran obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.³⁶ En este sentido, aún cuando el principio de supremacía o preeminencia establece que la norma comunitaria se aplica de manera preferente a cualquier norma nacional que se le oponga, es deber del País Miembro no mantener normas nacionales o generar nuevas que se opongan al ordenamiento comunitario, pues podrían provocar confusión en los operadores de derecho y/o lesiones en los derechos o intereses de los destinatarios.

5.- Sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina

Es considerado como uno de los más institucionalizados entre Sujetos de Derecho Internacional, pues superando a los Sistemas de Arbitraje *Ad-hoc* se encuentra respaldado por procesos y estructuras jurídicas permanentes, a través de los cuales se logra la resolución de conflictos y se genera jurisprudencia.

5.1.- Características

Sus matrices responden a las necesidades del proceso de integración andino, pues a mayor profundidad en los objetivos existe mayor necesidad de una administración de justicia institucionalizada, predecible y segura. Distinguen al Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina las siguientes características:

- a) **Existencia de un órgano permanente.-** El Tribunal Andino de Justicia es un órgano cuya función es conocer las controversias suscitadas en torno a la interpretación de la normativa comunitaria andina.
- b) **Emisión de un fallo vinculante.-** Los pronunciamientos del Tribunal son de obligatorio cumplimiento para las partes en la controversia, es decir tanto para Países Miembros, Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración, como para particulares.
- c) **Intérprete central y unificador.-** El Tribunal es el único foro donde se puede interpretar de manera válida y definitiva el derecho comunitario andino.
- d) **Celeridad y eficacia.-** Los plazos establecidos para el desarrollo de su actividad jurisdiccional son breves, proveyendo una pronta y efectiva justicia.
- e) **Transparencia.-** Los procesos de solución de

controversias se desarrollan permitiendo que las partes tengan clara noción sobre lo actuado y los fundamentos del fallo.

5.2.- Procesos y función arbitral

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desarrolla su actividad jurisdiccional a partir de los procesos que prevé el Tratado de su Creación, los cuales delimitan su competencia. Las sentencias del Tribunal y los laudos arbitrales que éste expida no requerirán homologación ni exequatur en ninguno de los países andinos.³⁷

a) Acción de Nulidad

Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.³⁸

La legitimidad activa corresponde a cualquier País Miembro en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo; al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina, a la Secretaría General; o a las personas naturales o jurídicas en cuanto vean vulnerados sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

La acción de nulidad caduca a los dos años siguientes desde la fecha de entrada en vigencia de la norma secundaria o derivada objeto de la acción.³⁹ Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales podrá solicitar a dichos jueces o tribunales la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto. El juez nacional consultará, acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél.

b) Acción de Incumplimiento

Este proceso cuenta con una fase prejudicial de obligatorio cumplimiento que se sustancia en sede de la Secretaría General.⁴⁰ Cuando ésta considere que un País Miembro ha incurrido en in-

cumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, que de acuerdo con la gravedad del caso no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones. Luego de esto, si el país mantiene su conducta, podrá acudir a solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, siguiendo procedimiento análogo al antes descrito. En este caso, si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante se encontrará legitimado para acudir directamente al Tribunal. En el caso que la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante se encontrará también legitimado para acudir directamente al Tribunal.

Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal de la misma forma en que lo puede hacer un País Miembro. Así, el proceso de integración andino le otorga al destinatario de derecho la posibilidad de solicitar directamente tutela jurisdiccional comunitaria.

En los casos en que la Secretaría General hubiere emitido una Resolución que califique la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, de conformidad con su reglamento, emitirá en breve plazo un Dictamen motivado, a partir del cual la Secretaría General, el País Miembro o el particular afectado, podrían acudir directamente al Tribunal.

c) Interpretación Prejudicial

Corresponde al Tribunal de Justicia interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros⁴¹.

Su solicitud es facultativa para los jueces nacionales que conozcan un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma comunitaria, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en jurisdicción nacional. Estos podrán solicitar directamente la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas. En caso de llegar la oportunidad de dictar sentencia sin que hubieren recibido la interpretación del Tribunal, deberán decidir el proceso.

Es obligatoria en todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recurso en jurisdicción nacional. En este caso, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

En el ejercicio de esta función, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina referidas al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada. Es obligación del juez nacional que conozca el proceso adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal de Justicia.

d) Recurso por Omisión e Inactividad

Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos se vieran afectados, podrán requerirles el cumplimiento de dichas obligaciones⁴².

Si, dentro de los treinta días siguientes, el órgano correspondiente no accediera a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal para que se pronuncie sobre el caso

e) Jurisdicción Laboral



Las controversias laborales suscitadas entre los Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración y sus trabajadores o funcionarios son competencia del Tribunal.⁴³ Así, se evita el estado de indefensión en el que frecuentemente se encuentran quienes prestan servicios personales a Organizaciones Internacionales que, por lo general, gozan de un régimen especial, no siéndoles aplicables las normas nacionales, ni pudiendo ser emplazadas por jueces nacionales.

f) Función Arbitral

Se le otorga al Tribunal la competencia de dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten entre Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración y entre éstos y terceros. Adicionalmente, es competente, en tanto los particulares así lo acuerden, para dirimir mediante arbitraje las controversias surgidas de relaciones privadas regidas por el ordenamiento jurídico andino.⁴⁴

Desde un punto de vista teórico, es difícil sostener que un Tribunal pueda conducir un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias pues la naturaleza misma del arbitraje es ser un instrumento alternativo a la justicia ordinaria. El debate aún continúa sobre este punto, en tanto que esta función no se halla instrumentada a la fecha.

6.- Perspectivas frente a la integración regional

El Acuerdo de Cartagena señala, del mismo modo como lo hacen algunas constituciones de los países andinos, que el proceso de integración tiene como objetivo concurrir y facilitar el proceso de integración latinoamericana, debiendo entender que todos los pasos hacia una profunda integración andina observan una finalidad de integración ampliada y no restringida⁴⁵.

Con independencia de que el establecimiento del Mercado Común se logre en el plazo estipulado o posteriormente, pues la experiencia señala que el logro de los objetivos de los procesos de integración en algunos casos pueden verse aplazados, queda destacada la voluntad política y jurídica de los actores de la integración andina hacia una mayor integración de sus mercados y de sus destinos hacia el desarrollo.

Actualmente, la Comunidad Andina negocia en bloque la suscripción de un Acuerdo para establecer una Zona de Libre Comercio con MERCOSUR que, según los últimos acontecimientos, podría ser suscrito en el año 2003, iniciándose el

respectivo programa de desgravación.

Además, cuenta con vocería única en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA⁴⁶. Si entendemos que nuestro camino de preparación competitiva, para participar en un mercado integrado americano, se fundamenta en las lecciones que aprendamos en nuestro mercado ampliado andino y en las fortalezas que consolidemos como actores comerciales a nivel hemisférico, es frente a este reto que toma mayor relieve la integración andina. Afianzarnos como un sólido bloque demanda una concertación de intereses nacionales que ponderen el desarrollo conjunto por sobre los intereses de grupos económicos particulares.

Principales Procesos de Integración en que convergen Países de América del Sur			
Proceso	Miembros	Estado Actual	Objetivo
<i>Comunidad Andina</i>	Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.	Consolidando una Unión Aduanera.	Establecer un Mercado Común Andino en el año 2005.
<i>Mercado Común del Sur – MERCOSUR.</i> ⁴⁷	Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.	Funciona una Zona de Libre Comercio desde la suspensión de la Unión Aduanera por solicitud de Argentina para diferir temporalmente el Arancel Externo Común.	Restablecer el camino hacia una Unión Aduanera en el corto plazo y establecer un Mercado Común en el mediano plazo.
<i>Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA</i>	Antigua y Barbuda , Argentina , Bahamas , Barbados , Belice , Bolivia , Brasil , Canadá , Chile , Colombia , Costa Rica , Dominica , Ecuador , El Salvador , Estados Unidos , Grenada , Guatemala , Guyana , Haití , Honduras , Jamaica , México , Nicaragua , Panamá , Paraguay , Perú , República Dominicana , San Kitts y Nevis , San Vicente y las Granadinas , Santa Lucía , Surinam , Trinidad y Tobago , Uruguay y Venezuela .	Aún no es un proceso de integración establecido. Se encuentran en marcha las negociaciones internacionales tendientes a suscribir un Tratado de Zona de Libre Comercio en el año 2005.	Establecer una Zona de Libre Comercio en toda América, iniciando el programa de desgravación en el año 2005.
<i>Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI (Antes ALALC)</i>	Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.	Es un Acuerdo de Integración Marco que regula el establecimiento de Sistemas de Preferencias entre los Países Miembros. Se promueve la celebración de Tratados adicionales de alcance regional y/o alcance parcial.	Establecer, en forma gradual y progresiva, un Mercado Común Latinoamericano en el largo plazo.

Cuadro No. 5.- Principales procesos de integración de América del Sur. Miembros, estado actual y objetivos.



Sobre las categorías de integración presentadas anteriormente, cabe anotar que, siempre un país tiene entre sus estrategias de integración la posibilidad de establecer múltiples Zonas de Libre Comercio con distintos países o territorios, pues diversos compromisos en este sentido no son excluyentes. Sin embargo, la posibilidad de establecer una Unión Aduanera, un Mercado Común o Formas Avanzadas de Integración están limitadas a una solamente, dado que los compromisos y el objetivo de conformar una nueva unidad de mercado ampliado o mercado interior se oponen a ser parte de otra unidad distinta. En este sentido, la Comunidad Andina, en tanto logre consolidar su profunda integración, se colocará más o menos cerca de ser una sólida unidad frente a

los demás mercados que habrán de converger en el ALCA.

Los países andinos comparten fuertes lazos históricos y culturales, poseen un idioma común que facilita su proceso de integración y son fruto de los mismos esfuerzos emancipadores republicanos. Actualmente, se encuentran en inmejorable situación para forjar sus destinos y defender su independencia porque, en los tiempos que vivimos, ésta no radica en evitar que una milicia extranjera invada nuestros territorios, sino en la capacidad que tengamos de consolidarnos como un sólido bloque frente a las fuerzas económicas que dominan el mundo.

NOTAS:

- ¹ El autor es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Área Jurídica de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se dedica a la resolución de procedimientos de dumping, subsidios, gravámenes y restricciones al comercio. Asimismo, participa en el equipo que elabora normas comunitarias y posiciones conjuntas de la Comunidad Andina para negociaciones comerciales internacionales: ALCA, MERCOSUR y Unión Europea.
Sobre el contenido del presente artículo, el autor señala que toda opinión le es atribuible de manera personal y agradece la especial colaboración prestada en este trabajo por el Dr. Pedro Velásquez López Raygada y la Srta. Carla Rojas Hinostrza.
- ² Palabras de Sebastián Alegrett, fallecido Secretario General de la Comunidad Andina, en el acto de inauguración de la Reunión Extraordinaria de los Ministros de la Comunidad Andina en Santa Cruz de la Sierra, 28 de enero de 2002.
- ³ Los gravámenes son cobros, distintos a aranceles, que tienen como efecto limitar el ingreso de productos al mercado del país socio que los impone y las restricciones son situaciones que, sin tener contenido económico, tienen como efecto colocar barreras a la importación mediante simples prohibiciones o exigencias de requisitos que la dificultan o encarecen.
- ⁴ La supresión de recíproca de obstáculos al comercio y la constitución de una posterior Unión Económica y Política no es un fenómeno contemporáneo, por el contrario, se ha producido con frecuencia en siglos pasados. Caso emblemático es Estados Unidos de Norteamérica, las colonias que lo conformaron al principio mantenían sistemas arancelarios separados que fueron unificados como consecuencia de la Constitución aprobada en 1789, prohibiendo también que los diferentes estados impusieran derechos sobre el comercio de bienes con los demás estados.
- ⁵ Secretaría General de la Comunidad Andina, Balance de Una Gestión – Agosto 1997 –2002. Lima, 2002. p. 6. (<http://www.comunidadandina.org>).
- ⁶ El Acuerdo de Cartagena en su artículo 1 señala: "...son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. (...)".
- ⁷ El proceso dirigido por el largo liderazgo de Raúl Prebisch, quien ejerció la Secretaría General de CEPAL entre 1950 y 1961, desarrolló una nueva posición para enfrentarse a una fuerte corriente capitalista mundial en el contexto de la guerra fría.
- ⁸ Organismo regional convertido posteriormente en ALADI, al que pertenecen los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- ⁹ Secretaría General de la Comunidad Andina, 28 años de Integración Andina: Un recuento histórico (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1997) p. 14.
- ¹⁰ Cabe destacar que los Países Miembros originales del proceso de integración andino fueron Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Chile. En 1973 Venezuela se unió al proceso, mientras Chile se retiró en 1976.
- ¹¹ A través de la Decisión 414 de la Comunidad Andina y luego de numerosas negociaciones, desde el primeros años de la década de los noventa, se logra esta solución, dado que Perú, sumido en la incapacidad de honrar sus compromisos de liberalización del mercado nacional para integrarlo al mercado andino, alega que aún mantiene una falta de competitividad en sus sectores más sensibles, retrasando así su plena incorporación a la Zona de Libre Comercio.
- ¹² En la Décimo Primera Reunión del Consejo Presidencial Andino, el 26 y 27 de mayo de 1999, en Cartagena de Indias, Colombia, los presidentes andinos establecieron el siguiente mandato: "Nos fijamos como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión".
- ¹³ En la Unión Europa denominan a su Mercado Común como Mercado Interior. Si bien la diferencia de terminología no define diferencia teórica alguna, en la práctica el cambio de denominación a partir del Acta Única Europea genera en los Gobiernos de los Países Miembros y en los ciudadanos europeos un efecto aleccionador, resaltando el claro mensaje de que un Mercado Común no admite discriminación de ningún tipo sobre los factores de producción, como ocurre en cualquier mercado nacional o interior.
- ¹⁴ Estos Consejos representan a los empresarios y a los trabajadores de la subregión, como veremos más adelante.
- ¹⁵ El Acuerdo de Cartagena en su artículo 1 también señala lo siguiente: "El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación (...).
Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión."
- ¹⁶ Como parte del desarrollo del proceso de integración y teniendo en cuenta el objetivo señalado de establecer el Mercado Común en el año 2005, en esta declaración se determina que Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela aplicarán, a más tardar, el 31 de diciembre de 2003, un arancel externo común. La estructura del arancel externo común será de cuatro niveles: 0, 5, 10 y 20. Bolivia no aplicará el nivel de 20.
- ¹⁷ Artículo 5 del Acuerdo de Cartagena.
- ¹⁸ Estos Tratados han sido modificados en distintas ocasiones como parte del desarrollo institucional del proceso de integración andino. Las codificaciones que contienen los textos vigentes pueden ser encontrados en la página web de la Secretaría General de Comunidad Andina: <http://www.comunidadandina.org>.
- ¹⁹ Artículo 11 del Acuerdo de Cartagena.
- ²⁰ Artículo 12 del Acuerdo de Cartagena.
- ²¹ Artículo 15 y 16 del Acuerdo de Cartagena.
- ²² Artículo 17 del Acuerdo de Cartagena.
- ²³ Generalmente los Países Miembros han señalado como representantes plenipotenciarios ante la Comisión a sus Ministros de Comercio.
- ²⁴ Artículo 22 del Acuerdo de Cartagena.



- ²⁵ Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena.
- ²⁶ Artículo 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- ²⁷ Artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- ²⁸ Artículo 1 del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.
- ²⁹ Artículo 8 del Acuerdo de Cartagena.
- ³⁰ Artículo 44 del Acuerdo de Cartagena.
- ³¹ Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ³² El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado sobre la preeminencia del derecho comunitario andino, en la sentencia del Proceso de Incumplimiento 03-AI-96 que: *“para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; la misma sentencia define el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario.”*
- ³³ El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia señala: *“Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.”*
- ³⁴ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado, sobre esta característica, en la misma sentencia 03-AI-96 que: *“el (...) efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria (...) permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales”.*
- ³⁵ Artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ³⁶ Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ³⁷ Artículo 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ³⁸ Capítulo III, Sección Primera del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ³⁹ Las normas del Derecho Comunitario Primario no son susceptibles de control jerárquico pues se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa.
- ⁴⁰ Capítulo III, Sección Segunda del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ⁴¹ Capítulo III, Sección Tercera del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ⁴² Capítulo III, Sección Cuarta del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ⁴³ Capítulo III, Sección Sexta del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.
- ⁴⁴ Capítulo III, Sección Quinta del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia – Codificado por la Decisión 472.
- ⁴⁵ El Acuerdo de Cartagena en su artículo 1 también señala lo siguiente: *“El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros (...) (y) facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”*
- ⁴⁶ El objetivo de estas negociaciones es el establecimiento de una Zona de Libre Comercio en toda América, comprendiendo América del Sur, Centroamérica y América del Norte. Desde una perspectiva crítica recomendamos la lectura del artículo del economista Claudio Katz: *“El Abismo entre los Efectos y las Ilusiones del ALCA”*, En: www.eltabloid.com/claudiokatz
- ⁴⁷ El nombre de este proceso de integración denominado como Mercado Común, responde a sus objetivos de integración y no a su actual estado de evolución.



Una vedette, un reportero y un viejo cuento...

(A propósito de los modelos jurídicos circulantes en materia de pruebas biológicas a efectos de declarar la filiación extramatrimonial en la experiencia jurídica nacional.)

Juan Espinoza Espinoza

Profesor de Derecho Civil de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos y Lima

Sumario: I.- El caso II.- Las cuestiones 1.- Sobre la creativa (e imaginativa) interpretación del artículo 402 Código Civil antes de la reforma de la Ley N° 27048 del 06.01.99 2.- Análisis del caso bajo comentario 3.- Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales.

I.- El caso

Una vedette y un reportero televisivo se conocieron un 29.05.96 en una discoteca, en la cual el reportero le entregó una tarjeta de presentación. Días después comenzaron a frecuentarse, llegando a tener "relaciones sexuales múltiples"¹. Producto de ello, la vedette quedó embarazada y el (presunto) padre (que estaba casado) se negó a reconocer a la menor que nació el 01.03.97. En vista de ello, la vedette (ya madre) demandó por filiación extramatrimonial al reportero. Por su parte, el demandado, reconvino para que se declare por no puesto su nombre en la partida de nacimiento de la menor. El Octavo Juzgado de Familia de Lima, con resolución de fecha 07.12.99, teniendo como pruebas la tarjeta de presentación entregada por el reportero; las declaraciones testimoniales de dos amigas de la vedette que la acompañaron la noche que se conoció con el reportero en la discoteca; la declaración de su propia madre; la del administrador del hostel que frecuentó la pareja, el cual indicó que "el demandado concurría al referido hostel frecuentemente"; la inspección judicial y sobre todo, por la conducta procesal del demandado, declaró infundada la reconvenición y fundada la demanda, ordenando cursar los partes judiciales a la municipalidad respectiva para que se haga la anotación marginal correspondiente, indicándose el reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial.

II.- Las cuestiones

1.- Sobre la creativa (e imaginativa) interpretación del artículo 402 del Código Civil antes de la reforma de la Ley N° 27048 del 06.01.99

El legado que nos dejó el joven Ihering,

devoto defensor de la jurisprudencia de los conceptos, es que de los dispositivos legales se podría crear una jurisprudencia superior, que no se limite a ser una fedataria de erratas, sino que llegue a crear nuevos horizontes en la aplicación de la ley. Esto es lo que pasó con la jurisprudencia que interpretó el artículo 402 c.c., antes de la reforma por la Ley N° 27048, del 06.01.99.

Para tener una visión clara sobre cómo eran las coordenadas legislativas antes de la reforma, debemos precisar que el artículo 402 c.c. contenía cinco supuestos de hecho (escrito indubitable, posesión constante de estado, concubinato durante la época de la concepción, violación y seducción con promesa de matrimonio), por los cuales se podía solicitar la declaración de paternidad extramatrimonial. En caso que no se pudiese acreditar una de estas causales, se podía solicitar judicialmente (al presunto padre) una pensión alimenticia hasta que el menor (producto de las relaciones sexuales extramatrimoniales acreditadas durante la época de la concepción) llegue a cumplir 18 años, ex artículo 415 c.c., utilizándose (hasta ahora) la impropia denominación de hijo alimentista.

Las pruebas de grupos sanguíneos u otras de validez científica sólo eran consideradas como pruebas de descarte de paternidad, según el artículo 413 c.c. (repito, antes de la reforma). En este contexto de dispositivos legales, la naturaleza que se le daba al elenco de supuestos de hecho contenidos en el artículo 402 c.c. era de una cláusula cerrada, o *numerus clausus*, es decir, basada en el principio de la tipicidad, sólo se podían amparar las causales ahí previstas y no otras.,

A raíz de que una madre (soltera) inscribiera a su hijo, que nace el 09.05.89, en el Registro del



Estado Civil de la Municipalidad de San Martín de Porres, en cuya partida de nacimiento indica el nombre de la persona con la cual tuvo el niño, el presunto padre (erróneamente) interpuso una demanda de impugnación de paternidad, solicitando que se excluya su referencia como padre extramatrimonial del menor. La Sala Civil entendió que la pretensión denominada “impugnación de paternidad” era impropia, por cuanto está fuera de los alcances del artículo 399 c.c., ya que no se persigue negar el reconocimiento hecho por la madre, sino excluir el nombre del demandante. Como consecuencia de ello “quien no ha reconocido un hijo extramatrimonial, ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no ha producido”. Un dato adicional es que el demandante, anteriormente, fue sentenciado como “padre alimentista” del menor. Con resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, de fecha 08.07.97, (Exp. N° 3114-96), de la cual ha sido Vocal Ponente el Prof. Aníbal Quiroga León, se rompió este esquema: frente a los incontenibles avances de la ciencia, ¿Cabía rechazar la prueba genética del ADN, que acredita en casi 100% la paternidad, por el hecho de no estar prevista por el artículo 402 c.c.? Los vocales de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima entendieron, con acierto, que no. En efecto, al superar la realidad los esquemas de los dispositivos legales, se incluyó esta prueba, interpretando que el elenco de las causales contenidas en este artículo eran de carácter ejemplificativo y, lo que más importaba era “acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley”. En efecto, se sostuvo que:

“si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley, y por lo tanto al Juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley, y por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413, cuando admite como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos.

Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación A Fortiori, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la

paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxirribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, in fine, de ya citado numeral 413, cuando se refiere que “En los juicios sobre declaración de paternidad (...) extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica (...)” – subrayado agregado.

Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402 del Código Civil establece, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico, como la genética del ADN, de valores caso absolutos, encuadra perfectamente en la Ratio Legis del Código Civil y debe ser admitida por el juzgador sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendo del Instituto de Medicina Legal”.

Esta decisión sigue una orientación jurisprudencial y doctrinaria² que ya advertía la necesidad de “ensanchar” los supuestos de hecho contemplados en el primitivo artículo 402 c.c. Así, el Dictamen Fiscal N° 594-92-MP-FN-FSC, del 03.09.92, estableció que:

“Si bien el artículo 402 del c.c. no ha considerado el hecho demostrado –relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción– dentro de los casos en los que judicialmente se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor “cuya situación es la de un gran sector de la población infantil”³”.

La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 09.02.93 (expediente N° 271-92), hizo (para variar) suyos los fundamentos del Dictamen Fiscal.

2.- Análisis del caso bajo comentario

La resolución de primera instancia del Octavo Juzgado de Familia de Lima tiene fundamentos débiles y fundamentos fuertes. Dentro de los primeros, merece atención la afirmación de que:

“la demandante en forma exacta, pese al tiempo transcurrido no sólo conocía de todas las instalaciones y su ubicación, sino que describió todas y cada una de las habitaciones en las cuales se había hospedado con el demandado, indicando su ubicación, encontrándose una en vías de remodelación y otra sin número, instruyendo al juzgado de la ubicación de las mismas de lo que se colige que concurrió con el demandado a dicho lugar y sabía perfectamente de la distribución de ambientes, comprobándose de esta manera el haber frecuentado el hostal en referencia, situación que se corrobora con la diligencia de inspección judicial” (el subrayado es mío).



Llama poderosamente la atención la (forzada e ilógica) conclusión que, por el hecho que la madre detalle pormenorizadamente las instalaciones de un hostel, se entienda que lo frecuentó con el reportero. Su declaración y la “corroboración” hecha por la inspección judicial sólo podrían acreditar que la vedette era *habitué* en dicho local, a tal punto, de tener pleno conocimiento de sus instalaciones; pero, de ningún modo, que haya concurrido con una persona determinada y, mucho menos, con el demandado. Son argumentaciones débiles también, la presentación de la tarjeta, así como las declaraciones testimoniales.

La argumentación fuerte (creo que la única) está dada en la conducta procesal del demandado. En efecto, se sostiene que:

“por otro lado debe tomarse en cuenta que el artículo cuatrocientos trece del Código Civil, modificado por la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, señala que es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, es decir que ésta es de vital importancia para el proceso, razón por la cual el Juzgado admitió la Prueba de ADN, esta prueba de análisis citogenética con validez científica no ha sido aceptada por el demandado, debiendo meritarse el hecho de haber sido renuente a pasarla aduciendo que por sus creencias religiosas no ha podido realizarla, presentando para el efecto la constancia de matrimonio de fojas ochenta y cuatro y los documentos de fojas quinientos diecinueve a quinientos veinte, estos últimos luego de la audiencia de pruebas, ello de ninguna forma acredita la prohibición de pasar la referida prueba, si se toma en cuenta que el demandado actuando dentro del proceso no sólo debe ejercer su derecho de defensa que la ley le franquea, sino que debió colaborar con la judicatura, a fin de despejar la incertidumbre jurídica y advirtiéndose de las constancias que corren de fojas cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos sesenta y uno de autos que el demandado y Reconviniendo no ha concurrido a pasar la prueba de ADN, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento que al respecto señala el segundo párrafo del inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil⁴, modificado por el artículo dos de la Ley veintisiete mil cuarentiocho, como es de verse de la resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho” (el subrayado es mío).

La falta de colaboración del demandado fue evaluada de la siguiente manera:

“que los sucedáneos de los medios probatorios son los auxilios establecidos por la Ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, ya sea corroborando, complementando o sustituyendo el valor o el alcance de estos como lo señala el artículo doscientos setenta y cinco del Código adjetivo, encontrándose dentro de ellos la presunción, que no es otra cosa que el razonamiento lógico –

crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado, al que por otro lado, el artículo doscientos ochentidós del Código Procesal Civil señala que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, de donde se establece la presunción legal relativa, por lo que tomada en cuenta la conducta procesal del demandado en el presente proceso y su falta de colaboración con el juzgado, frente a su negativa a someterse a la prueba de ADN, pese a haber sido debidamente notificado y tomándose en cuenta todos y cada uno de los considerandos y medios probatorios que esta resolución contiene, así como el parecido físico existente entre la menor y el demandado como se colige de las fotografías de fojas trece a dieciséis de autos y las corrientes en los recortes periodísticos, se presume que la paternidad de la menor materia de este proceso le corresponde al demandado”.

En verdad, el argumento que me parece más consistente –repito– ha sido el de la conducta procesal del demandado. Las pruebas, que han sido inconsistentes, no pueden servir para “reforzar” la valoración de dicha conducta. Otro dato que no puede pasar desapercibido, es que el juzgado se haya referido al “parecido físico” entre la menor y el demandado.

La fundamentación jurídica del juzgado se basó en principios del derecho y en normas específicas. Respecto del primer tipo de argumentación, se manifestó que:

“si bien el demandado basa su Reconvención en el hecho de que la demanda no se sujeta a ninguno de los presupuestos que señala el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, debe establecerse categóricamente que el hecho de no haber sostenido las partes una relación de convivencia, por no haber vivido juntos nunca, no establecen que estas relaciones sexuales no se hayan realizado dentro del marco de una relación amorosa con trato sexual furtiva e inconstante por el poco tiempo de su duración, si tomamos en cuenta que duró aproximadamente un mes, ya que ello no determina en forma alguna el hecho de que estas relaciones sexuales no se hayan consumado, cabe mencionar en este aspecto que frente a vacíos o deficiencias de la ley, el juzgador debe administrar justicia aplicando en forma extensiva la jurisprudencia y los principios generales del derecho, con el fin de resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica como lo es el presente caso, como lo señala el artículo ciento treinta y nueve inciso octavo de la Constitución Política del Estado, tomándose en cuenta la copia de la Jurisprudencia sobre Filiación que corre de fojas ocho a nueve de autos” (el subrayado es mío).

Las normas que se invocaron fueron las



siguientes:

“que habiendo el demandado basado su Reconvencción en el artículo cuatrocientos tres del Código Civil⁵, que esta norma actualmente ha quedado derogada por el artículo sexto de la Ley veintisiete mil cuarentiocho, de fecha seis de Enero de mil novecientos noventa y nueve, no pudiendo esta judicatura basar su sentencia en norma anteladamente derogada, por ser norma inaplicable y no habiendo probado las preces de su acción el demandado frente a la Reconvencción planteada, es de aplicación en este último extremo el artículo doscientos del Código Procesal Civil, que las demás pruebas actuadas y no glosadas no enervan en nada los considerandos de esta sentencia, por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo segundo inciso diecinueve de la Constitución Política del Perú, artículo diecinueve del Código Civil y en aplicación extensiva del inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del mismo cuerpo de leyes, así como en la Ley veintisiete mil cuarentiocho en su artículo segundo que modifica el artículo cuatrocientos dos, que incluye el inciso sexto y artículo cuatrocientos trece del mismo cuerpo de leyes, así como en los artículos doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete, doscientos ochenta y uno y doscientos ochentidós del Código Procesal Civil, el Octavo Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación, FALLA: DECLARANDO INFUNDADA LA RECONVENCIÓN (...) y FUNDADA LA DEMANDA” (el subrayado es mío).

En aplicación (*in abstracto*) de los principios (generales) del derecho, ya que no se menciona específicamente a ninguno, se realiza una aplicación (hiper) extensiva del inciso 3, del artículo 402 c.c., que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando:

“el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”.

De ello se desprende que, con esta interpretación, el hecho de tener “relaciones sexuales múltiples”, equivale a un concubinato, a los efectos del mencionado inciso, para ser declarado judicialmente como padre extramatrimonial. Ello confirma la tendencia a diferenciar este supuesto, del de la configuración de la “unión de hecho”, para que se constituya una sociedad de gananciales, en la cual se requiere, según lo establecido por el artículo 326 c.c., que la pareja esté conformada voluntariamente por un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años continuos, “para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”.

Habiendo sido apelada esta sentencia por ambas partes, la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, con resolución de fecha 15.06.00, con el voto de tres vocales, cada uno de los cuales hizo una fundamentación singular y con un voto en discordia, se confirmó la resolución recurrida. En la resolución firmada en conjunto por los tres vocales, se afirma que:

“se debe mencionar que si bien el artículo 402 del Código civil no ha considerado la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor cuya situación jurídica es la de un gran sector de la población infantil, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar un nombre patronímico que le corresponde, así como desconocer el principio general del derecho de que “todos somos iguales ante la ley” y por tanto gozamos de las mismas oportunidades.

(...) Que, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo octavo del Título Preliminar del Código civil, aplicable al caso de autos por imperio del artículo séptimo del mismo título”.

A propósito del principio de la igualdad, se sostiene que se debe enfocar desde una doble perspectiva, “de un lado, como un **principio** rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de Derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y de otro lado, como un **derecho constitucional subjetivo**, individualmente exigible que confiere a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la Ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”⁶.

Como ya lo mencioné en otra sede⁷, la naturaleza de los principios jurídicos es la de ser modelos crípticos, estructuras carentes de poder vinculante (como la ley, la costumbre o la jurisprudencia) y por lo tanto, no pueden ser entendidas como normas jurídicas. Los principios no tienen *per se* el carácter de obligatorios. Cosa distinta sucede cuando los principios son recogidos en una norma jurídica: por tal hecho se vuelven vinculantes; pero no por ello pierden su naturaleza. En el caso del denominado derecho subjetivo a la igualdad, creo que se trata de un principio que, por el hecho de ser consagrado por la Constitución, no debería alterarse en su esencia⁸. El derecho subjetivo no es más que el poder que el ordenamiento jurídico le otorga a los sujetos de derecho, para que actúen libremente. Por ello, el error conceptual en el cual se ha incurrido al redactar el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, no nos debe llevar a esta confusión. Volviendo a la interpretación del artículo 402 c.c.,

se sostiene que:

“analizado el indicado artículo 402 del Código Sustantivo se llega a la conclusión que el legislador al estructurar dicha norma la señalado supuestos de hecho en base a los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo.

(...) Que, en efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión sólo puede declararse en base a las causales que en él se fijan, dado que esta disposición legal no determina taxativamente las causales en base a las cuales se puede producir la referida declaración judicial.

(...) Que, la interpretación teleológica del artículo 402 del Código Civil nos permite establecer la relación paterno-filial (paternidad extramatrimonial), lo cual conforme a nuestro ordenamiento jurídico deberá demostrarse de acuerdo con las normas procesales respectivas” (el subrayado es mío).

Es aquí donde la Sala “echa mano” de la normatividad procesal para reforzar la interpretación extensiva del artículo 402 c.c., de la siguiente manera:

“debe tomarse en consideración que el sistema jurídico para la determinación judicial de paternidad ha evolucionado en el tiempo, particularmente en los últimos veinte años, en razón al notable desarrollo científico que ha posibilitado la determinación biológica de la paternidad, desplazándose así progresivamente el sistema de presunción legal de paternidad.

(...) Que, así, nuestro Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo número 768, y vigente desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres, contempla en su artículo 193 el ofrecimiento de “medios probatorios atípicos” constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios probatorios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

(...) Que, igualmente, el legislador concede al Juez, para formarse convicción, el uso del método lógico-jurídico al incorporar el capítulo denominado “sucedáneos de los medios probatorios” que incluye las modalidades de los indicios, presunciones, evaluación de la conducta de los justiciables y, la ficción legal.

(...) Que, los sucedáneos de los medios probatorios son, como lo establece el artículo 275 del Código Procesal Civil, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

(...) Que, dentro de los sucedáneos de los medios probatorios el código Procesal Civil recoge la presunción judicial y la conducta procesal de las partes.

(...) Que, en cuanto a la presunción judicial (artículo 281 del Código Adjetivo) nuestro ordenamiento procesal civil autoriza al juez a formarse convicción respecto al hecho o hechos investigados, entre otros, a partir de los presupuestos debidamente

acreditados en el proceso.

(...) Que, en el presente caso, los medios probatorios analizados por la Juzgadora en cuanto a la relación extramatrimonial habida entre las partes en época contemporánea a la concepción, conducen a presumir fundadamente que dicha relación extramatrimonial fue real y que durante su vigencia se procreó a la menor”.

La Sala procede de una manera correcta (frente a las nuevas pruebas que permiten ofrecen los avances de la ciencia) al interpretar extensivamente el artículo 402 c.c., ampliando el elenco de las causales para declarar la filiación extramatrimonial y, no como, equivocadamente hace el juez de familia, “forzando” el inciso 3 de dicho artículo⁹. Sin embargo, ambas instancias, en vez de evaluar atentamente las pruebas (bastante inconsistentes) ofrecidas por la demandante, hacen mas bien un “acto de fe”, respecto de estas, por cuanto, las mismas no son suficiente para acreditar que la vedette y el reportero tuvieron relaciones sexuales y, mucho menos, una hija. Mejor suerte corre el *iter* argumentativo respecto de la conducta procesal del demandado. En efecto, la Sala sostiene que:

“Que, en cuanto a la conducta procesal de las partes (artículo 282 del Código Adjetivo) dicho ordenamiento procesal civil autoriza al juez extraer conclusiones atendiendo a la conducta que éstos observen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; debiéndose agregar que los jueces se encuentran autorizados para amparar o desamparar la demanda, como un elemento coadyuvante y a calificar la conducta procesal que observen las partes durante el desarrollo del proceso.

(...) Que, siendo esto así, si alguno de los justiciables no concurre varias veces a las citaciones del juzgador, su conducta debe ser considerada como indicio grave en contra de su pretensión o de las excepciones de mérito, según sea el caso.

(...) Que, en el caso sub-litis, no aparece elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que el demandado haya colaborado para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes.

(...) Que, con respecto a ello, aparece de la audiencia de fojas doscientos veintiocho a doscientos cuarenta y uno que el demandado formuló oposición a la prueba genética de reconocimiento de ADN –fojas cuatro y cinco del Cuaderno de Tachas que se tiene a la vista- manifestando que en el Hospital Rebagliatti no se cuentan con los instrumentos necesarios para llevar adelante dicho examen y que la mencionada prueba genética no brinda certeza sobre la relación de parentesco; oposición que fue declarada infundada por el A-quo en la propia audiencia y confirmada su resolución por la Sala de Familia conforme es de verse de la resolución que fotocopiada corre a fojas cuatrocientos setenta.

(...) Que, al no haberse presentado el demandado al Hospital Rebagliatti el día señalado para la audiencia,



como es de verse de la constancia de fojas trescientos ochenta y cuatro, el Juzgado por resolución de fojas cuatrocientos seis señaló nueva fecha para el examen correspondiente, el que tampoco se pudo realizar por inasistencia del emplazado conforme aparece de la constancia de fojas cuatrocientos veinticuatro;

(...)Que, posteriormente por resolución de fojas cuatrocientos treintidós nuevamente el A-quo convoca a las partes para la realización de la prueba del ADN en los laboratorios el Hospital Rebagliatti, apareciendo de la constancia de fojas cuatrocientos sesenta y uno que por tercera vez no asistió el demandado.

(...) Que hay que hacer notar que el demandado en forma totalmente extemporánea mediante escrito de fojas quinientos veintiuno a quinientos veintisiete indica la imposibilidad física y moral que tiene para someterse a la prueba de ADN el día señalado por el Juzgado (doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve); imposibilidad "moral" que no alegó al momento de cuestionar la prueba dentro del plazo que imperativamente previene el inciso primero del artículo 478 del Código Procesal Civil, en el Cuaderno de Tacha acompañado.

(...) Que, sin embargo, a pesar de haberse opuesto a la prueba genética de ADN y no cumplido con asistir a las tres citaciones realizadas por el Juzgador, el demandado se sometió al examen médico-legal ordenado por el Juzgado, manifestando en su escrito de fojas trescientos noventa y seis que lo hacía en "estricto acatamiento a lo dispuesto por su despacho y mostrando su voluntad de colaborar".

(...) Que, de otro lado, debe también señalarse que el propio demandado en su escrito de fojas cuatrocientos diez expresa haber interpuesto una acción de garantía -amparo- contra la resolución del Juzgado que ordena se lleve adelante el examen de ADN" (el subrayado es mío).

Frente a ello, la Sala entiende que:

"todo lo anteriormente expuesto con relación a la conducta del emplazado, autoriza a concluir que no ha prestado de modo alguno su colaboración para la práctica de la prueba de ADN; acreditándose de este modo que entre las partes no sólo ha existido una relación amorosa, sino que ha existido una relación íntima que inequívocamente la conducido a la procreación de la menor (...), cuyo mérito conduce a amparar la demanda de filiación, aplicando el espíritu y el criterio contenido en el artículo 402 del Código Civil.

(...) Que, respecto de la aplicación retroactiva de la Ley número 27048 alegada por el demandado, debe señalarse que el A-quo mediante resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho resolvió hacer efectivo el apercibimineto que contiene el segundo párrafo del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, modificado por la indicada ley; resolución que conforme puede verse de lo actuado se encuentra debidamente consentida al no haberse formulado por el demandado medio impugnatorio alguno en su contra.

(...) Que las disposiciones procesales por mandato de la segunda disposición complementaria final del Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata; pudiendo el Juez evaluar la negativa del

emplazado a someterse a la prueba del ADN para declarar judicialmente la paternidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 402 del Código Civil, modificado por la ley número 27048, en concordancia con las disposiciones que para evaluar la conducta de los justiciables contiene el artículo 282 del Código Procesal Civil" (el subrayado es mío).

Comparto con la Sala el hecho de haber aplicado la disposición procesal, relativa a la evaluación de juez frente a la negativa de someterse a la prueba del ADN, de manera inmediata¹⁰. No me queda tan claro si de ello "inequívocamente", como lo sostiene el órgano colegiado, se deba inferir la paternidad del demandado, máxime cuando aún subsiste el artículo 415 c.c., el cual establece "que el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años"¹¹. Repito que el *iter* argumentativo ha sido impecable. Sin embargo, entre éste y la conclusión tan categórica a la que se arriba, hay una suerte de "principio oculto" (o política jurisprudencial) en el que, indudablemente, el operador jurídico se inclina más a favor de la pretensión de la madre, que a la del (presunto) padre: es el del interés superior del menor¹². En este sentido (y revelando dicho principio), se pronuncia el fundamento del voto de la Vocal Huerta Herrera, en el cual se sostiene que:

"habiéndose demandado la investigación judicial de la paternidad de la niña (...), dicho petitório responde a una exigencia de estricta justicia que debe ser atendido por el juzgador por cuanto conlleva un debate sobre derechos fundamentales tales como: "a conocer los progenitores" y la "identidad" (uno de cuyos elementos lo constituye el apellido paterno), conforme lo reconoce el inciso 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que el **niño** tendrá **derecho** desde que nace, entre otros, **a un nombre y a conocer a sus padres**; siendo además, deber del Juez resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; (...) De ahí, que sustentándose la demanda en la imputación de la paternidad que se le atribuye al demandado (...), como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con la demandante (...), resulta menester interpretar el artículo 402 del Código Civil que regula sobre la declaración Judicial de paternidad Extramatrimonial; (...) Dicho dispositivo legal prevé los supuestos de hecho de la referida declaración de paternidad que no (debe) entenderse sean los únicos desde que la paternidad no puede agotarse en cierto número de supuestos previstos por la ley sino fundamentalmente en adquirir certeza o verosimilitud de ser el padre respecto de determinada persona; (...) Por ello, cualquier interpretación restrictiva de la norma en comento podría llevar a una situación injusta que no puede ser amparada por el Derecho que busca precisamente realizar el

ideal de justicia, tanto más, si se tiene en cuenta que en los tiempos actuales con el avance de la ciencia y la tecnología, puede llegar a determinarse con un altísimo porcentaje de certeza sobre la paternidad y/o maternidad; (...) A mayor abundamiento, cabe destacar que la norma en comento no contiene el vocable “solo” o “únicamente” u otros términos similares que denoten que los supuestos de hecho previstos por ella, sean los únicos” (el subrayado es mío).

Merece particular atención el voto en discordia del Vocal ponente, Carrión Lugo, que proponía revocar la sentencia del juzgado de familia, declarando improcedente la demanda, sustentándose en lo siguiente:

“Conforme al inciso cinco del numeral 426 del CPC uno de los requisitos para la admisibilidad de la demanda es que ella debe contener el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide. Es decir, el actor debe precisar la pretensión procesal que propone. Tratándose de una demanda sobre filiación, como es el caso de autos, el actor o la actora debe señalar la causal en la que sustenta su pretensión procesal, en la que apoya su pedido para que se emita su declaración de paternidad¹³. (...) de otro lado, el inciso 6 del artículo 427 del CPC establece que una demanda es improcedente si ella contiene un petitorio jurídicamente imposible. En efecto, si una pretensión procesal no estuviera regulada por el derecho positivo, mal podría encontrar tutela jurisdiccional efectiva, por lo que la demanda correspondiente deberá declararse improcedente. En el presente caso se está frente a un petitorio jurídicamente imposible, pues, el supuesto fáctico descrito en la demanda no está tutelado jurídicamente por el numeral 402 del CC, ni por otro dispositivo legal. (...) Si bien conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente, empero, el Juzgador no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Dicha norma, por su texto, supone que los hechos están regulados por el ordenamiento jurídico, pues si no estuvieran regulados el Juez no podría crear una norma para el efecto por no ser esa su función estricta”.

El vocal discordante, pretende invocar el argumento psicológico, vale decir, la intención del legislador, para sustentar su opinión, al aseverar lo siguiente:

“¿Cuál ha sido el criterio del legislador al regular las causales para la declaración de la filiación extramatrimonial? Inicialmente con la promulgación del CC, se fijaron cinco causales concretas detalladamente concebidas (artículo 402 CC) para la declaración de la filiación. Con posterioridad, con la dación de la Ley N° 27048 (promulgada el 28 de Diciembre de 1998, ocho meses después de la presentación de la demanda que ha originado el presente proceso), se ha agregado

una causal más, consistente en la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Por consiguiente ahora se tienen 6 causales que pueden invocarse válidamente para los efectos de la declaración judicial de la filiación extramatrimonial. Esto significa también que el legislador, al fijar las causales con detalle, ha querido que los juzgadores recurran a la interpretación restrictiva de la norma para la filiación y no a la interpretación extensiva, en la que el intérprete amplía el significado del texto de la norma para comprender en ella otros supuestos fácticos que razonadamente estén incluidos, en atención a que el legislador al regular las anotadas causales lo ha hecho no recurriendo a fórmulas genéricas sino a fórmulas específicas, detalladamente configuradas, dando, como por ejemplo en el caso previsto en el inciso 3 del artículo 402 del CC, una concepción singular del concubinato, diferente en algunos aspectos al concebido para la determinación de la sociedad de bienes que se genera por las uniones de hecho reguladas por el artículo 326 del CC”.

Por último, se invoca el principio de irretroactividad de las normas, al sostener que:

“la modificatoria introducida por la Ley N° 27048 al numeral 402 del CC, de otro lado, no puede aplicarse retroactivamente en virtud de la previsión contenida en el artículo 103 de la Constitución del Estado. Es más, si conforme al Código Procesal Civil los Jueces están autorizados para calificar la conducta procesal de las partes en litigio para amparar o no una demanda, especialmente cuando se manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; sin embargo, la ley citada en este considerando ha establecido una calificación especial y concreta de la conducta procesal que pueda asumir el demandado, cuando señala que ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas (entre ellas la del ADN) luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad”.

Frente a estas afirmaciones, creo pertinente precisar que:

a) La pretensión procesal (declaración judicial de filiación extramatrimonial) sí fue formulada por la demandante, aunque el fundamento jurídico no era el correcto (o, en todo caso, fue impreciso). El juez está obligado a administrar justicia aún en caso de vacío de la ley, lo cual no significa “crear una norma”. No se entiende por qué el vocal ponente (discordante) exige “que la pretensión procesal materia del proceso esté rigurosamente señalada”, cuando, repito, sí lo fue y si por “rigor” se entiende que la parte deba invocar el artículo, se incurre en un



grueso error. Por ello, la afirmación que se está frente a un “petitorio jurídicamente imposible” no resiste al análisis.

b) La pretendida interpretación de la intención del legislador es un argumento débil. Si bien es cierto que ésta era la posición del ponente del Libro de Familia del Código Civil¹⁴, ésta va en contra de toda una orientación jurisprudencial que ya había admitido una interpretación extensiva del artículo 402 c.c., vale decir, que el elenco de las causales contenidas en el mismo no debía entenderse como un *numerus clausus*, sino como un *numerus apertus*.

c) La afirmación que la Ley N° 27048 no es retroactiva, debe entenderse respecto de sus normas de carácter material. Las disposiciones procesales contenidas en la misma (entre ellas, la valoración de la conducta del emplazado, por parte del juez), por mandato del propio Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata. Asimismo, se debe recordar que los artículos 193 c.p.c. (respecto de los medios probatorios atípicos), 282 c.p.c. (evaluación de la conducta procesal de las partes), entre otros, estaban vigentes al momento de la interposición de la demanda.

Creo que estos argumentos son suficientes para afirmar que la posición del vocal ponente (discordante) se ha dado, dándole la espalda (inexplicablemente) a una orientación jurisprudencial ya aceptada y a normas procesales vigentes.

En opinión que comparto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en resolución de fecha 13.10.00 (Cas. N° 1753-2000), declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, precisando que:

“esta denuncia (la del demandado) está dirigida a cuestionar la interpretación modificativa efectuada por la Sala de mérito, sustentada en una línea jurisprudencial, que ha sido recogida con posterioridad en la Ley veintisiete mil cuarentiocho, y a la que se podía arribar luego de una interpretación sistemática del conjunto de normas que regulan el derecho familiar, hechos que en estricto no configuran contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sino el ejercicio de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, como es el aplicar el derecho que corresponda al proceso, fundamentando su decisión en hechos alegados por las partes”.

Nótese que en un mismo proceso, diversos operadores jurídicos han invocado una serie de principios jurídicos, como el de igualdad, el de aplicar la norma jurídica pertinente (traducido

a través del aforismo *iura novit curia*), el de irretroactividad de la ley, el del interés superior del menor, incluso, para defender posiciones contrapuestas.

El caso que se ha comentado nos pone en evidencia, como señalé anteriormente, el dilema en el cual se encuentra el juez, entre ceñirse cómodamente a la literalidad de la norma (cuando esta existe) o arriesgarse y recurrir a los principios jurídicos para entenderla de una manera que haga más sensible a la administración de justicia. El derecho no es una ciencia exacta que busque soluciones frías y uniformes: es un producto cultural y por ello, requiere del auxilio de seres humanos que, con defectos y virtudes, asuman el rol de operadores jurídicos y respondan, acordes con las normas y los principios, a los requerimientos de la colectividad, que siempre serán variados y en constante transformación. De esta manera, irán descubriendo nuevos principios y situaciones jurídicas, dignos de tutela: esto es lo que diferencia a un operador jurídico atento a su realidad, de un apático burócrata que no ve (ni va) más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

3.- Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales

En materia de reconocimiento extramatrimonial surgen una serie de derechos y principios en conflicto: el primero de ellos el del interés del menor, que más de un principio, se trata de un “típico caso de una cláusula “indeterminada”, a punto tal de comprender soluciones contrastantes”¹⁵. En efecto, esta cláusula es de carácter interpretativo y está inspirada hacia un favor respecto del menor. En este sentido se sostiene que “la cláusula del interés del menor constituye el instrumento para dar actuación, en la variedad de situaciones concretas, a los prevalecientes derechos del menor, orientando a su realización las decisiones que le atañen. Esta requiere que el juez la tenga en cuenta, no como un concepto abstracto, referido a los menores como categoría, sino en el concreto interés del niño, entendido como persona, del carácter único e irrepetible de su dimensión existencial, del contexto personal, familiar, social y económico en el cual éste vive y en consideración de ello, tome la decisión que para él, en un momento determinado y en cierto ambiente, promueva mejor sus derechos”¹⁶. Por ello se afirma que esta cláusula general “es una



enunciación expresa; pero indeterminada en el contenido y susceptible de concretizarse por el juez en el momento de aplicación”¹⁷.

Sin embargo, algunos jueces han entendido de manera un tanto equívoca la cláusula general del interés del menor, al no admitir la pretensión de excluir el nombre de quien figura como padre en la partida de nacimiento, no habiendo declarado su voluntad en tal sentido. Así tenemos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín, con Resolución N° 64 (02.07.97), Exp. N° 160-97, ha establecido lo siguiente:

“Que, la consignación del nombre como padre de un menor se tiene por no puesta por mandato expreso de la última parte del primer párrafo del artículo trescientos noventidós del Código Civil.

Que no se trata de establecer si el actor autorizó o no el uso de sus nombres. Lo que se pretende es excluir un dato en cuanto al nombre, dato que para nuestro ordenamiento civil definitivamente no existe porque se considera no puesto.

Que los datos que aparecen en la inscripción de nacimiento definitivamente constituyen parte de su identidad, incluido el nombre de quien dice no ser su padre y el Estado está comprometido a preservar esa identidad, por así mandarlo el inciso primero del artículo ocho de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte e noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa veinticinco mil doscientos setenta y ocho de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa”.

Por suerte, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República corrigió este error conceptual al determinar, con fecha 05.05.99, en Cas. N° 2747-98:

“Que el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, además de ser un signo distintivo de las personas en sus relaciones jurídicas y sociales, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quienes son sus progenitores, por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.

Que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad, y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad del menor, consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido, y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación del nombre y por ende no puede mantenerse dentro de un instrumento público una afirmación inexacta, lo que demás vulnera la norma de orden público contenida en el artículo veintiuno

del Código Civil, por consiguiente, la Sala de Revisión ha efectuado una interpretación errónea de la norma contenida en el artículo trescientos noventidós del Código Sustantivo”.

La Casación, con mayor criterio ha entendido que este supuesto de hecho encaja en la figura de usurpación del nombre, regulada en el artículo 21 c.c.¹⁸.

La identidad, que no solamente debe ser entendida de manera estática, vale decir como identificación, sino de manera dinámica, en tanto “proyección externa de la personalidad”¹⁹, ha sido definida en una feliz expresión, como “el derecho a ser uno mismo”²⁰. Por ello, en aras del *interés del menor*, se sostiene que éste tenga derecho a conocer quién es su padre, es decir, que sepa cuál es su identidad familiar. Sin embargo, este derecho choca con el derecho a la integridad (en tanto respeto de la “esencia unitaria de la naturaleza humana”²¹) o a la vida privada²² del presunto padre. En efecto, ¿hasta qué punto la negativa del presunto padre a someterse a la prueba hemato-biológica puede ser entendida por el juez como una aceptación tácita de su paternidad? ¿Puede ser evaluada de la misma manera una negativa a someterse a esta prueba frente a otras pruebas adicionales²³, que una negativa frente a la sola afirmación de la madre que el demandado es el padre? El reformado inciso 6, del artículo 402 c.c. establece, correctamente, lo siguiente:

“Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista (...)”.

En efecto, el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo con el caso concreto y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad. Resulta interesante observar que, a partir del reconocimiento del “derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, autorizada doctrina constitucional argentina afirma que “no estar obligado a declarar contra sí mismo significa también, y a la vez, no estar obligado a prestar el propio cuerpo (con su integridad física, síquica y moral) para ninguna clase de prueba. O sea que este derecho apareja el de negarse a una prueba biológica por extracción de sangre, como también a que se le apliquen sueros a la verdad, se le practique narcoanálisis, o la hipnosis, etc.”²⁴, proponiéndose a quien pretenda conocer su



identidad familiar, lo siguiente: “tienes derecho a indagar tu filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela judicial efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte”²⁵.

Tarea asaz ardua y difícil será la de los jueces que tendrán que establecer jurisprudencialmente la solución frente al conflicto de estos derechos.

NOTAS:

- ¹ Tal como se da cuenta en la resolución del Octavo Juzgado de Familia de Lima, de fecha 07.12.99, la cual estoy siguiendo fielmente, a efectos de relatar los hechos.
- ² Así, Varsi Rospigliosi, *Hacia una filiación biológica*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 11, Trujillo, 1997, pp. 45 y ss; Martínez Coco, *La filiación biológica y el artículo 402 del código civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año IV, N° 8, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pp. 341 y ss; Gutiérrez Duany y Lavarello Alba, *Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, Trujillo, 1997, pp. 91 y ss; entre otros.
- ³ En *Diálogo con la Jurisprudencia*, con comentario de Varsi Rospigliosi, *Análisis constitucional de la investigación jurídica de paternidad*, Año III, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 83 y ss.
- ⁴ Téngase en cuenta que la parte pertinente citada establece que “ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415” (el subrayado es mío).
- ⁵ El cual establecía que “la acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre”.
- ⁶ Eguiguren Praeli, *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*, en *Ius et Veritas*, Año VIII, N° 15, diciembre, 1997, p. 63 (el resaltado es del autor).
- ⁷ Espinoza Espinoza, *Principios Generales del Derecho*, en *Temas de Derecho*, Revista de los Talleres de Investigación Jurídica, N° 1, Sagitario, Lima, 1987, p. 46.
- ⁸ Así, Lonardo, citando a Barberis, cuando expresa que “un principio puede considerarse existente no por el hecho de haber sido legítimamente puesto por un legislador, sino “por el hecho de ser considerado justo o, al menos, adecuado al caso para el cual ha sido invocado” (Op. cit., p. 287).
- ⁹ No obstante ello, en el fundamento del voto del Vocal Ramos Lorenzo, se invoca la interpretación extensiva del inciso 3, del artículo 402 del Código Civil.
- ¹⁰ Resulta pertinente citar el siguiente pasaje del fundamento del voto del Vocal Ramos Lorenzo, en el cual se aprecia que “la prueba del ADN no es una creación de la Ley 27048, desde que ya se encontraba prevista en el texto originario de la primera parte del artículo 413 de nuestra codificación civil sustantiva, conforme a la cual en los juicios sobre declaración de paternidad, o maternidad extrajudicial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos “U OTRAS DE VALIDEZ CIENTÍFICA” (la del ADN por ejemplo), por lo que con esa o sin esa ley tal medio probatorio resulta pertinente y procedente al caso de autos”.
- ¹¹ En efecto, se sostiene que “debe observarse que la posibilidad de declarar infundada la demanda no se ha perdido, no sólo porque la Ley N° 27048 no expresa ni sugiere que necesariamente debe declararse la paternidad, sino y sobre todo, porque la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios –destinados a corroborar, completar o sustituir el valor o alcance de éstos– permiten al juez utilizar su apreciación razonada” (Plácido Vilcachagua, *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 291).
- ¹² Para un sector de la doctrina nacional, el interés superior del menor está basado en “el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las 3 características: amor, comprensión, felicidad” (Chunga Lamónja, *Derecho de Menores*, tercera edición actualizada, Grijley, Lima, 1999, p. 225).
- ¹³ Se precisa, además, que “toda pretensión procesal tiene, por un lado, su fundamentación jurídica y fáctica, y por otro, el petitorio correspondiente. Tratándose de la filiación la pretensión respectiva comprende: a) su fundamentación, que está conformada por la descripción de los hechos que deben subsumirse dentro del marco de los incisos 402 del CC y por la fijación de la previsión legal que sirve de base para la tutela jurisdiccional que se reclama. B) El petitorio, que se concreta a solicitar la declaración de paternidad. La propia demandante reconoce que el supuesto fáctico que señala en su demanda no es subsumible dentro de las causales de filiación previstas por el artículo 402 del CC vigente en la fecha de presentación de la demanda”.
- ¹⁴ En efecto, Comejo Chávez, en su momento (1980) afirmó que “el progreso de la ciencia permite ya obtener de la prueba de la sangre una conclusión tan inequívoca como puede ser la de cualquiera otra pericia, en el sentido de la no-paternidad, aunque no de la paternidad” (en *Exposición de Motivos y Comentarios del Proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora*, en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL, *Exposición de Motivos y Comentarios*, cit., p. 436). Asimismo, el mismo autor, posteriormente, sostuvo que “acreditada en el juicio la hipótesis alegada –que ha de ser una de las cinco enumeradas en el artículo 402– se presume que el demandado es el padre” (el subrayado es mío) (*Derecho Familiar Peruano*, décima edición actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 476).
- ¹⁵ Leite De Converti, *Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Año X, N° 4, Padova, 1994, p. 535.
- ¹⁶ Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura de Cabella Pisu Y Nanni, CEDAM, Padova, 1998, p. 19.
- ¹⁷ Arrigo, *Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio*, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 201.
- ¹⁸ Como precedente tenemos la resolución de fecha 17.11.98, Cas. N° 1061-98-Junin, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 5, N° 10, Julio 1999, pp. 144-146. En doctrina nacional, Vega Mere, *La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial en Diálogo con la Jurisprudencia*, Año , N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 93 y ss.
- ¹⁹ Como distingue acertadamente Tommasini, en *L'identità dei soggetti*, en *L'informazione e i diritti della persona*, a cura de Alpa, Bessone, Boneschi Y Caiazza, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, Napoli, 1983, p. 86.
- ²⁰ Dogliotti, *Diritto All'identità e tutela della persona*, en *L'informazione e i diritti della persona*, op. cit., 174. Entre nosotros, Fernández Sessarego, define a la identidad personal como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano” (en *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113).
- ²¹ Espinoza Espinoza, *Estudios de Derecho de las Personas*, Segunda Edición, Editorial Huallaga, Lima, 1996, p. 152.
- ²² Se sostiene que su “definición debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida” (Morales Godo, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, pp. 107-108).
- ²³ Resulta interesante el precedente que da un valor decisivo a las pruebas testimoniales a efectos de la declaración judicial de filiación extramatrimonial. En efecto, el Dictamen Fiscal N° 629-93-MP-FN-FSC, del 09.12.93, estableció que “dada la forma explicativa (sic) en que los testigos han respondido las repreguntas formuladas por el apoderado del demandado, y el reconocimiento que el mismo ha efectuado sobre dichos hechos y tratándose de un reconocimiento de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual sólo quienes conocen a las partes pueden informar, sobre todo cuando éstas forman convicción, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación” (en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año III, N° 7, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 177). La Corte Suprema, con resolución del 06.01.94, confirma esta opinión.
- ²⁴ Bidart Campos, *La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año III, N° 5, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 241-242.
- ²⁵ Bidart Campos, Op. cit., pp. 243.



Patrimonio familiar

Benjamín Aguilar Llanos

Profesor de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: Introducción, Concepto y fundamento de la institución: Fundamento Antecedentes del patrimonio familiar: Antecedente mediato, el homestead; Antecedentes de la institución en el Perú Naturaleza jurídica de la institución, Ventajas e inconvenientes de la figura, Régimen legal del patrimonio familiar: Forma de constitución, El constituyente, Requisito previo para la constitución, Beneficiarios, Objeto del patrimonio familiar, Privilegios y limitaciones del patrimonio familiar, Facultad de arriendo del bien o bienes del patrimonio familiar, Terminación del patrimonio familiar, Patrimonio familiar es transmisible por herencia, Patrimonio familiar por mandato de la ley.

Introducción

La familia, célula vital de la sociedad, requiere para alcanzar un desarrollo óptimo, un soporte económico que le permita a sus integrantes obtener metas acorde con su naturaleza humana; este sustrato material, económico debe comprender bienes en cantidad suficiente que permitan dotar de una morada y fuentes de trabajo, liberándolos de la incertidumbre y riesgos propios de la sociedad actual.

Respondiendo a estos objetivos, surge en las legislaciones contemporáneas una figura jurídica que adopta diferentes denominaciones pero con una sola sustantividad y fin, la de protección al núcleo familiar.

El bien de familia, hogar de familia, asilo de familia, homestead, patrimonio de la familia, o patrimonio familiar, consiste en afectar un predio para morada del grupo familiar o un predio destinado a la agricultura, industria, artesanía o comercio que sirva como fuente de trabajo de la familia, y que agotado un procedimiento determinado, ese predio se convierte en inembargable e inalienable.

En Perú, la institución es recogida recién a partir del código de 1936, con la denominación hogar de familia, sin embargo su poca o nula difusión impidió que la población hiciera suya la figura pese a los beneficios que ella entrañaba. Al expedirse la Constitución de 1979, el hogar de familia es elevado a la categoría de institución recogida por la carta magna; sobre el particular es de verse de la última parte del artículo 5to que el patrimonio familiar (antes hogar de familia) era inembargable, inalienable y transmisible por herencia; el código civil de 1984, recoge la institución con el nombre de patrimonio familiar, institución ésta que al expedirse la Constitución de 1993, ya no la recoge, lo que no implica que

haya desaparecida la figura, sino que ésta sigue vigente, y su regulación legal, la tenemos en el código sustantivo.

El término patrimonio familiar resulta confuso, pues se asocia a lo que podríamos entender como los bienes de la sociedad conyugal, dentro de un régimen de sociedad de gananciales, e incluso es fácil comprobar cómo a nivel de abogados e incluso magistrados, al referirse al patrimonio familiar lo hacen aludiendo a los bienes sociales; a la par de ello, también es bueno reconocer que su poca difusión, cosa que ocurrió también con el código de 1936, conspira para su aplicación.

Concepto y fundamento de la institución

Guido Tedeshi expresa que el patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los cónyuges y los hijos, ni por último constituye una persona autónoma como si fuese una fundación, constituye en cambio un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función, y por las normas que la ley dicta en su protección.

El patrimonio familiar, tal como la llama nuestra legislación, es regulado bajo diversas denominaciones; el homestead en Estados Unidos de Norteamérica; Argentina, Brasil y Uruguay lo legislan con el nombre de bien de familia; en Suiza es conocida como asilo de familia; en Portugal como casal de familia; Colombia y Méjico como patrimonio de familia; en Venezuela como hogar de familia, denominación ésta que igualmente utilizó nuestro código civil en 1936, y en Italia y Perú se conoce como patrimonio familiar.

Para acercarnos con mayor propiedad a



la institución en estudio, brevemente veremos cómo se ha definido la institución bajo las denominaciones que ya hemos citado:

Bien de familia.- conjunto de objetos aprovechables y útiles que se emplean para satisfacer las necesidades del grupo familiar, los mismos que se hallan unidos por lazos de parentesco o convivencia.

Patrimonio familiar.- Para Italia es un régimen patrimonial que puede constituirse dentro del matrimonio y en el que están interesados no sólo los cónyuges, sino los hijos si existen; estas personas tienen derecho a estar rodeadas de una esfera económica que constituye el haber con que se atiende el sostenimiento.

Hogar de familia.- predio de propiedad del jefe de familia, y que es destinado para la morada de los integrantes de la familia y que goza de las características de ser inembargables e inalienable.

Asilo de familia.- pueden constituirse en asilo de familia los fundos agrícolas o industriales y las casas habitación y que reúnan ciertas condiciones legales, estos bienes no pueden ser gravados en adelante, pero igualmente el propietario no puede venderlo ni darlo en arrendamiento.

Homestead.- el término implica hogar y lugar y que podría significarnos como el lugar de la familia, en donde tiene asentado su hogar; se incluye no sólo la casa habitación, sino igualmente la finca y no sólo la rural sino también la de la ciudad.

Como es de observar la mayoría de las legislaciones conceptúan el patrimonio familiar como la finca de familia que conlleva implícitamente la posesión plena, ocupación efectiva, la inembargabilidad y la restricción de la enajenación contemplada por las leyes.

A la luz de nuestro código, el patrimonio familiar es una institución jurídica, por medio de la cual se afecta una casa habitación para que sirva de morada de la familia, o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria, comercio, para que sirva como fuente de ingreso del grupo familiar, y que a mérito de un procedimiento judicial o notarial, dichos bienes gozan del beneficio de ser inembargables, limitándose su enajenación, todo ello en protección de la familia, con lo cual se les asegura un techo donde vivir o una fuente de trabajo que les permita satisfacer sus necesidades económicas, lo que a su vez produce un sosiego y tranquilidad respecto de los riesgos que trae una sociedad moderna.

Fundamento

Siendo el fin último de la institución la protección a la familia, por ende se explica la figura en tanto se proteja o garantice un soporte económico que permita a los miembros del núcleo familiar desarrollarse.

A mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, el derecho de propiedad y la institución familiar se compenetraron en una institución de gran importancia, en la que la propiedad servirá de base a la familia para permitir su desarrollo, por cuanto las necesidades más elementales del ser humano, como son alimentación y habitación van a ser garantizadas con la existencia del bien de familia, hoy, según nuestra legislación, patrimonio familiar.

Por medio del patrimonio familiar lo que se busca es mantener a la familia unida, recordemos que la fija en un lugar determinado, e incluso de acuerdo a nuestra legislación, se exige que el grupo doméstico viva en forma permanente e ininterrumpida en el bien, siendo causa de extinción el abandono del patrimonio familiar, pues bien, "... al afincarse en un lugar determinado se contribuye a afirmar los vínculos éticos entre los componentes de la familia, facilita el cultivo de los hábitos domésticos, los mismos que nacen de la intimidad del hogar..."; hemos transcrito este texto del libro del doctor Cornejo Chávez, por cuanto son muy ilustrativas para informarnos sobre el fundamento moral de la institución.

El fin último del patrimonio familiar es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar, tratando de liberarla de los riesgos y peligros del porvenir, en atención a los privilegios de que goza la institución como la de su inembargabilidad.

Sara Montero, en su texto de Derecho de Familia mejicano, refiere que el fundamento del patrimonio de familia radica en la protección judicial que al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio esencial para la subsistencia de la familia.

Antecedentes del patrimonio familiar

La institución en estudio tal como la concebimos en la actualidad, si bien es cierto que tiene su antecedente mediato en la legislación norteamericana, igualmente es cierto que los autores no están de acuerdo en cual es el origen primigenio de la figura. Señalan algunos que tiene



antigua raigambre, y creen descubrir su origen en uno de los libros del antiguo testamento; al respecto el doctor Miguel de la Lama en su comentario al código de procedimientos civiles de 1912, refiere la opinión de Bureau, quien señala que el origen del homestead se remonta hasta el pueblo hebreo por que en el capítulo XXXIX, versículo 6 del Deuteronomio, libro quinto del Pentateuco se lee "... no recibirán en prenda muela superior o inferior de un molino por que el que la ofrece empeña su misma vida, entregándole el único arbitrio de su subsistencia que tiene..." significando ello que el gravamen que pesa sobre un bien de trabajo, puede conducir a la pérdida del mismo, y consecuentemente, condenar al deudor a la miseria y desamparo.

Otros autores sostienen que en la Roma primitiva se entregaba a los pater familia, una porción de tierra para que establezcan su morada, en donde vivía con su esposa e hijos y esclavos sobre los que ejercía pleno dominio, igualmente establecía su rebaño y el resto de la tierra la dedicaba al cultivo; esta figura era conocida como el heredium; obsérvese las características de esta figura muy parecidas al antecedente de la institución, esto es el homestead.

Sin embargo no hay en el Derecho Romano indicios o figuras que puedan considerarse como antecedentes del patrimonio familiar tal como actualmente la concebimos.

En el Derecho medieval español, encontramos en el Fuero Viejo de Castilla, que una figura parecida a la institución en estudio fue considerada; en efecto este conjunto de normas instituyó el patrimonio de familia a favor de los campesinos que lo constituían la casa, el huerto y la era, bienes que eran inembargables, así como las armas, el caballo y la acémila.

Antecedente mediato, el homestead

Nace en Norteamérica y para ser más preciso en Texas, para luego extenderse a los demás estados y posteriormente llegar a Europa, donde toma características propias. El término homestead (casa-hogar-domicilio) significa en su acepción más alta los bienes de familia y en Estados Unidos de Norteamérica sirve para definir dos instituciones distintas, el homestead lowe y el homestead exception.

Homestead Lowe.- Aparece en 1839 en el Estado de Texas; se concede al colono, o cualquier persona que haya declarado su propósito de ser ciudadano el derecho de ocupar a título gratuito

160 acres, que en las comarcas mejor situadas era 80 acres de terreno público inculto, por un período de 5 años para explotarlos personalmente, quedándoles prohibido gravar, hipotecar dichos terrenos, y una vez transcurrido este término pasan a su dominio pleno, extendiéndoles el título de dominio respectivo.

Con la ley de 20 de mayo de 1862, el gobierno federal quedó facultada para donar una porción de terreno de dominio público, pero quien solicitaba esta donación debería someterse al cumplimiento de determinadas condiciones, las mismas que si eran cumplidas, convertían a estas personas en propietarios de dichos bienes, pero con carácter temporal, por cuanto para convertirse en exclusivos propietarios debían establecerse en el terreno dentro de los 6 meses siguientes y luego de establecerse debían vivir en él. o cultivarlo durante 5 años en forma ininterrumpida, prohibiéndosele tener otro dominio en ese período. Esta explotación tenía que ser personal, sin embargo se concedía la posibilidad de que los hijos menores, la mujer viuda, o mujer abandonada podía completar los 5 años; como lógica consecuencia si la persona que obtuvo el título provisional, abandonaba el bien o no lo explotaba durante seis meses, perdía en forma definitiva el derecho.

El homestead lowe tuvo como fin estimular y lograr el asentamiento de colonos en las nuevas tierras logrando la expansión territorial, y para ello se protegió los elementos de trabajo de la familia, estableciendo así la inviolabilidad de la morada; obsérvese en ello un fin socio político.

Homestead exemption.- Nace como complemento del lowe; pertenece a la legislación particular de cada Estado y cuyo objeto sigue siendo el de proteger la propiedad de la familia.

Consiste en el domicilio de un ciudadano y su familia que por mérito de una declaración (la ley consignaba tal exigencia), la propiedad de ese inmueble quedaba exento de ser embargado civilmente, pero tal inembargabilidad tenía un límite, sólo eran las propiedades rurales de 50 acres, los instrumentos necesarios para el cultivo, 5 vacas, dos yuntas. Este beneficio no se limitaba a las propiedades rurales, sino que se extendían igualmente a las propiedades urbanas, a las que también se les fijaba un límite, inmuebles cuyo valor no superara los 500 dólares y un mobiliario de 200 dólares, en consecuencia el exceso de esos valores si era embargable.



El homestead *exceptiom* exigía el cumplimiento de ciertos requisitos, propiedad de la finca y la sujeción a ciertas exigencias legales, tales como ser ciudadano, la declaración de que el afectado somete la finca al régimen del homestead; ahora bien, importante resulta precisar que la inembargabilidad sólo tenía lugar para aquellas deudas contraídas con posterioridad a la declaración del homestead, pero no para las deudas anteriores a su constitución.

El homestead *exceptiom* busca proteger a la mujer e hijos del constituyente, respecto de sus acciones negligentes o dolosas en que pudiera incurrir y que como consecuencia de su mala gestión, dichos beneficiarios se quedarían sin techo, mobiliario o fuente de trabajo, en consecuencia la figura otorga tranquilidad, sosiego y seguridad al grupo doméstico.

Figuras con ciertas características a la institución hemos encontrado en la **zadruga** en Bulgaria, y el **mir** en la Rusia Zarista, configurados por bienes familiares fuera de la potestad del jefe de familia que no podía venderlos ni gravarlos.

Antecedentes de la institución en el Perú

El código civil de 1852 ignoró la institución del patrimonio familiar, aún cuando algunos comentaristas creen encontrar en algunos artículos de dicho código características propias de la figura, así los artículos 1579, 1695 y 2233 referidos a los bienes de trabajo que eran declarados inembargables.

El código de procedimientos civiles de 1912 en su artículo 617 contenía las características del hogar de familia, ejemplo de ello es el inciso 6to que refería que no eran embargables los animales, máquinas e instrumentos indispensables al ejecutado para el ejercicio de la agricultura, minería u otra industria a la que estuviera consagrado.

Es con el código civil de 1936 que recién se incorpora la figura con el nombre de hogar de familia, y así el jefe de una familia podía destinar un predio para hogar de ella, y que los predios destinados a la agricultura, a la industria o a la habitación podía ser constituidos en hogar de familia siempre que no excedan de lo necesario para el sustento o la morada de éste.

Características de la institución también encontramos en otras ramas del derecho: en el fuero agrario, por ejemplo la ley 15037 de reforma agraria, que refería que la unidad agrícola

familiar eran inalienables e indivisibles; sobre el particular la unidad agrícola familiar implicaba que el agricultor y su familia debían cultivar la tierra sin empleo de mano de obra extraña, excepto en campaña agrícola, esta dedicación exclusiva le debería proporcionar al agricultor un ingreso suficiente para el sostenimiento de su familia y cumplir con las obligaciones de la compra de la parcela y aun permitirle cierto margen de ahorro. Estos lotes que se adjudicaban como unidades agrícolas familiares no podían venderse, ni gravarse, ni transferirse por ningún concepto antes de haber cancelado su precio y aún en el caso de haberlo pagado si no había transcurrido 10 años de la fecha de adjudicación.

La Constitución política de la república de 1979, eleva a la categoría de precepto constitucional la figura del hogar de familia, con el nombre de patrimonio familiar; en efecto el artículo quinto, última parte decía textualmente " la ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.". Curioso resulta constatar que la Constitución de 1993, elimina de su texto la figura del patrimonio familiar, aún cuando ello no implica su eliminación de nuestra legislación positiva, la misma que viene regulada en el libro de Familia del código civil de 1984.

Naturaleza jurídica de la institución

Refieren algunos que el patrimonio familiar carece de sustantividad propia, por que no viene a ser sino un matiz del derecho de habitación: en efecto refieren que de la lectura de los artículos 1026 y 1027 del código civil se infiere que cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada se establece el derecho de habitación, en consecuencia se diría que el patrimonio familiar, en su manifestación de casa habitación, constituiría un derecho de habitación a favor de los miembros del grupo doméstico: sin embargo en ambas figuras existen diferencias que la distinguen una de otra; en la habitación una persona resulta ser propietaria que cede las facultades de uso y disfrute, mientras que otras que no son propietarias usan y disfrutan del bien; ahora bien, en el patrimonio familiar el propietario y los beneficiarios que él designe usan y disfrutan del bien, y a propósito de los beneficiarios, en el patrimonio familiar necesariamente son parientes del titular del bien, cosa que generalmente ocurre también en la habitación, pero aquí cabe pacto en contrario; por otro lado el patrimonio familiar se constituye vía judicial o notarial, mientras que el derecho de habitación puede establecerse convencional-



mente o por testamento y no requiere de trámite judicial. Hasta aquí algunas cuantas diferencias.

La autora mejicana Sara Montero refiere que el patrimonio familiar es un patrimonio afectación.

Si bien es cierto que el patrimonio familiar reúne algunas características del derecho real de goce de usufructo o de habitación, también lo es que tiene particularidades propias que se ubican en el ámbito de la familia, y por ello los privilegios y limitaciones que conlleva la institución le dan una autonomía propia y por que se separa una parte del patrimonio del titular del bien, para afectarlo a favor de la familia, y en tanto estén afectos a ellos ingresan a una suerte de isla legislativa, sobre la que no puede recaer ningún acto jurídico que recorte o sustraiga el patrimonio a la familia.

Ventajas e inconvenientes de la figura

Se critica al patrimonio familiar por cuanto señalan que se vulnera el principio de libertad restringiendo las facultades dominales; al respecto diremos que no encontramos asidero en esta crítica, por cuanto la constitución de la institución es voluntaria, a nadie se le obliga que la instituya, como por ejemplo, ocurre en las legislaciones mejicana a propósito de deudas alimenticias. Además debemos considerar que el Derecho igualmente tiende a dar seguridad jurídica, y en este caso esa seguridad la otorga a la familia, protegiéndola de los riesgos futuros.

Se sostiene que inmoviliza la propiedad de ciertos bienes sacándolos del comercio de los hombres; esta es una crítica seria, pero que sin embargo, al menos en nuestra legislación resulta parcial, por cuanto, la constitución del patrimonio familiar no es perpetua, se da la posibilidad en la misma ley de que por razones justificadas se extinga la figura, además de permitir ejercer algunos derechos, si no el de la enajenación, pero si la posibilidad del arriendo, y aún se permite el embargo parcial de los frutos del patrimonio.

Se sostiene y con razón, que el patrimonio familiar restringe el acceso al crédito; esta es una crítica justificada desde nuestro punto de vista; el propietario del bien afectado no puede obtener con la garantía que le podría proporcionar el bien un acceso al crédito, sobre el particular recordemos que el bien objeto del patrimonio familiar no puede ser dado en hipoteca ni anticresis. Resulta obvio la importancia que tiene el crédito en nuestros días, y por ello y a guisa de ejemplo

diremos que existen muchos casos de personas que compran un inmueble para destinarlo como casa habitación, y la forma de compra venta es de alquiler venta, que lleva implícita la hipoteca legal por el saldo del precio; obsérvese en estos casos la imposibilidad de constituir estos bienes como patrimonio familiar por las exigencias legales de la no existencia de deudas cuyos pagos se vean afectados con la constitución del patrimonio familiar. Estos casos quizás son los que más requeriría de protección, como lo otorga la figura bajo comentario, pero legalmente no es posible, sin embargo existen antecedentes que si contemplaban estos casos, como por ejemplo la ley 13500 del 26 de enero de 1961 que estableció un régimen sobre asociaciones para la construcción y adquisición de viviendas; los inmuebles adquiridos o construidos conforme a las condiciones establecidas en dicha ley gozaban de los beneficios propios del hogar de familia (hoy patrimonio familiar) por mandato expreso de la ley y sin exigirse a los propietarios el requisito de no tener deudas que para constituir el hogar de familia exigía el artículo 462 del código civil de 1936. Creemos que en este punto debe haber una modificación en la legislación a fin de asegurar a los integrantes del grupo familiar un nivel de vida que permita su normal desenvolvimiento y se logre la inviolabilidad económica del bien o bienes afectos al patrimonio familiar, en tanto que los acreedores del constituyente no pueden dirigirse contra estos bienes; por otro lado, el patrimonio familiar favorece el desarrollo de la pequeña propiedad, pues un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria, o comercio puede ser destinado como patrimonio familiar, impulsando con ello el trabajo obligatorio y colectivo del grupo doméstico.

Régimen legal del patrimonio familiar

Forma de constitución

Por la importancia y consecuencias que entraña la figura, casi todas las legislaciones coinciden en exigir una forma en la que esté presente la publicidad, y ello en resguardo, garantía de terceros que pudieran verse afectados con la constitución del patrimonio familiar. En algunos casos se exige otorgamiento de escritura pública, publicidad e inscripción registral (Brasil), en otros como la legislación mejicana, se requiere agotar un procedimiento judicial con la consiguiente inscripción registral.

El código civil de 1936, señalaba que el hogar de familia podía constituirse por escritura pública o por testamento. El procedimiento se



iniciaba con una solicitud a la que se recaudaba la minuta de constitución, o el testamento; un extracto de esta solicitud se publicaba por 10 días y luego la resolución judicial e inscripción en el registro, la misma que era constitutiva.

El código civil de 1984 ya no menciona la constitución vía testamento, y ello por que, en el caso de herencia con herederos forzosos, no se puede afectar la legítima, por cuanto ésta como es conocido no permite condiciones ni modalidades, y establecer un patrimonio familiar con bienes que forman parte de la legítima es atentar contra los herederos forzosos, quienes no podrían disponer de estos bienes por las características de la figura, además los herederos capaces no tendrían por que estar obligados a respetar el patrimonio familiar, en todo caso se estaría produciendo un conflicto de normas.

En el presente, hay dos formas de constituir un patrimonio familiar; la vía judicial que implica solicitud, minuta de constitución, publicidad, resolución judicial y elevación de la minuta a escritura pública e inscripción en el Registro, y la otra vía, mucho más expeditiva, y que es una alternativa a la vía judicial, es el procedimiento notarial.

Constitución judicial del patrimonio familiar

Según el artículo 749 del código procesal civil, el trámite a seguir es el proceso no contencioso. Este cuerpo legal trata la constitución del patrimonio familiar en los artículos que van desde el 795 al 801, y que podríamos resumir en lo siguiente: el constituyente deberá solicitar al Juez la constitución del patrimonio familiar, individualizando el predio que propone afectar, acompañando documentos que acrediten que el bien se encuentra libre de cargas y gravámenes; deberá precisar los beneficiarios indicando el vínculo familiar que une a ellos con el constituyente. A la solicitud se acompaña la minuta de constitución. Un extracto de esta solicitud se publicará por dos días interdiarios, para el conocimiento de terceros que pudieran verse afectados; en el caso de no deducirse oposición, o desestimada ésta, el juez aprobará la solicitud de constitución con la opinión del fiscal provincial. Luego la minuta se eleva a escritura pública y posteriormente se inscribe en el Registro de la propiedad. Debemos anotar que la inscripción registral es indispensable, por que constituye un acto constitutivo, sino hay inscripción consideramos que no se ha constituido el patrimonio familiar.

Constitución del patrimonio familiar vía notarial

La ley 26662, llamada ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, refiere en su artículo primero, que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar según corresponda, entre otros asuntos, la constitución del patrimonio familiar; en efecto en el título IV de esta ley, los artículos que van del 24 al 28 establecen el trámite a seguir para la constitución del patrimonio familiar, y que en síntesis podemos decir que son: la minuta con la declaración expresa de no tener deudas pendientes, acompañando las partidas que acrediten el vínculo del constituyente con los beneficiarios, el certificado de gravámenes del predio. El notario ordena la publicación de un extracto de esta solicitud, y si transcurridos diez días desde la última publicación no hay oposición, extiende la escritura pública y cursará los partes pertinentes al registro de la propiedad Inmueble.

Una nota importante que resaltar para optar por esta vía notarial, es que el constituyente no deba tener ninguna deuda pendiente, mientras que en el trámite judicial la exigencia está referida a que no se tenga deudas que se vean perjudicadas con la constitución del patrimonio familiar, en consecuencia se trata de dos situaciones diferentes. Si no se demuestra al notario que no se tiene deudas o al publicitarse la solicitud de constitución existe oposición, termina en forma inmediata la participación del notario que deberá de abstenerse de seguir conociendo tal constitución.

El constituyente

El código de 1936 refería que era el jefe de familia quien podía destinar un predio para hogar de ella; esta figura del jefe de familia, que nos hace recordar al pater familia del derecho Romano, claro está, no con las atribuciones omnímodas de ésta, ha sido superado por la igualdad jurídica del hombre y la mujer. En este punto el código del 84 supera ampliamente al del 36, el cual suscitaba muchas dudas, como por ejemplo en familias extramatrimoniales, en la que uno se preguntaba quien era el jefe de familia, o en personas divorciadas con hijos comunes, quien podía constituir el hogar de familia. El código civil de 1984 nos señala quien puede constituir el patrimonio familiar, a saber:

- a) Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad, esto es sus bienes propios.
- b) Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad, esto es, los bienes



- sociales.
- c) El padre o madre que haya enviudado o divorciado sobre sus bienes propios.
 - d) El padre o madre soltera sobre bienes de su propiedad.
 - e) Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

Sobre esta última posibilidad, merece un comentario para evitar futuras confusiones; en efecto cabe preguntarnos si los legisladores al señalar cualquier persona dentro de los límites de la legítima, dejan abierta la posibilidad de que un tercero ajeno al grupo familiar pueda constituir patrimonio familiar; la redacción pareciera conducirnos a ello, pero si concordamos el artículo 493 del código civil con la norma del 495, en la que nos señalan quienes son los beneficiarios del patrimonio familiar, y el 496 inciso primero, vamos a concluir que esta posibilidad no existe. Nuestra legislación requiere necesariamente que el constituyente tenga vínculo de parentesco con los beneficiarios, sin embargo no deja de ser interesante la posibilidad de que el tercero constituya patrimonio familiar a favor de terceras personas, no parientes, que requieran protección y amparo. Al respecto Francesco Messineo en su texto Manual de Derecho Civil y comercial nos dice “ la Constitución del patrimonio familiar por un tercero viene a ser un acto de liberalidad igual que la constitución en dote; esta constitución está sujeta a reducción si a la muerte de él resulta que la cantidad misma ha lesionado la legítima.”. En caso de que un tercero constituya el patrimonio familiar, éste se reserva la propiedad de los bienes, en aplicación estricta de la norma, ya que el patrimonio familiar no transfiere propiedad, sólo da derecho a los beneficiarios al uso y disfrute del bien, pero si este tercero fallece, el bien tendría que desafectarse y entrar a la masa hereditaria para su partición, lo que no ocurriría si el tercero constituye patrimonio familiar, bajo las normas de la donación como sugiere Messineo, pues en este caso tendríamos que estar a lo dispuesto en el artículo 1629 del código civil, referido a que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inoficiosa en lo que exceda de esa medida.

A la luz de nuestro código civil, no es posible que un tercero constituya patrimonio familiar a favor de personas con las que no le une vínculo de parentesco; creemos que los legisladores al consignar el término cualquier persona en el inciso quinto del artículo 493 aluden a personas diversas a las mencionadas en los cuatro incisos

anteriores, así tenemos que podrían ser: el abuelo respecto de sus nietos; el hermano mayor respecto de sus hermanos menores.

Requisito previo para la constitución

Según el artículo 494 del código civil, para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución; la razón de ser de la norma resulta justificada en atención a que el derecho no puede amparar actitudes dolosas de quienes con el argumento de proteger a la familia, burlen el legítimo derecho de sus acreedores, recordemos sobre el particular que ese bien se torna inembargable. Para evitar estos actos fraudulentos, tanto el proceso judicial como la vía notarial exigen la publicidad del acto, a fin de que los terceros interesados puedan oponerse a la constitución del patrimonio familiar, además se exige al constituyente que acredite que el bien, objeto del patrimonio, se encuentre libre de embargo, hipoteca, anticresis.

En otras legislaciones se establece que el patrimonio familiar sólo queda librado del riesgo de embargo y remate por deudas posteriores a su constitución, de tal modo que una simple comprobación de fechas resuelve el problema; en efecto todo acreedor que pueda comprobar que su crédito es anterior a la fecha de constitución del patrimonio familiar puede recaer sobre éste, como si no se hubiera producido la constitución, pero si el crédito es posterior a la constitución ya no podrá dirigirse contra ese bien, pagando su negligencia en la concesión del crédito, pues de una fácil lectura de los registros pudo constatar que la persona con la que estaba contratando tenía afectado su bien en patrimonio familiar.

Repárese en que la norma no señala que el constituyente no tenga deudas, sino que estas deudas terminen siendo perjudicadas por la constitución del patrimonio familiar; caso diferente es la ley notarial. Por lo tanto la existencia de deudas no necesariamente significará un obstáculo para la constitución de la figura, si es que el constituyente tiene otros bienes que respalden el pago de sus deudas pendientes, pero si sólo tuviera un bien, sobre el que va a recaer el patrimonio familiar, y tuviera deudas pendientes, entonces no procederá la constitución, pues al afectarse el bien, se estaría perjudicando al acreedor, quien al momento de efectivizar su crédito ya no podría dirigirse contra ese bien, pues habría sido declarado inembargable, y eso es lo que se quiere evitar. En cambio, con la ley de notariado la exigencia es total, pues para optar por esta vía



para la constitución del patrimonio familiar se requiere lisa y llanamente que el interesado no tenga deudas pendientes.

Beneficiarios

Bajo la denominación de hogar de familia, el código de 1936, refería que el constituyente fijaba a los beneficiarios, pero esta facultad no era irrestricta, sino que estaba limitada a los parientes hasta el tercer grado, entendiéndose como tales al parentesco colateral que comprende a los tíos y sobrinos, mas no al parentesco en línea recta que como sabemos es ilimitado; el código se ponía en el caso de que el constituyente no se hubiera pronunciado sobre este punto, en este caso por propia disposición del cuerpo legal, los beneficiarios eran el constituyente, su cónyuge, sus descendientes menores o incapaces y sus ascendientes y hermanos que se encontraban en estado de reclamar alimentos, elementos de juicio usado en la legislación mejicana, que combina dos criterios para señalar a los beneficiarios: la relación parental y alimentaria.

El código civil de 1984, en el artículo 495, utilizando un término excluyente refiere que pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente; ahora bien, al utilizarse el término estado de necesidad que como sabemos alude a la insuficiencia y carencia de recursos de una persona para atender a sus necesidades, está refiriéndose al derecho alimentario. No se ha contemplado la posibilidad de que personas sin vínculo de parentesco con el constituyente, pero que vivan con él o dependan de él puedan gozar de este derecho, incluso no les alcanza el beneficio a los parientes colaterales del tercero y cuarto grado del propio constituyente.

Resulta curioso que el legislador no haya considerado dentro de los beneficiarios a los concubinos, sobre todo si, en un primer momento la comisión reformadora del código civil consignó tal posibilidad respecto de los concubinos varón y mujer que formaran una unión de hecho, con una vida en común no menor a dos años y sin impedimentos para contraer matrimonio, y no deja de llamar la atención ello, por cuanto si la finalidad del patrimonio familiar es proteger a la familia, y por otro lado nuestras familias peruanas no sólo tienen como fuente el matrimonio, sino que existen un buen número de ellas que hacen vida en común asumiendo las mismas res-

ponsabilidades y derechos de los casados pero no lo están, por cuanto su unión no ha sido sancionada legalmente, en consecuencia reconociéndose que el patrimonio familiar está dirigida a amparar a la familia, debió también considerarse no sólo a las familias matrimoniales (cónyuges) sino también a las familias extramatrimoniales (concubinos).

Es necesario precisar que el patrimonio familiar no transfiere propiedad a los beneficiarios, sino sólo el derecho de disfrutar del bien, así como que el mismo código señale en qué casos los beneficiarios dejan de serlo.

Objeto del patrimonio familiar

Referido a los bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar; por ejemplo la legislación brasilera, artículo 70 la refiere sólo a un predio destinado a domicilio del jefe de familia y de sus beneficiarios que lo son los cónyuges y los hijos en tanto sean menores de edad. En nuestra legislación se dirige en primer término a proteger la casa habitación en que se encuentra instalado el núcleo doméstico y en segundo término al lugar de su trabajo, como fuente generadora de ingresos del grupo familiar; en definitiva comprende: Inmueble que sirve de vivienda a la familia, así como puede recaer sobre un predio destinado al centro de trabajo familiar, agricultura, artesanía, industria o comercio, pero en cualquiera de los casos el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.

Resulta complejo determinar si dentro del patrimonio familiar debe comprenderse no sólo la vivienda sino también sus accesorios; sobre el particular es bueno recordar que el antecedente de esta figura, el homestead se extendía a todos los accesorios de la casa, pues si así no fuera, el deudor privado por el embargo de gozar de los accesorios, podría verse en la práctica obligado a abandonar el bien principal; de aquí que por ejemplo el homestead de un hacendado comprendía la granja, los establos y otros elementos necesarios y anexos que eran indispensables para el goce del homestead mismo, y que las tierras incultas o abandonadas no formaban parte integrante del homestead.

En el texto del doctor Cornejo Chávez, se lee que la ley francesa establece que el patrimonio familiar puede establecerse sobre una casa indivisa, pero que puede englobar tiendas colindantes o simplemente vecinas o recaer sobre una casa con tienda o taller, así como sobre el



material, máquinas o instrumentos dedicados al comercio o industria de la explotación directamente realizado por una familia de artesanos.

En las legislaciones sudamericanas, preferentemente se establece un valor límite de los bienes que van afectarse como patrimonio familiar (Argentina, Colombia, Uruguay que los denominan bienes de familia).

El legislador peruano con sano criterio deja al arbitrio del juez la decisión respecto a aceptar como patrimonio familiar los bienes necesarios para la morada o el sustento de la familia o desestimarlos por considerarlo que exceden estas necesidades, verbigracia, podrá aceptarse como patrimonio familiar un taller artesanal, pero no podrá serlo, sino se desea afectar más de dos talleres artesanales, o una casa habitación, pero no un edificio de viviendas, o una tienda comercial, pero no una cadena de tiendas comerciales.

Privilegios y limitaciones del patrimonio familiar

Una vez constituido el patrimonio familiar, el bien o los bienes que lo constituyen entran a una suerte de isla legal sobre la cual no pueden recaer ningún acto que tienda a limitarlo restringirlo o privarlo, y todo ello en resguardo y seguridad de los beneficiarios de la institución. Se señala que este régimen especial se traduce a través de privilegios que se otorga a la figura pero también restricciones o limitaciones a la propiedad del titular del bien, que sería el constituyente, pues bien analicemos por separado estos privilegios y limitaciones.

Privilegios o prerrogativas del patrimonio familiar

Una vez constituido el patrimonio familiar se crea un régimen especial de amparo al bien o bienes que lo comprenden, es así que se produce la inembargabilidad de los mismos sin más excepciones que las que cada legislación taxativamente establezca; sobre el particular nuestro ordenamiento legal establece que el bien o los bienes que integran el patrimonio familiar son inembargables, sin embargo, y por excepción si podrán ser embargados los frutos del patrimonio familiar y sólo hasta las dos terceras partes; en efecto estos frutos pueden ser embargados por deudas provenientes de alimentos, condenas penales y tributos referentes al bien. Conviene analizar brevemente cada una de estas posibilidades de embargo de los frutos.

En cuanto a los alimentos debidos por el

constituyente, es justificable el embargo en atención al carácter vital y de urgencia que tienen los alimentos, por cuanto su incumplimiento puede acarrear graves perjuicios a los acreedores alimentarios.

En lo que atañe a las condenas penales, están referidas a los actos delictuosos realizados por el constituyente, el mismo que recibe una sanción penal y la obligación de reparar el daño, esta reparación podrá ser cubierta a través del embargo de los frutos del patrimonio familiar, y ello es justificado, por que si bien es cierto se debe garantizar los bienes afectos a esta institución, pero también lo es que se debe garantizar el legítimo interés de las víctimas o agraviados del delito cometido por constituyente, y si no hay otros bienes del infractor, entonces deberá atenderse esta reparación con los frutos del patrimonio familiar.

En lo que respecta los tributos referentes al bien que se adeudan al fisco, y que permite su pago vía el embargo de los frutos del patrimonio familiar, recibe crítica por cuanto dicen que el Estado no tiene por que tener preferencia sobre otros acreedores, a quienes no se les permite embargar los frutos para realizar su crédito, mientras que al Estado sí se le da esta posibilidad por deudas derivadas de impuestos, contribuciones arbitrios que afectan al bien, objeto del patrimonio familiar, sin embargo si los bienes del patrimonio familiar gozan de los servicios públicos como los demás bienes, deben igualmente soportar su parte proporcional en las cargas públicas.

Se discute que el embargo recaiga sobre las dos terceras partes de los frutos, señalándose que es muy alto, y que sólo quedaría a favor de los beneficiarios un tercio, lo que no resulta justo; esto puede ser cierto, y quizás debamos ir a una reducción del porcentaje.

Limitaciones o restricciones que impone el patrimonio familiar

Debemos precisar que en todo caso, estas restricciones a las facultades dominiales quedan justificadas en tanto se dirigen a proteger a los beneficiarios del patrimonio familiar.

Constituido el patrimonio, nace la obligación legal de habitar la casa y explotar directamente el predio, ello implica que no se puede realizar ningún acto jurídico que atente contra el cumplimiento de la obligación citada, es así que nuestro código civil señala que el patrimonio familiar es inalienable (en general se dice inaliena-



ble cuando no resulta posible enajenar por obstáculo natural o por prohibición convencional o legal), lo que significa que los bienes afectos al patrimonio familiar no pueden ser enajenados mientras subsista la afectación, lo que constituye una garantía fundamental para los beneficiarios, quienes tendrán la certeza de que el patrimonio siempre estará a su uso y disfrute, independientemente de que el constituyente haya variado su voluntad y decida unilateralmente revocar la constitución, por cuanto esto no es posible sin causa justificada y previa aprobación del Juez. Con este mismo criterio se restringe la facultad de constituir gravámenes sobre los bienes afectados, en tal mérito no pueden ser hipotecados ni dados en anticresis, por que de lo contrario surgiría, en el primer caso, el riesgo de la pérdida del bien, y en el segundo, se desnaturalizaría la figura, por cuanto la anticresis exige la entrega del bien al acreedor. No olvidemos que el patrimonio familiar persigue fundamentalmente asegurar la permanencia y estabilidad de la familia.

Facultad de arriendo del bien o bienes del patrimonio familiar

El código civil de 1936 no contempló esta posibilidad, con lo cual la crítica a lo que en ese momento se denominó hogar de familia, y hoy es el patrimonio familiar, tuvo mayor razón de ser, y ello en atención a que el bien o bienes que constituían el hogar de familia eran inalienables y por lo tanto no podía recaer sobre él ningún acto jurídico, con lo cual se sustraía del comercio de los hombres tal patrimonio, y sucedía que en situaciones de emergencia del titular del bien, no podía contar con ese bien afecto por que le estaba prohibido. Esta posición era compartida por casi todas las legislaciones a excepción de la mejicana que en su artículo 727 del código civil al referirse a la inalienabilidad del bien afecto al patrimonio familiar, como el de no estar sujeto a embargo o gravamen alguno, señalaba que por justa causa, la autoridad municipal del lugar donde se ubicaba el bien, si podía autorizar el arrendamiento o aparcería por un año, liberando a los beneficiarios de cultivarlo y habitarlo.

El código civil de 1984 refiere en el artículo 491, que los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez. Repárese en la fórmula legislativa, que habla de bienes, con lo cual se acepta que el patrimonio familiar lo constituya no sólo un bien, sino un conjunto de bienes, y por ello la autorización para alquilar alguno de ellos, sin embargo esta primera parte del artículo 491 es-

taría referido al patrimonio familiar cuando se traduce en un predio destinado a la agricultura, industria, comercio o artesanía, esto es cuando el patrimonio familiar se constituye sobre la fuente de trabajo del grupo familiar, verbigracia, en un pequeño fundo agrícola en donde existe un tractor, es lógico que tal bien, no se utilice todo el año, y que en esa época en que no estaría cumpliendo fin alguno si puede darse en arriendo, con lo cual se obtiene alguna renta que servirá para destinarlo al mismo grupo familiar.

El artículo 491 refiere igualmente que también se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia; aquí creemos que el legislador se está refiriendo al predio destinado a casa habitación, y por ello no es posible el arriendo de todo el predio, por que se estaría desnaturalizando la figura, sin embargo si cabe el arriendo de una parte de ese predio (pensemos en el alquiler de una habitación, o lo que se suele llamar “pensión para señoritas”)

En ambos casos se ha encontrado la salida para amenguar en alguna forma las restricciones que impone el patrimonio familiar, sobre todo cuando el titular del bien se ve en apuros económicos y no puede agenciarse de recursos vía la disposición ni el gravamen del bien, por que le está prohibido, pero si podría hacerlo a través del arriendo y con la debida autorización judicial.

Terminación del patrimonio familiar

Se admite que el patrimonio subsistirá mientras viva el constituyente, y algunos autores señalan que igualmente subsistirá mientras exista la situación de necesidad de la familia para la cual se constituyó aunque el constituyente haya fallecido. El código Italiano menciona que el hogar de familia se mantiene hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del menor de los hijos, sin embargo la autoridad judicial puede disponer la disolución parcial cuando concurren razones de utilidad para que los hijos mayores de edad adquieran la parte que pertenece al resto sobre la cuota legítima. En Suiza el asilo de familia subsiste hasta el fallecimiento del propietario salvo que sea transferido a los herederos por disposición de su voluntad.

El código civil de 1936 peruano disponía que ordinariamente el hogar de familia subsistía mientras viva el constituyente y por excepción también cuando el Juez a pedido del cónyuge sobreviviente, tutor o de un hijo mayor de edad



o del consejo de familia ordenaba la subsistencia del hogar de familia hasta que el último de los hijos llegara a la mayoría de edad, debiendo indemnizarse a los herederos mayores de edad que no aprovechen del hogar por el aplazamiento de la división y partición de los bienes. Igualmente contemplaba la legislación del 36 la posibilidad de que se revoque el hogar de familia por causa de fuerza mayor, que podría ser el cambio de residencia o que represente un obstáculo para su progreso o desenvolvimiento.

El código civil de 1984 en el artículo 499 refiere que el patrimonio familiar se extingue:

- a) Cuando todos sus beneficiarios dejen de serlo; así los cónyuges dejen de serlo o mueren; los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad; los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad. En consecuencia para que desaparezca el patrimonio familiar ninguno de los beneficiarios deben seguir gozando de tal situación, bastando que sólo uno de ellos se encuentre como tal para que el patrimonio familiar continúe vigente.
- b) Cuando sin autorización del juez los beneficiarios dejen de habitar la casa o de trabajar el predio un año continuo; pero y qué pasa cuando el abandono se produce por períodos que sumados exceden el año; en esta situación creemos que no se habría producido la extinción. Repárese que cuando estamos frente a una causal como la que comentamos, los mismos beneficiarios habrían desnaturalizado la institución.
- c) Cuando habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez a pedido de los beneficiarios lo declara extinguido; es de notar que el legislador concede esta facultad a los beneficiarios, dentro de los cuales obviamente está el constituyente. Sobre esta causal, los jueces deberían ser muy prudentes para conceder tal extinción, pues podría estar presentándose situaciones de injusticia, en las que levantado el patrimonio, luego se vende el bien, y los beneficiarios, que ordinariamente lo serían la cónyuge e hijos, se verían poco menos que en la calle.
- d) Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio. Durante un año el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses que se constituya el nue-

vo patrimonio (aún cuando debería ser dentro del año). Si al término del año mencionado no se hubiera constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario del bien o bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

Patrimonio familiar es transmisible por herencia

El artículo 488 del código civil, repitiendo casi textualmente lo que decía el artículo quinto de la constitución de 1979 señala que el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia, sobre esto último cabe preguntarse cómo opera la transmisión.

Quizás las normas del derecho de familia o de sucesiones nos den luces sobre el particular, sin embargo en ninguno de estos libros del código civil encontramos normas claras que nos conduzcan a entender cómo opera la transmisión hereditaria del patrimonio familiar.

El constituyente del patrimonio familiar es propietario del bien afecto al mismo, por lo tanto, al producirse su fallecimiento debería extinguirse el patrimonio familiar para dar paso a la sucesión del causante y la transmisión de ese bien y otros existentes a favor de sus causahabientes según lo dispuesto en el artículo 660 del código civil, sin embargo ello no es así pues las normas del derecho de familia sobre patrimonio familiar nos señalan que, en la medida en que los beneficiarios continúen siéndolo, el patrimonio familiar no se extingue pese a la muerte del constituyente, sino que su condición legal seguirá vigente a favor de estos beneficiarios, implicando ello una suspensión en el derecho de los herederos a la partición del bien.

El código del 84 no desarrolla con claridad este tema como si lo hacía el código de 1936.

Refería el artículo 473 del anterior código que el hogar de familia (antecedente inmediato del patrimonio familiar) subsistía después de la muerte del propietario, si éste por acto de última voluntad dispuso que pase a sus herederos. Sin embargo cuando existían hijos menores al fallecimiento de aquél, el juez a pedido del cónyuge sobreviviente, del tutor, o de un hijo mayor de edad o del consejo de familia, podía ordenar la subsistencia del hogar hasta que llegue a la mayoría de edad el más joven de los hijos. En este caso debía indemnizarse a los hijos mayores de edad que no aprovechen del hogar por el aplaza-



miento de la partición.

Sobre el particular y apelando a la legislación extranjera, resulta interesante la fórmula empleada por el código Uruguayo que llama al patrimonio familiar, bien de familia (artículos 18 y 19) y refiere que éste no termina con la muerte del cónyuge constituyente pues en este caso el administrador del bien de familia será el cónyuge supérstite, y si se produjera la muerte de los dos cónyuges, igualmente no se extingue el bien de familia, en tanto existan beneficiarios menores de edad; en esta situación el administrador será el tutor o el curador en cada caso.

A continuación veamos algunas posibilidades que pudieran presentarse a propósito de la muerte del constituyente.

- a) Muerte del constituyente y le sobrevive viuda (o) e hijos menores de edad.- en este caso es evidente que el patrimonio familiar subsiste, en atención a que todavía hay beneficiarios que continúan siéndolo y la vigencia de la institución es por mandato legal (artículo 499).
- b) Muerte del constituyente y le sobrevive viuda(o) e hijos menores y mayores de edad.- existiendo beneficiarios como es la viuda e hijos menores subsistirá el patrimonio familiar, lo que implica suspender el derecho de partición de los herederos mayores de edad hasta que el último beneficiario deje de serlo, en tanto y por equidad creemos que los mayores de edad deberían gozar de un derecho de usufructo o indemnización, sin embargo no hay regulación sobre el particular.
- c) Muerte del constituyente y le sobrevive viuda (o) e hijos mayores de edad.- según lo dispuesto en los artículos 731 y 732 del código civil el cónyuge supérstite tiene la prerrogativa para que le concedan el derecho de habitación vitalicio sobre el inmueble en el que existió el hogar conyugal, permitiéndole vivir en el bien hasta que se produzca algunas de las causales de extinción del derecho de habitación, entre tanto el derecho de partición de los herederos queda suspendido hasta la extinción de la habitación. Estos artículos del código civil aluden al derecho de habitación vitalicio, precisándose que tal figura adopta la condición legal de patrimonio familiar, por lo tanto si el cónyuge supérstite hace uso de este derecho, está siendo beneficiada con el patrimonio familiar, que en este caso es sancionado legalmente. No obstante ello, por las mismas normas del derecho de familia, el patrimonio familiar continuaría vigente,

en tanto subsiste un beneficiario, que en este caso sería el viudo, o la viuda.

- d) Muerte del constituyente y le sobrevive hijos menores de edad matrimoniales e hijos menores de edad extramatrimoniales.- en tanto que todos los hijos son iguales, tal como lo dispone la Constitución y el código civil, todos deberían de gozar del patrimonio familiar, y éste subsistir hasta la mayoría del último de los menores, sin embargo si los extramatrimoniales no fueron considerados como beneficiarios por el constituyente, en la práctica no usufructúan el bien, y a lo más tendrían como cuota hereditaria, una nuda propiedad sobre el bien, a la espera de que se extinga el patrimonio familiar para recién hacer uso del derecho de partición, y ello se complica si heredaran no sólo con sus medio hermanos, sino que igualmente estaría concurriendo a la herencia con la cónyuge del causante, y ésta termina haciendo uso de su derecho de habitación vitalicio. La situación injusta en la que quedarían los hijos extramatrimoniales pudo ser remediada si se les hubiera dado el derecho a ser indemnizados.

Es de notarse que las normas del derecho de familia sobre patrimonio familiar terminan modificando las normas de partición del derecho sucesorio, y todo ello con el objeto de proteger al grupo familiar llamados beneficiarios.

Ahora bien, la transmisión hereditaria no se refiere al bien que está afecto al patrimonio familiar (que en su momento y con las normas del derecho sucesorio se producirá a favor de los herederos) sino a la condición legal que recae sobre el bien, objeto del patrimonio familiar, y que como sabemos entraña prerrogativas, facultades a favor de los beneficiarios, así pese a la muerte del constituyente, el bien seguirá afecto a favor de los familiares, quienes podrán seguir usándolo y disfrutando del mismo, sin el riesgo y el temor de que pueda ser embargado, rematado o dispuesto, y todo ello por que si en vida del constituyente, éste, libre y voluntariamente afectó un bien en patrimonio familiar, producido su deceso, opera automáticamente la transmisión de esa condición legal, que no es otra que la de ser inalienable, en tanto los beneficiarios continúan siéndolo.

Patrimonio familiar por mandato de la ley

El patrimonio familiar es una institución eminentemente voluntaria, a nadie se puede forzar a constituir un patrimonio familiar, en tal mérito llama la atención que por expresa dis-



posición de la ley se pudiera constituir o darle la condición legal de patrimonio familiar a un bien o conjunto de bienes o patrimonio de una persona determinada, sin embargo eso es lo que estaría ocurriendo aparentemente en dos casos en nuestra legislación; veamos por separado los artículos 323 y 732 del código civil.

El artículo 323 refiere que cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia; hasta aquí es claro el derecho de preferencia de la cónyuge o cónyuge supérstite respecto del inmueble que sirvió de casa conyugal, sin embargo continúa diciendo el artículo que la preferencia estaría también para el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiere. No cabe duda de que el legislador, en esta segunda

parte, se estaría refiriendo al patrimonio familiar (ver artículo 489 del código civil), pero si ello fuera así, habría error, confusión, por cuanto como sabemos, el patrimonio familiar al morir el constituyente, continúa siéndolo, gozando de sus características peculiares, en tanto subsista los beneficiarios, y es de notar en el caso bajo comentario, que al sobrevivir la viuda (o) subsiste un beneficiario, y en consecuencia no es posible transferencia del patrimonio familiar.

Los artículos 731 y 732 del código civil, en el que el legislador concede la condición legal de patrimonio familiar al derecho de habitación ejercido por el cónyuge supérstite, si se trataría de un patrimonio familiar por mandato expreso de la ley, aún cuando creemos que pese a ese mandato legislativo, sería necesario cumplir con la forma de constitución para garantía de terceros.



Derecho Ambiental: el principio precautorio

Carlos Andaluz Westreicher

Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Lima, y de Derecho del Medio Ambiente de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: Introducción 1.- Antecedentes 2.- ¿Es realmente un principio de derecho? 3.- Elementos y requisitos para su aplicación: 3.1.- El peligro de daño debe ser grave o irreversible 3.2.- Debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios consistentes de amenaza 3.3.- Debe involucrar un análisis costo – beneficio de la acción versus la falta de acción 3.4.- Las medidas deben ser proporcionales 3.5.- Las medidas no deben ser discriminatorias 3.6.- Las medidas son provisionales y variables 4.- El principio precautorio en el Derecho peruano.

Introducción

Es universalmente aceptado en el Derecho Internacional y también en los respectivos derechos internos, que ante un riesgo de daño al ambiente, científicamente comprobado, deben tomarse las medidas necesarias para conjurarlo. A esto se ha denominado Principio de Prevención, pilar que sostiene toda la normativa ambiental, en el entendido que las afectaciones graves al ambiente, en muchos casos, tienen consecuencias irreversibles; por eso sus normas tienen un énfasis preventivo antes que reparador. Aplicaciones prácticas de este principio en el Derecho Ambiental son la exigencia de Estudios de Impacto Ambiental, previa a su autorización, para todas aquellas actividades que por su riesgo ambiental, pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del ambiente¹; así como el monitoreo ambiental o la facultad de inspección de que está investida la autoridad ambiental.

Sin embargo, las intervenciones humanas en el ambiente, como producto de los grandes adelantos tecnológicos producidos principalmente a partir de 1950, entrañan una complejidad tal que, en muchos casos, no resulta posible tener certeza científica acerca de los riesgos o probables daños al ambiente que estas actividades provocarían. La respuesta jurídica a estas situaciones es el Principio Precautorio, el mismo que exige la adopción de medidas para evitar el daño ambiental, aún cuando exista incertidumbre científica sobre la real dimensión de los efectos de la actividad en el ambiente.

1.- Antecedentes

Hay referencias acerca del origen germano de este principio, donde ha transitado desde la doctrina hasta el derecho positivo, constituyendo en la actualidad el principio más importante de la política ambiental alemana²

Pero el primer instrumento de Derecho Internacional de alcance mundial que lo recoge explícitamente es la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), cuyo **Principio 15** reza: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución **conforme a sus capacidades**. Cuando haya peligro de **daño grave o irreversible**, la falta de certeza científica **absoluta** no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces **en función de los costos** para impedir la degradación del medio ambiente”³.

Al nivel de instrumentos vinculantes globales, el artículo 3º de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), referido a los principios, en su numeral 3), establece: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de **daño grave o irreversible**, no debería utilizarse la **falta de total certidumbre científica** como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces **en función de los costos** a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. (...)”⁴.

Asimismo, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) consigna: “Observando también que cuando exista una **amenaza de reducción o pérdida sustancial** de la diversidad biológica no debe alegarse la **falta de pruebas científicas inequívocas** como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo la amenaza”⁵.

La declaración de la Novena Conferencia de las Partes (Fort Lauderdale, noviembre de 1994) de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres – CITES, proclama que “en virtud del Principio Precautorio, en casos de incertidumbre, las



*Partes actuarán en el mejor interés de la conservación de las especies al considerar propuestas para enmiendas de los Apéndices I y II*⁶.

Más recientemente, el principio ha sido defendido por el Protocolo de Bioseguridad de Montreal (1999), que sugiere que si, al usar el principio precautorio, cualquier país considera que la evidencia de riesgo de organismos genéticamente modificados (OGM) es demasiado grande, el país no puede ser obligado a aceptar el OGM⁷.

Como instrumentos de Derecho Público regional, tenemos para la Unión Europea el Tratado de Maastricht (1993), que en su artículo 130R introdujo el principio precautorio para el Derecho Ambiental de la Unión. Este dispone que la política de la Comunidad sobre el medio ambiente *"debe estar basada en (...) el principio precautorio"*. El enfoque europeo sobre este principio es expansivo en lugar de limitante, pues aunque el Tratado de Maastricht menciona el principio precautorio sólo en el campo de la protección ambiental; por aplicación del principio de integración consagrado en el artículo 6 del Tratado de la Comunidad Europea, el ámbito de la precaución ha sido ampliado para abarcar otros sectores como la salud humana⁸.

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985) no explicita en su texto el principio precautorio, pero de hecho constituye el mejor ejemplo de su aplicación, ya que cuando se celebró no existía absoluta certeza científica acerca de las dimensiones del daño sufrido por la capa de ozono, las consecuencias del mismo, ni de la vinculación causa efecto entre tal daño y todos los agentes responsables (clorofluorocarbonos -CFC- y los halones); no obstante, sí habían indicios consistentes proporcionados por investigadores que publicaron sus resultados a partir de 1969. Sobre la base de estos indicios se negoció el Tratado y, conforme tales indicios iban ganando mayor respaldo científico, se fue también acelerando el cumplimiento de los fines del Convenio, a través de su Protocolo de Montreal (1987), y las Enmiendas a éste aprobadas en Londres (1990), Copenhague (1992) y Viena (1995); respectivamente.

2.- ¿Es realmente un principio de derecho?

Hay un importante sector de la comunidad internacional que cuestiona su calidad de regla de derecho internacional consuetudinario o de principio general del derecho. Estados Unidos ha negado que el principio represente el

derecho internacional consuetudinario y, en ese contexto, ha sugerido que es más un *"enfoque"* que un principio. El Departamento de Estado de los EE.UU. bajo la administración de los Presidentes Bush, Clinton y Bush, respectivamente, han mantenido férreamente esta postura.

Canadá comparte este punto de vista, aunque reconoce que *"es un principio emergente de derecho reconocido por las naciones civilizadas"*⁹.

Hay quienes, para negar su calidad de regla consuetudinaria y de principio, afirman que no es más que *"una forma de abordar la incertidumbre"*, significa que *"de haber incertidumbre técnica debemos tomar en consideración la cautela"*, y eso son palabras sencillas de sentido común, y no hay ningún bagaje ni superestructura conectadas a ellas. Es decir, *"sólo significa que debemos aplicar la debida cautela a la luz de nuestros conocimientos, y eso es lo que todo el mundo hace todos los días de su vida"*¹⁰. En otros términos, no sería más que actuar con la debida prudencia, como al cruzar una calle; si esperásemos a tener plena certeza de que nada nos pasará, dicen, nunca cruzaríamos.

Discrepamos de esta percepción, ya que la aplicación del principio precautorio no sólo supone falta de certeza científica, sino que debe contarse con indicios razonables de un potencial riesgo. No es lo mismo abstenerse de cruzar la calle por temor a que nos caiga un meteorito (absoluta incertidumbre acerca de lo que sucederá en el entorno) que no cruzarla porque el asfalto nos parece inestable (indicio razonable de riesgo).

Además, como veremos más adelante, la aplicación de este principio va más allá de la mera prudencia recomendable como rectora de nuestros actos, es más bien, orientador de todo componente de la gestión ambiental, siempre que se den los elementos que configuran el principio.

Por lo demás, actuar con prudencia o cautela ante el desconocimiento de las proporciones que pueda revestir en términos de riesgo o daño ambiental una actividad concreta, o darle un *enfoque cauteloso*, en modo alguno contradice la existencia del principio precautorio; por el contrario, es actuar conforme a tal principio.

Muchos de los instrumentos internacionales reseñados lo consignan expresamente como principio, de ahí que parecería ociosa la demostración de que efectivamente lo es; no obstante, al haber voces discrepantes y en el entendido de



que en Derecho las cosas se tienen por su esencia antes que por la denominación utilizada, vale la pena abundar en ello.

Los Principios Generales del Derecho “*Son conceptos o proposiciones, de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, (...) y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento*”¹¹.

Como tal, sirven de inspiración al legislador, para la interpretación normativa aclarando el sentido de la ley o imputándole contenido valorativo¹².

En tal sentido, el principio precautorio se enmarca en estos supuestos y, por lo mismo, es orientador de la política, el derecho y la administración ambientales. Debe entonces estar implícito en el diseño y ejecución de planes, programas, estrategias, en los actos de gobierno y en el ejercicio de la función pública. Obviamente es inspirador de la normativa ambiental y sirve para interpretar las normas o aplicar derecho en ausencia de éstas.

3.- Elementos y requisitos para su aplicación

La invocación del principio no es arbitraria ante cualquier situación de incertidumbre científica, el análisis conjunto de los instrumentos internacionales citados y su naturaleza misma, nos permiten extraer los elementos fundamentales que lo configuran.

3.1.- El peligro de daño debe ser grave o irreversible

No se trata pues de cualquier tipo de impacto ambiental negativo, son actividades que nos confrontan con posibles situaciones límite de las que, muchas veces, no hay retorno, como la extinción de alguna especie, hábitat o ecosistema; o la interrupción, alteración o modificación de los procesos ecológicos esenciales. Todo lo cual pone potencialmente en severo riesgo el equilibrio de los hábitat, los ecosistemas o la propia biosfera.

3.2.- Debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios consistentes de amenaza

Si bien se carece de certeza científica absoluta, debe contarse con indicios sólidos sobre la base de información científica consistente, que lleve a la elaboración de una hipótesis acerca de

un riesgo potencial de carácter grave o irreversible.

En ese sentido, cualquier interpretación que de modo simplista describa cualquier cambio en el ambiente como necesariamente dañino no puede ser aceptable.

Tal es el caso de la liberación al ambiente de las sustancias que agotan la capa de ozono y, consiguientemente, nos exponen a los mortales efectos de los rayos ultravioleta. Como se ha dicho, hoy tenemos certeza científica del vínculo de causalidad entre los agentes - CFC, halones - y el daño a la capa de ozono, pero afortunadamente se adoptaron medidas cuando tal certeza absoluta no existía.

Un caso que recientemente viene siendo objeto de preocupación es la introducción de organismos vivos modificados, por sus probables implicancias en la salud (alergias, efectos cancerígenos, resistencia a antibióticos) y en el ambiente (desplazamiento por desuso de variedades locales adaptadas y, eventualmente, su extinción; incorporación por cruzamiento entre especies emparentadas de genes a malezas que las hagan más resistentes o a plantas silvestres); habiéndose reconocido por la Corte de Justicia Europea, al amparo del principio precautorio, que un Estado Miembro tiene el derecho a restringir provisionalmente o prohibir el comercio de un OGM dentro de su territorio¹³.

En la Unión Europea, donde el principio precautorio no es considerado un mero principio emergente sino una norma legal vinculante, hay abundante aplicación jurisprudencial de este principio. Así por ejemplo, la Corte de Justicia Europea, en los casos relativos a la Encefalopatía Bovina Espongiforme (“enfermedad de las vacas locas”), ha extendido el concepto más allá del tema ambiental, estableciendo que las medidas precautorias adoptadas para proteger a los humanos de los riesgos potenciales del EBE fueron efectivos y adecuados, a pesar de que los demandantes reclamaban que la decisión de la Comisión no estuvo basada en la ciencia y era desproporcionada¹⁴.

Un caso más cercano es el de Chile, donde la Fundación Sociedades Sustentables junto a la Asociación de Agricultores Orgánicos de Chile - Tierra Viva -, ambos representados por el Centro Austral de Derecho Ambiental, han ganado una demanda presentada contra el Servicio Agrícola y Ganadero; obteniendo que se les brinde información sobre las modificacio-



nes genéticas, las compañías involucradas y la ubicación exacta de los cultivos transgénicos, bajo el argumento que la liberación al ambiente de tales cultivos involucra graves riesgos aún no plenamente estudiados ni cuantificados¹⁵

3.3.- Debe involucrar un análisis costo – beneficio de la acción versus la falta de acción

Las medidas que se adopten para conjurar o mitigar los potenciales riesgos se adoptarán previa evaluación del impacto en términos económicos, sociales, ambientales y de salud. Es decir, debe evaluarse en cada uno de estos campos los costos y los beneficios que supondría aplicar tales medidas prohibitivas o restrictivas; así como los que se derivarían de la inacción.

En ello está implícito que la restricción o prohibición de actividades potencialmente riesgosas no debe suponer afectaciones a bienes superiores. Un caso que permite entender esta dimensión es el reclamo que los países del Sur de Africa (Zimbabwe, Namibia y Botswana) han realizado en la COP - 9 de CITES respecto al traslado de sus poblaciones de elefantes del Apéndice I (que prohíbe completamente el comercio de especies listadas) al Apéndice II (que permite el comercio dentro de parámetros especificados); mientras CITES ha establecido que en aplicación del principio precautorio los elefantes deben seguir en el Apéndice I, estos países alegan que los temas de la sostenibilidad y bienestar humano necesitan ser colocados en primer plano. El reclamo entonces parece ser que CITES no ha realizado un adecuado análisis costo – beneficio, pues una saca controlada de elefantes contribuiría a solucionar los agudos problemas económicos, y por ende sociales, de las comunidades que comparten territorio con la población de esta especie.

3.4.- Las medidas deben ser proporcionales

Las medidas deben ser equiparadas con el nivel de protección deseado. Así, en ciertos casos una prohibición total sería la única respuesta posible; en otras situaciones medidas menos radicales resultarían más apropiadas, como por ejemplo exigir mayor investigación o informar al público de manera inequívoca acerca de los posibles riesgos.

3.5.- Las medidas no deben ser discriminatorias

Las medidas deben ser aplicadas por igual ante situaciones similares, debe evitarse a toda costa su utilización injusta, por ejemplo, como

barrera comercial bajo el pretexto de protección ambiental.

3.6.- Las medidas son provisionales y variables

Las medidas deben estar sometidas a revisión científica y si de tal examen se concluye que el peligro de daño no es grave o irreversible, la prohibición o restricción debe ser levantada o, en su caso, modificada. De igual modo, si los indicios sustanciales indican un riesgo mayor, la adopción de medidas más severas se hará en consecuencia.

4.- El principio precautorio en el Derecho peruano

El artículo 1º numeral 5) del CMARN (8.septiembre.1990), dispone que para el diseño, formulación y aplicación de la política ambiental se debe “observar fundamentalmente el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales”.

La alusión a la “eliminación de posibles daños ambientales” nos confronta con una incertidumbre acerca del probable daño, lo que nos permite colegir una embrionaria presencia del principio de precaución, aún cuando el artículo no contempla los elementos definitorios del mismo.

La Ley N° 26839, sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (16.julio.1997), dispone en su artículo 1º “(...) Los principios y definiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica rigen para los efectos de aplicación de la presente ley”. Lo cual, desde luego, incluye el principio precautorio.

Hay también un desarrollo implícito del principio en el artículo 29º, al establecer que: “Mediante norma legal expresa, se establece el procedimiento de acceso a los recursos genéticos o a sus productos derivados. Podrán establecerse **limitaciones parciales o totales** a dicho acceso, en los casos siguientes:

- c. Efectos adversos de la actividad de acceso sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos;
- d. Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre las especies y los ecosistemas;
- f. Regulaciones sobre bioseguridad;”.

La Ley N° 27104, Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología



(12.mayo.1999), en consonancia con lo dispuesto por el artículo 30º de la Ley N° 26839¹⁶, regula el principio en los artículos 10º a 12º.

El artículo 10º dispone: *“El Estado, a través de sus organismos competentes, evaluará los impactos negativos a la salud humana, al ambiente y a la diversidad biológica, que ocasione la liberación intencionada de un determinado organismo vivo modificado (OVM) y, de existir amenazas, será desautorizada su liberación y uso, siempre que dicha medida sea técnicamente justificable y no constituya obstáculo técnico o restricción encubierta al comercio”*.

El artículo 11º añade: *“Cualquier OVM cuya utilización haya sido observada o rechazada por las autoridades competentes en otro país, no será admitido; la solicitud será denegada de pleno derecho y prohibida su utilización dentro del territorio nacional. Tampoco deberán admitirse aquellos OVM que no hayan sido probados en otro país y que, por lo tanto, exista un eventual riesgo en su uso.*

Para tal efecto, la información pertinente será remitida a las Autoridades Aduaneras Nacionales a fin de que tomen las previsiones necesarias”.

El artículo 12º agrega: *“Se prohíbe el empleo de OVM en armas biológicas, en prácticas nocivas al ambiente y a la salud humana”*.

La doctrina no es uniforme acerca de quien debe tener la **carga de la prueba** sobre el peligro de daño, hay quienes se inclinan porque pese sobre aquél que se opone a la actividad; otros piensan que le corresponde a quien pretende llevar a cabo una actividad probar que ésta no entraña un peligro para el ambiente; finalmente, hay quienes estiman que no debe establecerse una regla general acerca de la carga de la prueba, sino que en cada caso se evaluará a quien le corresponde probar.

Si bien el artículo 10º no hace referencia expresa a la carga de la prueba, siguiendo la sistemática de las normas sobre protección ambiental, que se basan en acciones *ex ante*, debemos entender que ésta corresponde a quien pretenda liberar un OVM, limitándose el Estado a evaluar los impactos negativos en base a la prueba aportada y a emitir un pronunciamiento acerca del peligro o no de daño.

El artículo 11º, sin embargo, consagra una presunción de peligro para el ambiente cuando el OVM ha sido observado, rechazado o no fue probado en otro país.

Comentario aparte merece la expresión *“liberación intencionada”*, pues podría entenderse que la liberación sin intención de un OVM peligroso para el ambiente, la salud o la biodiversidad no está regido por el principio precautorio, con lo cual se estaría amparando la liberación negligente de organismos transgénicos peligrosos. Aludir a la intención es absurdo, ya que la protección se basa en el riesgo que la actividad entraña y no en la intención de quien la realiza, la actitud de quien pretende liberar un OVM puede ser malévola o bien intencionada, sin que ello deba influir en la adopción de medidas.

Cuando el artículo 10º refiere *“siempre que dicha medida sea técnicamente justificable y no constituya obstáculo técnico o restricción encubierta al comercio”*, está aludiendo a que debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios consistentes de amenaza; y, además, que las medidas no deben ser discriminatorias.

El D.S. N° 022-2001-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del CONAM (8.marzo.2001), en su artículo 10º dispone que: *“(…) El sustento de la Política y de sus instrumentos lo constituyen los siguientes principios:*

- e. *La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta (sic) no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente”*.

Siendo el CONAM el ente rector de la Política Nacional del Ambiente, y dado que las normas que recogen el principio precautorio no tienen un tratamiento uniforme, ni configuran la totalidad de los elementos que lo integran, ni resuelven explícitamente a quién corresponde en cada caso la carga de la prueba; era de esperarse que el artículo 10º inciso e) trate todos estos aspectos. Lejos de ello, incurre en omisión al referir que configura el principio la adopción de medidas ante *“la falta de certeza absoluta”*, cuando en realidad es ante **la falta de certeza científica**.

El D.S. N° 102-2001-PCM, Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica del Perú (5.septiembre.2001), en el rubro referido a *“Principios de la Estrategia”* refiere: *“Para conservar, usar y distribuir equitativamente los beneficios de la Diversidad Biológica hacia el desarrollo sostenible, la Estrategia se basa en los siguientes principios:*

Principios rectores

El criterio de precaución, conforme a lo establecido por el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,



es parte de la política de desarrollo nacional”.

Por último, el D.S. N° 014-2001-AG, Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (9.abril.2001), en su artículo 1° dispone: “*Son principios orientadores de la actividad forestal y de fauna silvestre: (...) i) El principio precautorio*”

El Artículo 3° numeral 3.67 define el principio precautorio como: “*Medidas tendientes a evitar o mitigar anticipadamente daños al ecosistema, ame-*

naza de reducción importante o pérdida de diversidad biológica, como consecuencia de prácticas u omisiones en el aprovechamiento y manejo de los recursos forestales y de fauna silvestre. No podrá invocarse la falta de certidumbre científica como argumento para aplazar tales medidas”.

La norma hace un desarrollo de lo que juzga daño grave o irreversible y clarifica que las medidas restrictivas o prohibitivas obedecen a acciones u omisiones.

NOTAS:

¹ Artículo 51° del Decreto Legislativo N° 757, que sustituyó al texto del artículo 8° del CMARN.

² Vera Esquivel Germán. Negociando Nuestro Futuro Común, El derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral del Nuevo Milenio, Lima, IDEA – PUCP / Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 156 – 157.

³ Adoptado como instrumento no vinculante por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro en junio de 1992.

⁴ La Convención ha sido aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26185 del 13 de mayo de 1993.

⁵ La Convención ha sido aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26181 del 12 de mayo de 1993.

⁶ La Convención ha sido aprobada mediante D.L. N° 21080.

⁷ Christensen, Mark. El Principio Precautorio y los OGM: Una Perspectiva Australiano – Asiática, en Boletín de la UICN – Programa de Derecho Ambiental, N° 1, Bonn, Centro de Derecho Ambiental, 2001, p. 5.

⁸ Francescon, Silvia. El Principio Precautorio en la Unión Europea, en Boletín de la UICN – Programa de Derecho Ambiental, N° 1, Bonn, Centro de Derecho Ambiental, 2001, p. 14.

⁹ Francescon, Silvia. Op. cit, p. 19.

¹⁰ Christensen, Mark. Op. cit, p. 21.

¹¹ Rubio correa, Marcial. El sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1984, p. 316.

¹² Ibid, Op. cit, p. 319.

¹³ CJE 21 de marzo de 2000, Caso C6/99, Asociación Greenpeace Francia vs. Ministerio de Agricultura y de la Pesca.

¹⁴ Caso T-76/96 R, Sindicato Nacional de Agricultores y otros vs. la Comisión.

¹⁵ En <http://www.biodiversidadla.org/noticias3/noticias408.htm>.

¹⁶ El artículo 30° dispone: “La investigación, desarrollo, producción, liberación, introducción y transporte en todo el territorio nacional de organismos genéticamente modificados, deben contar con mecanismos de seguridad destinados a evitar los daños al ambiente y la salud humana”.



Principios jurídicos y sistemas normativos

Félix F. Morales Luna

Profesor del Departamento Académico de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Perú

Sumario: 1.- Introducción 2.- Definición de los principios jurídicos: a) Tesis fuerte de distinción b) Tesis débil de distinción 3.- Tipología de los principios jurídicos 4.- Roles de los principios jurídicos en los sistemas normativos 5.- Principios jurídicos en el ordenamiento normativo peruano.

1.- Introducción

En los últimos años, los principios jurídicos han recobrado un singular protagonismo en la agenda de la Teoría y Filosofía del Derecho. Como lo sugieren Atienza y Ruiz Manero, podríamos ubicar de manera referencial este resurgimiento en la obra de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1978) **que, si bien no contiene un planteamiento innovador, su importancia radica en haber cuestionado la concepción dominante en la Teoría del Derecho del momento, identificada con la obra de H. L. A. Hart, autor emblemático del positivismo jurídico, quien elaboró los mayores aportes desde los planteamientos efectuados por Hans Kelsen**¹.

En realidad, referirse a los principios en los ordenamientos jurídicos no supone algo novedoso; por el contrario, podríamos encontrar remotas alusiones a los denominados principios generales del Derecho en textos normativos del siglo XIX. Sin embargo, atendiendo a la evolución de las principales concepciones del Derecho, la discusión en torno a los principios parece constituirse hoy en el fiel de la balanza en la irresuelta discusión entre el iusnaturalismo y el positivismo, al representar reivindicaciones de la primera ante los principales postulados de la segunda; a saber, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho; y, la tesis de la separación entre el derecho, moral y política.

Muchas explicaciones podrían ser esbozadas para entender este retorno de los principios jurídicos. Por ello, coincidimos con Prieto Sanchís cuando señala que la moderna doctrina de los principios pretende extender al legislador y en general, a los órganos de producción normativa, la garantía de una actuación controlable y no arbitraria. De ahí, precisa el autor, la importancia adquirida por los principios constitucionales, que parecen llamados a cercenar la discrecionalidad del legislador incluso en aquellos casos en que

ningún concreto precepto constitucional se halla en juego².

Entonces, esta nueva “puesta en escena” de los principios debe ser entendida como una reacción ante una tendencia de concebir al Derecho desde la rigidez de las reglas, soslayando la consideración de los valores que fundamentan y estructuran el ordenamiento, generando con ello una interpretación tradicional y ortodoxa de las normas, en lugar del dinamismo que debería caracterizar la labor del intérprete jurídico.

Los efectos provocados por este resurgimiento de los principios jurídicos se evidencian a todo nivel tanto en la Teoría como en la Filosofía del Derecho generando una fecunda gama de temas conexos. Así, el desarrollo de los principios jurídicos guarda relación con la argumentación jurídica, la ponderación y discrecionalidad judicial, el neoconstitucionalismo, la tesis del garantismo, la indeterminación del Derecho, la razón práctica, etc. Excederíamos los alcances del presente artículo el pretender referirnos a cada uno de estos temas; por ello, nuestro propósito consiste en presentar los principios jurídicos como piezas fundamentales en los sistemas normativos, precisar su tipología y funciones, para referirnos finalmente a su situación en el sistema jurídico peruano.

2.- Definición de los principios jurídicos

Como es sugerido de manera coincidente por los autores que abordan el tema de los principios, no existe un empleo mínimamente uniforme respecto de su significado. Así, Atienza y Ruiz Manero³—sobre la base de los análisis de Carrió y Guastini— han detectado de manera referencial las siguientes acepciones reconocidas a los principios jurídicos según los usos más frecuentes en los que se emplea dicho término:

- “Principio” en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy



- generales (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1361° del Código Civil, según la cual *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”*);
- “Principio” en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1355° del Código Civil, según la cual *“la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*);
 - “Principio” en el sentido de norma programática o directriz; esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines (por ejemplo, una norma como la contenida en el primer párrafo del modificado artículo 188° de la Constitución según la cual *“la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”*);
 - “Principio” en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1° de la Constitución según la cual *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*);
 - “Principio” en el sentido de una norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. (por ejemplo, las normas contenidas en los incisos 9° y 11° del artículo 139° de la Constitución que reconocen como principios de la función jurisdiccional, respectivamente, *“la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”* y *“la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”*);
- y,
- “Principio” en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o de máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 51° de la Constitución según la cual *“la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente”*).

Ante este espectro de significados que suelen denotarse con el término de “principios” ha llegado a sugerirse, inclusive, que se prescinda del nombre para centrar la atención en los significados que pretenden designarse, pues las frecuentes polémicas acerca de los principios

suelen ser engañosas, ya que en realidad se discute sobre cosas distintas⁴.

Lo expuesto indica que la imprecisión conceptual ha sido uno de los principales problemas que han enfrentado quienes reconocen los principios jurídicos como piezas estructurales de los sistemas normativos. Posiblemente se deba a este problema en la definición el descrédito en que cayeron los principios generales del Derecho⁵ pues, atentaba contra su aceptación el no saber a qué se referían y que, al tener un origen indeterminado, se cuestionaba su fuerza normativa y vinculante. Sin embargo, ello no llegó a enervar la necesidad de contar con enunciados que flexibilicen la rigidez de las reglas, haciendo más permeable el ordenamiento hacia la racionalidad del intérprete.

Actualmente, como lo reconoce Prieto Sanchís, ya no se discute la fuerza obligatoria de los principios, la que se reconoce y con la más alta intensidad, sino que el debate gira en torno a su identidad dentro del sistema normativo. Así, se discute si cuentan con una morfología propia que los distinga de las reglas o se trata simplemente de una distinción de grado correspondiendo a un cierto modelo de argumentación⁶.

De este modo, los intentos de definición de los principios jurídicos parten del entendido que son enunciados que forman parte –o que se pueden inferir– del ordenamiento normativo y que, por existir una gran ambigüedad en el uso de dicho término, la doctrina ha recurrido a su distinción de las reglas, para poder darles identidad. En esta línea, se afirma que tanto las reglas como los principios no serían sino especies dentro del género de normas jurídicas de forma tal que reglas y principios se integran y articulan en el sistema normativo.

A fin de distinguir los principios de las reglas se han postulado diversas razones que, siguiendo a Alexy y Prieto, podríamos clasificar en una tesis fuerte o cualitativa –apoyada en la idea de que los principios son algo lógico o cualitativamente distinto de las normas, lo cual abre el sistema a la admisión de elementos de moralidad, política o exigencias de justicia–; y, una tesis débil de distinción –la cual considera que los principios no son nada sustancialmente distinto de las normas, caracterizándose simplemente por la posesión de ciertos rasgos que se pueden tener en determinada medida⁷.

a) Tesis fuerte de distinción



Esta tesis es sostenida principalmente por Ronald Dworkin en su intento de demostrar que el Derecho excede a un sistema de reglas identificables mediante un mecanismo formal y alejado de concepciones morales sustantivas. A partir de dicho planteamiento, Dworkin marca distancia tanto con el positivismo, en su intento de fundamentar lo que es el derecho, como con el utilitarismo en su pretensión de postular lo que debe ser el derecho.

Para ello, Dworkin plantea los siguientes argumentos para la distinción entre reglas y principios⁸:

- El primero es que las reglas, a diferencia de los principios, son aplicables en la forma “todo o nada”. Esto supone que si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida y deben aceptarse las consecuencias jurídicas o, no es válida, por lo que no contaría en la decisión a ser tomada. Por el contrario, los principios no determinan la decisión sino que solamente proporcionan razones a favor de una u otra decisión; es decir, que los principios a diferencia de las reglas enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.

Según este planteamiento, por ejemplo, un enunciado como el contenido en el artículo 704° del Código Civil según el cual *“el notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado”*, **correspondería a una regla. Así, si se acredita el grado de parentesco señalado por la norma entre un notario y un testador, la consecuencia de la norma resulta aplicable y el primero estará impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado del segundo; de no existir esa relación de parentesco, la consecuencia de la norma no sería aplicable al caso. Es decir que esta regla o es válida y se aplica, o no es válida y no interviene en el caso; es decir una aplicación del “todo o nada”.**

Distinto sería el caso de un enunciado como el contenido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución según el cual *“toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”* **que por sí mismo no determinaría la solución de un caso sino que debe ser considerado como una razón para orientar una decisión o la**

aplicación de otras normas.

A esta misma línea se adscribe el planteamiento desarrollado por Atienza y Ruiz Manero para quienes “la diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada”. Es decir, mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas⁹.

Este criterio es también el punto de partida de Zagrebelsky para desarrollar su planteamiento sobre un Derecho dúctil. Así, respecto a la distinción entre reglas y principios, señala que las reglas nos dicen cómo debemos, no debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; en contra, los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas¹⁰.

De esta manera, las reglas impondrían una sola vía de observancia: o se cumplen o se incumplen. En ambos casos operaría con precisión el silogismo, sea para asumir la responsabilidad o eximirse de ella por configurar el supuesto de hecho. En oposición, los principios no son aptos de establecer imposiciones definitivas sino que simplemente ofrecen criterios o pautas a ser consideradas para conseguir ciertos resultados en el derecho.

- El segundo es que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir una dimensión de peso que se manifiesta principalmente al momento de resolver la colisión entre los principios. En efecto, coincide la doctrina que los conflictos de principios no pueden ser abordados según los criterios para los conflictos de reglas, pues ante una antinomia o contradicción de reglas, una de ellas excluirá del sistema a la otra en virtud de criterios como la jerarquía, temporalidad, especialidad o competencia.

En el caso de los conflictos de los principios, dado el carácter fundamental y eminentemente valorativo, sería un despropósito pretender que en caso de conflicto, uno de ellos pudiese invalidar al otro; por el contrario, la “ley de la colisión” es la *ponderación*, **que supone atender a las particularidades que presenta el caso**



para establecer qué valor debe prevalecer en el supuesto concreto que se está abordando, a fin de establecer un orden preferente de los principios en ese caso concreto.

Al respecto, señala Alexy que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco lo necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho¹¹.

Sin desmerecer la relevancia de la ponderación en el proceso de aplicación del Derecho, Prieto no deja de advertir que este criterio distinción no se encuentra exenta de cuestionamientos. En estricto destaca el autor los siguientes: la distinción no precisa si el peso o importancia de los principios se decide en abstracto, con arreglo a algún criterio de ordenación jerárquica o depende de su mayor o menor idoneidad para regular el caso concreto; y, que no todo conflicto de reglas se resuelve con la declaración e invalidez de una de ellas¹².

Sin que deba ser considerado un criterio determinante para establecer la distinción entre reglas y principios, su planteamiento implica dos aspectos que merecen ser destacados: el rol que juegan los valores en su relación con los principios jurídicos y el papel protagónico que le corresponde desempeñar al juez en tanto el encargado de la ponderación de los elementos del caso para la poder determinar la manera como podrán ser articulados los principios en el caso concreto.

Junto con estos criterios dworkianos, se incluye en esta tesis el planteamiento de Alexy para quien el criterio determinante de distinción entre reglas y principios es que estos últimos se configuran como mandatos de optimización a diferencia de las reglas que se configuran como mandatos definitivos. En esta línea, *los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que*

están determinadas no solo por reglas sino también esencialmente, por los principios opuestos¹³.

Al considerar a los principios del derecho como mandatos de optimización, Alexy establece una distinción cualitativa con las reglas, incidiendo en el modo de su cumplimiento. Así, los principios admitirían una observancia gradual de tal forma que, a diferencia de lo que pasa con una regla, podría considerarse cumplido el principio, sea a plenitud o en un grado menor.

El planteamiento de Alexy es objeto de cuestionamiento tanto por Prieto Sanchís como por Atienza con Ruiz Manero. Para el primero, la consideración de los principios como mandatos de optimización que tengan que ser ponderados en casos de conflicto, se trataría más de una peculiar técnica de interpretación que de un rasgo indeleble de los principios y que se ausente de las reglas. En segundo lugar sugiere Prieto que no se puede ser tan terminante en que el atributo de la optimización pueda ser exclusivo de los principios, toda vez que –aunque con escasa frecuencia– se pueden dar también en el caso de las reglas¹⁴.

En cuanto a las observaciones de Atienza y Ruiz Manero, estos autores parten de un detalle de clasificación de los enunciados jurídicos mucho más puntual, de forma tal que centran su atención en la estructura morfológica de los enunciados para poder determinar a qué categoría corresponderían. Así, dentro de la categoría genérica de “principios” (entendiendo por tales a una especie dentro de los enunciados jurídicos, de carácter práctico, normativo, que expresa normas deónticas o regulativas) quedan comprendidos tanto los principios en sentido estricto –que podían quedar configurado en la siguiente estructura: “Si se da el estado de cosas X, entonces Z debe o puede realizar la acción Y”– como las directrices –que podrían enunciarse a partir de la siguiente estructura: “Si se da el estado de cosas X, entonces Z puede o debe procurar alcanzar el fin (estado de cosas) F”¹⁵. Siguiendo este esquema, al concebir los principios como mandatos de optimización, Alexy sólo estaría considerando un grupo de ellos (las directrices) excluyendo en su razonamiento a los principios en sentido estricto.

b) Tesis débil de distinción

Los argumentos de la tesis precedente demuestran ser insuficientes para demostrar por sí mismas que exista una distinción cualitativa entre



los principios y las reglas, pues las características atribuidas a los principios podrían encontrarse también –aunque con menor incidencia– en las reglas y viceversa. Posiblemente deba atribuirse dicha incapacidad al hecho que no se parte de una precisa definición de cada uno de dichos enunciados (empresa por lo demás inútil por tratarse de fórmulas convencionales que carecen de un sustrato científico) sino que inductivamente se procura construir el concepto a partir de las características que exhiben las normas del sistema. De esta manera, siempre podrá encontrarse una norma que desafíe cualquier intento de sistematización de categorías como reglas o principios.

En atención a esta dificultad se plantean argumentos a favor de la denominada tesis débil de distinción que prefiere no enfocar la identidad de los principios desde un plano morfológico que, como ha sido visto, podría no ser determinante, sino que presenta a los principios jurídicos como singulares técnicas de interpretación. Así, se sugiere que el tema de los principios está dejando de ser un debate de lógica del Derecho o de las normas para convertirse en un debate de lógica de los juristas o de la interpretación¹⁶.

Una exponente de esta es la autora italiana L. Gianformaggio para quien la diferencia entre principios y reglas surge exclusivamente en el momento de la interpretación y aplicación del enunciado jurídico, de forma tal que una misma disposición puede ser entendida unas veces como reglas y otras como principios¹⁷.

Como acertadamente lo sugiere Prieto, *este desplazamiento desde la estructura de las normas a las técnicas de la interpretación o de justificación conduce, paradójicamente, a negar toda posible distinción entre reglas y principios con anterioridad al proceso interpretativo. En otras palabras, antes de la interpretación existiría un mundo indiferenciado de prescripciones y sólo la argumentación jurídica haría de cada una de ellas y en cada caso concreto un principio o una regla*¹⁸.

De esta manera, considera este autor, que la distinción estructural entre principios y reglas resulta insuficiente pues, a lo más, podrán enunciarse algunos rasgos o características que estarán presentes en mayor grado o medida en ciertas normas y no en otras. Por ello, postula que tanto las reglas y principios son tan sólo dos modos de llamar a técnicas o modelos de argumentación diferentes lo que conduce a negar cualquier distinción entre ellas previa al proceso hermenéutico¹⁹.

Si bien, a nuestro entender, este criterio tampoco resulta determinante (siempre existirá alguna norma que represente el ejemplo emblemático de lo que por regla o principio pudiera suponerse), nos parece de mayor utilidad en tanto que traslada la discusión a un plano de mayor trascendencia práctica que los teóricos intentos de clasificación: el de la interpretación y argumentación jurídicas, así como el de la racionalidad y corrección de las decisiones judiciales.

De las posiciones expuestas, advertimos la dificultad de poder definir los principios jurídicos pues toda aproximación a ellos atiende a ciertos rasgos que, en mayor o menor medida exhiben, o al rol que cumplen al momento de la aplicación de las normas. Sin embargo, no puede postularse una definición estricta para dichos enunciados, lo que no supone de modo alguno tener que desconocer su existencia, pues de una simple observación de las normas en el sistema se pueden trazar distinciones entre ellas desde los planos morfológicos, funcionales o axiológicos²⁰.

Así, podemos indicar que los principios jurídicos no suponen entidades que se encuentren fuera del sistema normativo; es decir que no serían importaciones de un orden anterior o superior a cualquier ordenamiento como una directa emanación del Derecho Natural. Por el contrario, los principios no son sino enunciados de un determinado ordenamiento que coexisten con las reglas pero que cumplen funciones distintas, en la medida que su formulación permiten una mayor capacidad de actuación por parte del operador del derecho mediante la argumentación.

3.- Tipología de los principios jurídicos

Toda clasificación puede tener mucho de arbitrario en la medida que es el propio autor quien determina los criterios sobre los cuales basa la clasificación que propone. Por ello, es que podrían establecerse tantas clasificaciones como personas estén dispuestas a postularlas. En tal sentido, abordaremos este punto a partir de la clasificación de principios sugerida por Prieto Sanchís y seguida por Atienza y Ruiz Manero, tomando como referencia el esquema propuesto por Wroblewski.

Así, atendiendo a los rasgos característicos de los principios, los autores sugieren las siguientes tres categorías de principios con valor o fuerza normativa: principios explícitos o



expresamente recogidos en alguna disposición normativa; principios implícitos obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas; y, principios extrasistemáticos o totalmente inexpresos, formados a partir de la Constitución material o de alguna filosofía moral o política que se supone inspira el ordenamiento en su conjunto, pero que no se puede decir razonablemente que constituyan el significado de una disposición²¹.

En cuanto a los principios explícitos, se les concibe como acciones para la acción, independientes de contenido, pero no perentorias. Esto supone que tienen su origen en una determinada fuente del ordenamiento pero no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional²².

Para Prieto Sanchís la relevancia de contar con principios explícitos es porque se hacen expresos los valores superiores en los que se fundamenta un determinado ordenamiento. Así, señala que el que diversos principios estén contenidos en normas expresas no tiene sólo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que se estructura el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho²³.

Un ejemplo de principio explícito en nuestro sistema normativo sería el contenido el en inciso 8) del artículo 139º de la Constitución que consagra como uno de los principios de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En cuanto a los principios implícitos, a entender de Atienza y Ruiz Manero, éstos se conciben como razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido²⁴. Por su parte, Prieto Sanchís destaca el uso de la analogía para poder establecer estos principios implícitos, pues señala que *de un grupo cualquiera de normas que tengan algo en común pueden inducirse así diversos principios, por lo que el recurso a los mismos indudablemente concede al operador jurídico (en especial al juez) mayor discrecionalidad que en la interpretación de textos normativos estables*²⁵.

Finalmente, en cuanto a los principios

extrasistemáticos, desde una perspectiva normativista se sostiene que no forman parte del Derecho, dado que ni constituyen el significado de una disposición legal ni pueden inferirse de ella, por lo que no pueden ser abordados por la regla de reconocimiento, aun cuando esta pudiera ser compleja. Sin embargo, desde que son aplicados por los jueces podrían ser consideradas como normas inválidas –al no hallarse recogidas en ninguna de sus disposiciones- pero eficaces –desde el momento en que resultan relevantes en la actuación de un operador jurídico-.

4.- Roles de los principios jurídicos en los sistemas normativos

Coincidiendo con Prieto, podemos señalar que la perspectiva más fecunda en el análisis de los principios es la funcional; es decir, aquella que no hace hincapié en una supuesta estructura morfológica particular de ellos, sino que intenta dilucidar para qué sirven en el ámbito de Derecho y del razonamiento jurídico²⁶.

Al respecto, identifica este autor -siguiendo a Bobbio-, las siguientes posibles funciones que cumplen los principios en el sistema jurídico²⁷:

- *Función interpretativa que ayuda a resolver en un sentido antes que en otro las dudas que puedan existir sobre el significado de una determinada disposición;*
- *Función integrativa que proporciona un criterio en ausencia de normas; es decir, en casos de lagunas*²⁸;
- *Función directiva, que orienta la actividad del legislador o de otros operadores a la hora de adoptar una decisión o de dotar de contenido una norma; y,*
- *Función limitativa, que establece las fronteras competenciales de un determinado órgano que cercena el ámbito de eficacia de una cierta regulación.*

A entender de Prieto, estas cuatro funciones pueden reducirse a las siguientes dos: o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera; o, representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio.

Un interesante planteamiento es el sugerido por Atienza y Ruiz Manero, para quienes las funciones que cumplen los principios



jurídicos en el ordenamiento jurídico pueden ser apreciados tanto desde una dimensión explicativa, justificativa o legitimadora del Derecho.

Según la primera de dichas dimensiones, sostienen los autores, los principios cumplen la función de explicación del Derecho al menos en dos sentidos; el primero, por su capacidad de sintetizar una gran cantidad de información, cumpliendo por tanto una función didáctica de gran importancia; y, el segundo, por permitirnos entender el Derecho no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido²⁹.

En cuanto a la dimensión justificativa, se atiende a las funciones de los principios en el razonamiento jurídico de forma tal que les sirva al operador del derecho no solamente para resolver el problema de qué hacer, sino también de cómo justificar lo que se ha hecho o se va a hacer, esto es, la toma de decisiones jurídicas³⁰.

Esta función, pues, está orientada a dotar de legitimidad las decisiones del operador del derecho sobre la base de los principios, entendidos como razones justificatorias en todo nivel del sistema, tanto al momento de legislar como de aplicación del derecho. Se asume a través de esta función, una suerte de corrección funcional en cuanto a la calidad del producto jurídico según su correspondencia con los principios pertinentes.

El tema de la justificación del razonamiento jurídico ha sido extensamente abordado por la doctrina en su afán de establecer pautas de corrección en las decisiones jurídicas cuando la solución no se agote en la aplicación de una razón perentoria, sino que se trate de un denominado *caso difícil*, **en el cual queda a criterio del operador del Derecho, en aplicación de los principios, emitir una respuesta acorde con los valores del sistema. Este punto ha constituido el tema central en los planteamientos de Dworkin y Alexy, este último con su desarrollo de la teoría de la argumentación (sobre la base de planteamientos como los de Perelman o Habermas) que fuera a su vez considerado por Atienza para sugerir que existen las razones del Derecho.**

Finalmente, en la dimensión legitimadora, se sostiene que los principios cumplen una función de control y legitimación del poder. En este punto, señalan los autores, que el eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los

poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir –y de lograr– objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio –que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo– dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos³¹.

Por lo señalado, la importancia funcional de los principios radica en que constituyen parámetros de actuación que determinan los alcances, límites y niveles de corrección de las decisiones jurídicas que se adopten, erigiéndose de este modo como necesarios referentes que eviten la arbitrariedad en la aplicación del Derecho. De esta manera, los principios jurídicos se constituyen en lineamientos que diseñan la estructura y fundamentos del sistema normativo de tal forma que a la luz de ellos se podría configurar desde un criterio de pertenencia al sistema como la corrección de decisiones jurídicas.

En este punto podemos establecer un elemento esencial que aportan los principios al ordenamiento, es decir que se tratan de normas fundamentales en las cuales se sostiene la estructura del sistema. Así, siguiendo el planteamiento de Alexy, resulta impensable concebir un sistema que únicamente cuente con reglas que establezcan mandatos deónticos (prohibiendo, permitiendo u ordenando), pues en tal esquema dichas las reglas serían inconexas tanto en criterios de articulación como en una identidad de contenido valorativos. Ello no queda resuelto con las denominadas normas secundarias que propone Hart, entendiéndose por tales a las que definen la pertenencia al sistema, el cambio de las reglas y la adjudicación de competencias para su aplicación. La insuficiencia de este último planteamiento radica en que se mantiene en el plano formal y adjetivo; sin embargo, descuida una dimensión que es esencial para estructurar un sistema jurídico: que las normas pudieran tener una identidad valorativa. Así, las normas secundarias de Hart serán consideradas como principios jurídicos, pero no los únicos, sino también aquellos que establecen, de manera explícita o implícita, una razón justificatoria que parta de algún valor o interés relevante en el sistema.

5.- Principios jurídicos en el ordenamiento normativo peruano

La referencia a los principios no es ajena a nuestra tradición jurídica pues desde los primeros años de la incipiente República del



Perú, ya se les aludía, lo cual no deja de llamar la atención. Dichas referencias se puede encontrar en el Código Civil de 1852 cuyo articulado se iniciaba con las normas del Título Preliminar denominado “de las leyes en general”.

La norma IX abordaba el supuesto de oscuridad o insuficiencia de las leyes en los siguientes términos *los jueces no pueden suspender ni dejar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverá atendiendo: 1° al espíritu de la ley; 2° a otras disposiciones sobre casos análogos; y, 3° a los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.*

Desde aquél antecedente llegamos a la regulación actual que contiene referencias a los principios generales del derecho tanto en el Código Civil como en el propio texto constitucional. Así, el Código Civil alude a los principios generales del derecho en el artículo VIII del Título Preliminar referido a los defectos o deficiencias de la ley en los siguientes términos *los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano*³².

En el caso de la Constitución de 1993, la referencia se encuentra en el inciso 8 del artículo 139° en el que se desarrollan los principios y derechos de la función jurisdiccional. Así, señala esta norma que *son principios y derechos de la función de la función jurisdiccional (...) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*

A partir de esta regulación, procuraremos plantear las principales causas por las cuales nuestro ordenamiento jurídico –tanto en el plano del reconocimiento positivo como, en menor medida, en un plano operativo– no ha desarrollado a plenitud una sólida teoría de principios.

En nuestro entender, la principal causa al problema planteado se debe a la escasa difusión con que ha merecido la teoría de los principios jurídicos. Una muestra de ello se advierte en los enunciados normativos citados precedentemente. Sin embargo, el problema se advierte en todos los niveles del sistema, como la jurisprudencia

y doctrina.

Seguidamente, nos referiremos puntualmente a lo que consideramos como las principales causas que expliquen la postergación del desarrollo de los principios jurídicos en nuestro sistema normativo:

- La utilidad de los principios jurídicos ha sido vista de manera residual, siendo necesarios únicamente cuando el legislador ha omitido regular un determinado hecho. Esto supone restringir el uso de los principios a la función integrativa que, precisamente, es criticada por Zagrebelsky como una distorsión de los principios cuya importancia se ve soslayada tras la figura de las reglas.

Es más, todas las referencias normativas que hemos citado anteriormente, desde el más remoto antecedente hasta las normas vigentes, aluden únicamente a esta función integrativa. Ésta calza perfectamente en el modelo del Estado liberal del Derecho pues pretende asegurar la noción de plenitud del ordenamiento tomando como base la labor del legislador, cuyas omisiones serán suplidas solo por excepción y dando cuenta al legislador, por los encargados de la aplicación de las normas.

Sin embargo, en el modelo planteado por el Estado Constitucional Democrático, resulta insuficiente pues la función integrativa cede en importancia a favor de funciones más trascendentes como la directiva o limitativa. En esta línea, resulta paradójico advertir que mientras el inciso 8) del artículo 139° señala que el juez recurrirá a los principios en caso de vacíos de las normas, tal inciso está rodeado de principios permanentemente recurridos por el juez, por ejemplo para interpretar normas (v.gr. debido proceso, norma más favorable, motivación de las resoluciones, etc.).

- Nuestro sistema se adscribe a una tradición positivista en su versión inicial y más cuestionada en la cual se ve con desconfianza cualquier posibilidad de aplicar normas con flexibilidad pues el espectro de enunciados jurídicos se reduce a las normas jurídicas de estructura condicional, en la cual los principios no tienen cabida sino para cubrir los vacíos de dichas normas.

Tal modelo es propio de lo que Zagrebelsky y Prieto Sanchís denominan el Estado liberal decimonónico, absolutamente superado por la doctrina y que muestra un claro desfase con nuestra realidad social.

El riesgo que este modelo encierra se ha visto en su máxima expresión durante la década



- pasada, en el cual el sistema normativo fue puesto al servicio de un proyecto político. Es claro que una teoría desarrollada de principios no hubiese dado cabida a tales actitudes pues habría operado su función limitativa. Si bien este argumento no es suficiente para explicar los mencionados acontecimientos políticos, contribuye a poder evitar que tales experiencias pudieran repetirse.
- Lo anterior guarda relación con la escasa valoración que en nuestro medio tiene el órgano jurisdiccional respecto al cual no existe una seria voluntad política de potenciar, contribuyendo con dicha actitud a que los productos de los procesos judiciales, principalmente en los procesos de garantías constitucionales, no sean debidamente justificados.
 - La revisión de la exposición de motivos de la comisión encargada de la elaboración del Código Civil revela que el legislador no tenía una noción de los principios jurídicos que siquiera se aproxime a lo que la doctrina comparada ha planteado³³. La gravedad de tal situación es aún mayor si advertimos que los argumentos dados por el legislador casi identifican lo que ellos entendían por principios generales del derecho con los denominados principios extrasistemáticos (en la clasificación de Wroblewsky y Prieto Sanchís). Cabe recordar que en la doctrina no admite tales principios como parte del Derecho pues supone una admisión de elementos que no están adecuadamente justificados a la luz de los valores del sistema, lo cual es sumamente elocuente del grado de desinformación existente al respecto.
 - Un punto adicional entre las causas de la postergación de los principios generales del derecho estaría constituido por una imperfecta técnica legislativa. Si ésta se aplicase adecuadamente, el legislador debería estructurar adecuadamente los cuerpos normativos, ponderando los títulos preliminares en los cuales se inserten los principios que informan dicho cuerpo de reglas, sin afán que eso sea excluyente sino meramente referencial. Esta observación resulta extensible, incluso y sobre todo al propio texto constitucional.
 - Otra posible causa estaría determinada a que en la relación entre los operadores del derecho y entre éstos con la sociedad, no se dan las condiciones para que sea viable una adecuada implementación de la teoría del discurso, pues la escasa motivación de las resoluciones o la poca difusión de éstas dificulta la posibilidad de contradecir dichos argumentos. Adicionalmente, en nuestra sociedad existe un fuerte arraigo de criterios de la moral positiva que se resisten a ser sometidos a criterios de fundamentación jurídica.

Por lo expuesto, las características y defectos que nuestro ordenamiento jurídico ostenta hacen imperativo una adecuada difusión y cabal adopción de la teoría de los principios jurídicos. Tal esfuerzo podría traducirse en una mayor legitimidad de las decisiones jurídicas que supongan un mayor nivel de aceptación por los destinatarios e impulsaría una necesaria actividad creativa del Derecho en la figura del juez en ejercicio de su labor de interpretación jurídica.

NOTAS:

- ¹ Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 10, 1991, p. 101. Estos mismos planteamientos son recogidos posteriormente en el texto de los mismos autores, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 1996, p. 3.
- ² Prieto Sanchís, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992, p. 23.
- ³ Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. Op. cit., 1991, pp. 3 – 4. Este planteamiento ha sido recogido por Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel. 2000, p. 133, sobre el cual basa su desarrollo sobre los principios.
- ⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 7. Madrid: Dykinson. 1998, p. 49.
- ⁵ Al respecto, muchos autores sugieren dejar de lado la denominación de principios generales del Derecho para referirse a los principios jurídicos, en un intento por sacudirse de los cuestionamientos que la referida denominación creaba. Así, se les calificaba de oscuros, inexistentes o que, de existir, no podrían ser en ningún caso generales (al respecto, véase Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, pp. 20 y ss). En todo caso, se advierte un uso dispar de los términos para hacer referencia a dichos enunciados pues, mientras que la doctrina se refiere a ellos como principios jurídicos, los textos normativos y resoluciones judiciales los nombra como principios generales del Derecho. En nuestro caso, emplearemos el término de “principios jurídicos” salvo cuando hagamos referencia a textos normativos que mantienen la denominación de principios generales del Derecho.
- ⁶ Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1998, p. 32.
- ⁷ *Ibidem*, pp. 131 – 132.
- ⁸ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho. Cuarta reimpresión de la primera edición. 1999, pp. 72 y ss.
- ⁹ Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 1996, p. 9.
- ¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 110.
- ¹¹ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2° edic. Barcelona: Gedisa. 1997, p. 162.
- ¹² Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, pp. 40 – 42.
- ¹³ Alexy, Robert. Op. cit., p. 162.
- ¹⁴ Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1998, pp. 45 – 46.
- ¹⁵ Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. Op. cit., 1996, pp. 8 – 9.
- ¹⁶ Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, p. 52.
- ¹⁷ Gianformaggio, L., citada por Prieto Sanchís. Op. cit., 1992, p. 53.
- ¹⁸ *Ibidem*, pp. 53 – 54.
- ¹⁹ *Ibidem*, pp. 56.
- ²⁰ Así, por ejemplo, es perfectamente distinguible desde los mencionados planos, una norma como la contenida en el artículo 935° del Código Civil por el cual *el tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto*, de una norma como la contenida en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución según la cual *nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*. Sin desmerecer la importancia de ambas normas, resulta evidente que cada una de ellas cumple funciones distintas en el sistema, por lo que resulta válido distinguirlas en su forma, función y contenido, aproximándose la segunda de ellas a lo que por principio entendemos, mientras que la primera sería nítidamente una regla.



²¹ *Ibidem*, p. 134.

²² Atienza & Ruiz Manero. Op. cit., p. 13.

²³ Prieto Sanchis, Luis. Op. cit., 1998, p. 135 – 136.

²⁴ Atienza & Ruiz Manero. Op. cit., p. 13.

²⁵ *Ibidem*, p. 142.

²⁶ Prieto Sanchis, Luis. Op. cit., 1992, p. 153.

²⁷ *Ibidem*, p. 161.

²⁸ Zagrebelsky entiende esta función como una distorsión introducida por el positivismo que hizo ver a las reglas como las verdaderas normas, mientras que los principios serían un “plus”, que actuaría como una válvula de seguridad para cerrar el sistema. (ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 117).

²⁹ Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. Op. cit., 1996, p. 20.

³⁰ *Ibidem*, p. 23.

³¹ *Ibidem*, p. 25.

³² El fraseo de este artículo es idéntico a la disposición contenida en el inciso 6 del artículo 233 de la Constitución de 1979.

³³ Solo a manera indicativa, cabría extraer un párrafo de los argumentos esgrimidos en el seno de la comisión: “ *y solo en la hipótesis que no puede encontrarse esa norma, se tendrá en cuenta entonces los principios generales del derecho, esto es, los principios de estructuración del Derecho Civil y del sistema general del Derecho vigente, así como las opiniones prevalecientes en la comunidad jurídica sobre los aspectos que configuren la laguna legislativa. Estos principios son, por su misma naturaleza, susceptibles de aplicarse con la mayor amplitud y flexibilidad*”.



Un análisis socio-antropológico del Derecho para el Perú¹

Antonio Peña Jumba

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

Sumario: 1.- Introducción 2.- ¿Cómo definir el análisis socio-antropológico del Derecho? 3.- Los postulados básicos: herencia de la escuela histórica del Derecho 4.- La estrategia de análisis: estudio de los comportamientos sociales 5.- El teorema de referencia: el pluralismo jurídico 6.- El uso de técnicas metodológicas de campo 7.- A manera de conclusión: perspectivas de campos de aplicación 8.- Bibliografía.

1.- Introducción

En las líneas siguientes queremos presentar algunos lineamientos de una manera de pensar o reflexionar el Derecho distinta de los razonamientos clásicos (como el iusnaturalismo y el positivismo) o de los razonamientos contemporáneos (como el análisis económico del derecho). No pretendemos considerar esa manera de pensar como principal y única. Por el contrario, dicha manera de pensar trata de admitir la existencia de diferentes formas de pensar el Derecho y reconocer o aceptar todas ellas.

La propuesta tiene que ver con la articulación de dos disciplinas bastante cercanas y una tercera tradicionalmente alejada de las anteriores: la sociología y la antropología con el Derecho. Cada una, como veremos, tiene su contribución particular, no son incompatibles una con la otra y por el contrario muestran una gran necesidad de complementariedad. Mientras que la sociología contribuye con la metodología de una perspectiva macro, de análisis de los comportamientos sociales, la antropología contribuye con la metodología de una perspectiva micro, de análisis de cada particularidad en la pluralidad. Mientras la primera busca ser más general, y generalizar, la segunda busca ser más específica, y particularizar. Ambos aplicados al Derecho juegan con ambas perspectivas, ver el macro y micro Derecho de la sociedad global y de cada sociedad.

Sin embargo, un antecedente a esta manera de pensar lo encontramos en una vieja corriente del Derecho poco estudiado y a veces tergiversada: la escuela histórica del derecho. ¿Quién no ha oído hablar, si es que alguna vez ha llevado clases de Derecho, de Savigny?. Es uno de los Juristas o jurisconsultos clásicos que estudiamos cuando tratamos los conceptos de Derechos Reales o el Derecho de las obligaciones o el Derechos

de los contratos y hasta el Derecho de Sucesiones. Savigny es el autor de esa gran corriente de opinión que, en nuestra opinión, apreció con mucha transparencia desde el siglo XIX lo que actualmente conocemos por sociología y antropología del Derecho.

En el presente ensayo queremos tratar seis aspectos sobre la teoría propuesta a partir de contextos como el peruano²: queremos presentar en primer lugar la corriente de opinión objeto de estudio, ¿cómo definir el análisis socio-antropológico del derecho?; en segundo lugar ocuparnos de los postulados que la identifican, que tiene su fundamento en la escuela Histórica del Derecho antes mencionada; en tercer lugar queremos desarrollar lo que consideramos la estrategia de estudio de la teoría propuesta, basada en el análisis de los comportamientos sociales; en cuarto lugar presentar el teorema que consideramos fundamental en la indicada teoría, el mismo que se identifica con el hecho y concepto del Pluralismo Jurídico; en quinto lugar ocuparnos de sus técnicas metodológicas, en los que destaca el trabajo de campo; y por último, a manera de conclusión, queremos presentar la aplicación de esta teoría en algunos campos de estudio del Derecho Estatal y No-Estatal que conocemos.

2.- ¿Cómo definir el análisis socio-antropológico del Derecho?

En términos sencillos podemos decir que se trata de una particular manera de reflexionar el Derecho en contextos socio-culturales plurales como el Perú.

Es una corriente de opinión que admite y utiliza la pluralidad de análisis que se ha hecho sobre el Derecho: acepta el análisis iusnaturalista, el análisis positivista (en sus distintas versiones, desde la exégesis, el constructivismo



hasta la teleológica), el análisis económico del Derecho, el análisis histórico del Derecho, y por supuesto el análisis sociológico del Derecho y el análisis antropológico del Derecho. En sus entrañas, podríamos decir, la propuesta encierra la aceptación de la pluralidad o diversidad, en consecuencia no puede dejar de valorar el aporte de las distintas corrientes que se han pronunciado sobre el Derecho, las mismas que han buscado explicar sus diferentes “razones de ser” del Derecho. Así por ejemplo, podemos afirmar que los comuneros quechuas o aymaras de nuestros Andes cuando castigan determinados actos, como el *Ushanan Jampi* (ajusticiamiento) o los “actos inmorales que producen castigos de la naturaleza”, razonan ante todo iusnaturalistamente, toda vez que lo hacen en razón a una relación sobrenatural: si no castigan a los inmorales, la naturaleza los castigará³.

De otro lado, es una corriente de opinión que pone énfasis en un análisis de su contexto. Por contexto entendemos sociedades, instituciones-organizaciones o grupos sociales concretos, en los que los individuos o personas sienten un alto grado de identificación. Es lo opuesto a la calificación de sociedades o grupos sociales abstractos o generales. Por ejemplo, decir “la sociedad peruana” responde a una categoría muy genérica que identifica a todos los que nacieron en el Perú, dentro del territorio delimitado por el Estado Peruano. Sin embargo, dentro de este territorio hay una variedad de peruanos, y algunos incluso reniegan haber nacido como tal –particularmente por toda la red de corrupción que se ha hecho pública en los últimos meses del año 2000 y continúa haciéndose pública en el año 2001-. Más específico es decir “sociedad arequipeña” o “sociedad piurana” o “sociedad puneña”⁴. Es más fácil para cualquiera de nosotros identificar a un arequipeño quien se dice “soy arequipeño”, o un piurano o puneño quien dice lo mismo. Sin embargo, tal contextualización puede ser aún más específica: decir “soy de Catacaos”, o “soy de Camaná”, o “soy de Huancané”⁵, es una expresión de identidad más próxima, sentido así en el propio ser de los individuos que se identifican como tal. Pero sobre ello, podemos afirmar incluso que uno puede llegar a identificarse con su comunidad o su barrio en específico, lo que hace más rico la contextualización: decir “soy de la comunidad de Calahuyo” o “soy de la comunidad de Titihue” es una mayor aproximación de identidad que decir “soy de Huancané”.

Cualquiera de las corrientes de análisis del Derecho antes referida o el conjunto plural de las mismas puede aplicarse en cada contexto. Por

ejemplo, puedo recurrir al análisis económico del Derecho para entender la voluntad maximizadora de los comuneros de Calahuyo o Titihue en el trabajo sobre sus tierras o su ganado. ¿Qué es lo que ellos maximizan cuando rotan sus tierras o cuando alimentan con *llachu*⁶ a su ganado?. ¿Qué tipos de contratos y obligaciones entretienen en este tipo de maximización sobre tierra y ganado?. Puede notarse que el análisis teórico del Derecho es nada si no se contextualiza. Es en el grupo social específico, y en el conjunto de relaciones sociales, económicas, culturales del grupo cuando resulta viable cualquier tipo de análisis del Derecho.

3.- Los postulados básicos: herencia de la escuela histórica del Derecho

Para entender con una mayor fundamentación teórica el análisis socio-antropológico del derecho es necesario recurrir a sus antecedentes. Estos se encuentran en la escuela Histórica del Derecho, desde donde es posible destacar una manera de pensar y postular el Derecho. En esta escuela encontramos lo que consideramos los postulados básicos del análisis socio-antropológico del derecho. Cabe señalar previamente que la escuela histórica surge como antítesis de la escuela francesa de la exégesis.

A inicios del siglo XIX, fue la escuela francesa de la exégesis (la misma que se impondrá en todo el Derecho Formal Latinoamericano) la que dominaba la escena teórica del Derecho en Europa. Con el Código Civil Napoleónico de 1804 se instauró una perspectiva de lo absoluto acerca del Derecho: El “Code” es el Derecho, el Derecho es el Estado, y éste es toda la sociedad⁷. Frente a esta perspectiva es que, en el mismo siglo XIX, surge la escuela histórica alemana de Savigny. Esta escuela propone ver al Derecho no como un juicio de la razón (lógica) o una decisión de la voluntad, sino como fruto de la cultura:

“... [La escuela Histórica del Derecho] rechaza lo abstracto y proclama el imperio único de lo concreto, de forma que no existe El Derecho, sino Éste o Aquél Derecho. Por lo mismo desestima lo general o lo genérico y proclama lo singular y específico. Pero, al propio tiempo, opone a lo individual lo colectivo. Entre el individuo aislado, que para nada cuenta, y la idea universal y vaga de la humanidad, hay un término medio que es la clave: el pueblo, la nación, el grupo natural y orgánico de individuos a quienes une una tradición común; todo Derecho aparece inquebranta-



blemente vinculado a un pueblo, como al ser que le dio origen; no es sino proyección y encarnación de su espíritu” (Hernández Gil, al referirse a la Escuela Histórica del Derecho, 1945: 66).

Bajo esta perspectiva, en cierta forma radical frente al individualismo y la generalización, la escuela histórica construye una teoría que coincide con perspectivas actuales de la Sociología y la Antropología del Derecho. Coincidente con nuestra perspectiva de contextualización del Derecho referido líneas arriba, el análisis de la escuela histórica centra el debate en el Ser Colectivo de toda sociedad, que denominó “Conciencia Jurídica Popular” (Loc. cit.). A partir de este referente, y dentro del propósito de conseguir su materialización, la Escuela Histórica del Derecho puso énfasis en tres postulados generales referidos a lo empírico, la causalidad y el irracionalismo que envuelven todo Derecho:

“1°. Empirismo: el Derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia, con valor axiomático....

“2°. Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa (...). Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. El Derecho, en su formación y transformación, está regido por tales leyes. No se produce libremente, sino en virtud de una ‘necesidad’ [causa]. Y no se puede contemplar en un determinado momento, sino integrado en el pasado y orientado hacia el devenir....

“3°. Irracionalismo y relativismo: el Derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive, en constante producirse, hacerse y rehacerse; sometido, pues, a mutaciones que nada respetan.” (Hernández Gil, al referirse a la Escuela Histórica del Derecho, 1945: 71).

El conjunto de dichos postulados guardan coherencia con la perspectiva del Análisis Socio Antropológico del Derecho que queremos presentar. Así, la necesidad de una labor empírica nos manifiesta que el Derecho no puede reducirse a la ley o a la norma, por más perfecta que ésta sea (tal como se intentó hacer con el Código de Justiniano y el Código de Napoleón). El Derecho, para su comprensión, requiere de actos y relaciones reales, objetivas, concretas empíricas. Si es que quiero saber acerca de los contratos de locación de servicios y su efectividad, por ejemplo, tengo que analizar los actos concretos del

emiten y del locador, y de las relaciones que en la práctica éstos reproducen. Quedarse en la norma o normas que regulan el contrato de locación de servicios es simplemente abstraer actos o relaciones inexistentes.

De otra parte, la existencia de una causalidad y determinismo del Derecho quiere negar que el Derecho sea Neutral. Es que siempre van a existir causas, motivos, valores o creencias, en los actos y relaciones, que van a generar la producción y aplicación de éstos propiamente. Estas causas o determinaciones pueden ser de diverso tipo, destacando las propias causas políticas, económicas o morales. La aceptación en el grupo social de la continuidad de dichas causas, motivos, valores o creencias orientarán el futuro del mismo Derecho. Esto significa, por ejemplo, que la explicación del rechazo de los delitos de violación o abuso sexual de niños no se encuentra en la ley misma (el Código Penal), sino responden a causas, motivos o valores que previa y posteriormente se ha preferido en el grupo social o la sociedad que lo regula. En tal sentido, en el supuesto que en una sociedad determinada los casos de violación o abuso sexual se acrecienten, no voy a encontrar la explicación de este incremento en la norma misma (que pudo ser similar durante todo el período de tiempo analizado), sino en las razones previas y posteriores a ella: la libertad individual, la liberalidad sexual, las transformaciones culturales de migrantes y hasta la tecnología que permite un mayor uso de medios como el internet donde se puede difundir “con libertad” violencia y pornografía. La norma en sí no puede entender este proceso, no puede ajustarse a los cambios.

Por último, la irracionalidad y el relativismo en el Derecho busca demostrar que no existe UNA RAZÓN en el Derecho, sino varias o muchas. No hay Un Derecho sino DIVERSOS Derechos. Al no haber una razón jurídica, o una idea de Lo Justo u Orden Jurídico en forma exclusiva, tampoco se puede sustentar la existencia de un Derecho absoluto, omnipotente. Tenemos en realidad varios Derechos que cambian, se renuevan, y a la vez son fuertes o débiles dependiendo los niveles de interrelación con otros Derechos (de otros grupos sociales). Por ejemplo, sustentar el “Derecho a la Recreación” como obligatorio a favor de los niños menores de 12 años, resulta extraña, una simple curiosidad o una norma de imposible cumplimiento para determinadas sociedades, mientras que en otras, particularmente en aquellas en que la norma se formuló, resulta una norma legítima de seguro requerimiento para su cumplimiento. En el primer grupo de sociedades



puede ocurrir –como en efecto ocurre en las comunidades andinas por ejemplo- que el niño sea entendido como fuerza de trabajo. Mientras que en el segundo grupo de sociedades, el niño es valorizados como inversión o “artículo de lujo”. ¿Qué explica que en determinadas sociedades o grupos sociales los niños tengan que salir a cuidar o pastar los ovinos o cabras desde los 5 ó 6 años de edad, mientras que en otras sociedades el niño permanezca en su hogar, en su escuela o en el parque, divirtiéndose bajo el cuidado de una profesora o una empleada?. El Derecho aparece como irracional en tanto no existe un Derecho a la recreación del niño menor de 12 años de modo universal o general; y, de otro lado, es relativo en tanto cada grupo social llegará a entender la recreación de modo diferentes en su relación con los niños.

Estos tres postulados son los que ayudaron o influyeron en los alemanes al construir su sistema jurídico. El código civil alemán de 1900, así, más que un producto de la idea de los juristas, fue producto del empirismo, la causalidad y el relativismo del contexto alemán de su tiempo. En el mismo sentido, dichos postulados se ofrecen como un interesante contenido para reflexionar o replantear, en su caso, la diversidad de Derechos que en países como el Perú no tenemos aún reconocidos.

Dichos postulados aparecen como puntos de partida para el análisis de las reglas, procedimientos, valores y principios (el Derecho) que identifica a una sociedad o grupo social determinado.

4.- La estrategia de análisis: estudio de los comportamientos sociales

Al lado de los postulados presentados, que aparecen como fines u orientaciones para el análisis propuesto, se suma una particular estrategia en el análisis mismo. Esta estrategia consiste en estudiar los comportamientos o actitudes de las personas involucradas con el Derecho objeto de estudio o quienes son parte de un conflicto en una sociedad determinada. Estudiar el Derecho en los comportamientos de las personas supone preguntarse cómo es que dichas personas o su sociedad se apropian de lo que entienden por Derecho (formas de entender, razonar, crear o reformar sus normas, procedimientos, valores o instituciones) y cómo es que actúan frente a esta representación. Ello supone ingresar al estudio del tema de los actos sociales y las relaciones sociales, pues son estas las que subyacen en dichos entendimientos y actuaciones.

Max Weber (1969), es uno de los teóricos clásicos que nos ha hecho llegar una sistematización de los actos y las relaciones sociales. Siguiendo la síntesis que presenta Renato Treves (1988) sobre la teoría de los actos sociales de Weber, tenemos la siguiente definición:

“Estrechamente unido a su concepción de sociología se encuentra para Weber el concepto de acción social que entiende como ‘un hacer que está referido a la actitud de otros individuos y orientado en su curso en base a esto’. La acción social, añade, puede estar determinada de distintos modos:...

- Afectivamente (por afecto o estados actuales del sentir)...
- Tradicionalmente (por un hábito adquirido)....
- Racionalmente respecto al valor (por la creencia en el valor incondicionado en sí de un determinado comportamiento en cuanto tal, prescindiendo de sus consecuencias), y...
- Racionalmente respecto al fin (por expectativas de actitudes de objetos del mundo externo o de otros hombres utilizando tales expectativas como condiciones o como medios para fines queridos y considerados racionalmente en calidad de consecuencia).” (Treves, 1988: punto 28.2)

Una acción social, siguiendo la definición citada, es cualquier acto que realiza una persona con el propósito de intercambiar o comprometer la acción de otros. Un simple ejemplo lo puede explicar: Cortar un árbol. Si es que corto el árbol para construir una vivienda es un acto social en los términos de Weber. Si es que corto el árbol por “deporte” a sabiendas que existen muchos árboles en el bosque que impiden el crecimiento de otros, no tiene el propósito de ser un acto social. En el primer caso, el corte del árbol va a poner en interacción o comprometer la actitud de las personas que participarán en la construcción de la casa o de la familia que pasará a ocupar la vivienda; en el segundo caso, no hay teóricamente ninguna interacción o compromiso de la actitud de otros.

Los tipos de acción que presenta Weber, a su vez, requieren de una corta explicación. El acto social afectivo puede graficarse con los actos de llanto o risa en una persona ante una noticia determinada. El acto social “tradicional” o habitual puede ejemplificarse con los actos de saludo (el dar la mano, o levantar la mano) que habitualmente reproducimos. El acto social racional de acuerdo a valores puede consistir en el acto que realizan determinadas personas en base a



creencias como el “no fornicar” que responde a una regla religiosa que lleva a la persona a eludir las relaciones sexuales pre-matrimoniales. También podemos graficar el acto social de acuerdo a valores con el acto de salvar una bandera arrojándose a un precipicio frente a la posibilidad que dicha bandera sea destrozada por el enemigo. Por último, un acto social de acuerdo a fines puede ejemplificarse con los actos de una persona orientados a montar un negocio determinado con la expectativa de obtener ganancias o beneficios económicos. Otro ejemplo específico de este último tipo de acción puede ser la práctica de actos de reciprocidad (*ayni*) donde cada una de las partes tiene expectativas sobre un beneficio específico.

En forma complementaria podemos señalar como un tipo de acción social el que corresponde a la acción social comunicativa, desarrollada por Jurgen Habermas (1987). La acción social comunicativa se refiere “a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje u de acción que (ya sea por medios verbales o con medios extra verbales) entablan una relación interpersonal [en donde] los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones...” (1987: 124). Como puede apreciarse, se trata de una acción del consenso de las personas que se consigue a través de la comunicación. Es la acción social que permite el común acuerdo entre las personas sobre los planes de acción de éstas, pero también sobre sus acciones que en general realizarán. Un ejemplo de ello sería el diálogo de dos partes en conflicto sobre la tenencia de su menor hijo. Es a través de la comunicación interpersonal que ambas partes pueden ponerse de acuerdo en la tenencia del niño, sea a favor de una o a favor de la otra o a favor de ambas a través de una tenencia rotativa. Lo importante de este tipo de acción consiste en valorar la comunicación o el lenguaje como un importante instrumento que interviene permanentemente en nuestras acciones cotidianas.

Estos actos sociales, ya definidos, pueden interrelacionarse y conducirnos a lo que el mismo Weber (1969) entiende por “relación social”. Siguiendo a Treves (1988: punto 28), podemos entender que esta “relación social” es entendida por Weber como “un comportamiento de varios individuos que se establece recíprocamente según su contenido de sentido y puede ser orientado por parte de los participantes en base a la representación de la subsistencia de un ordenamiento legítimo”. En otras palabras, se tratan de

intercambios de actos o acciones sociales entre individuos o la práctica de actos sociales recíprocos desarrollados dentro de un ordenamiento legítimo ¿Cuál es el ordenamiento legítimo?. Weber afirma que tal ordenamiento legítimo se encuentra en el Derecho⁸. Siguiendo nuestro esbozo teórico, podemos afirmar que tal Derecho es el que identifica a cada sociedad o grupo social determinado.

Aplicando los conceptos de acción social y relación social a nuestra propuesta teórica podemos decir que cuando nos aproximamos al estudio del Derecho en una determinada sociedad o analizamos un conflicto o problema en el mismo Derecho de esa sociedad, lo que nos toca explicar son los actos y las relaciones sociales que involucra al conjunto de miembros del grupo social o sociedad objeto de estudio (para encontrar el Derecho en general) o nos toca explicar los actos y las relaciones sociales que involucra a las partes del conflicto (en el supuesto que querramos analizar el conflicto o problema específico). Nos interesará en cualquiera de los dos casos distinguir entre una acción social de tipo afectiva, tradicional, de acuerdo a valores, de acuerdo a fines o comunicativa, y entender las relaciones que se están entretejiendo en el desarrollo del Derecho o del conflicto o problema bajo análisis. Entendiendo tales actos y relaciones es que podríamos explicar el sentido u orientación de tal Derecho o conflicto.

Por ejemplo, si nos interesa analizar un caso de corrupción que involucra a un grupo de magistrados de la Corte Suprema, en un contexto donde los órganos del Poder Judicial son centralizados y burocráticos, el análisis estratégico del comportamiento y de la acción social consistirá en preguntarnos por los actos que identifican a cada uno de los magistrados cuando recibieron un pago irregular de US\$ 50,000 por emitir un fallo absolutorio, o cuando dieron una “orden de comparecencia” a favor de una persona implicada en un delito grave a pesar que evidentemente se encontraban indicios que orientaba una “orden de detención”. Si descartamos las acciones sociales de tipo afectivo y “tradicional”, podríamos centrarnos en la acción social de acuerdo a valores o de acuerdo a fines y en la acción comunicativa. Estos tres tipos de acciones pueden explicar en parte —es difícil afirmar absolutamente— la situación: la acción social de acuerdo a valores en cada uno de los magistrados comprometidos puede estar resaltando una preferencia por determinados valores (ambición personal) que contradicen aquellos que identifican la institución a la que pertenecen y el Derecho al que están obli-



gados defender; la acción social de acuerdo a fines, de otro lado, puede ayudarnos a encontrar las preferencias individuales y pragmáticas (utilidades al ver a la institución como una empresa) de cada uno de los magistrados frente a las necesidades que pueden estar identificándoles por sus limitados ingresos (justifican cobros “extras” ante la exagerada carga procesal); en el mismo sentido, la acción social comunicativa puede mostrarnos que, en la acción de los magistrados, hay una señal o lenguaje (excesivo trabajo, formación de los magistrados, remuneraciones bajas, otros) que está esperando respuesta, que al fundarse en la búsqueda de un consenso orientará dicha respuesta a entender las limitaciones de los magistrados o a entender la existencia de redes ilícitas que se aprovechan de la excesiva carga procesal para actuar.

El análisis de las relaciones sociales, a su vez, nos convoca a analizar los actos de cada uno de los magistrados del ejemplo al lado de las personas (abogados o propias partes litigantes) y órganos institucionales que los han comprometido. Evaluando o explicando la relación entre ambos, los magistrados de un lado y las personas litigantes o los órganos institucionales por otro, se conseguirá entretejer un nivel de responsabilidad y un nivel de “recuperación” de cada uno de los magistrados, como también un nivel de satisfacción de las partes litigantes y los órganos institucionales intervinientes.

En el análisis del caso del grupo de magistrados el Derecho, entendido en su sentido normativo no viene a ser sino un referente instrumental para la explicación de responsabilidad y solución del mismo. No se trata de buscar que aplicar la norma sobre los hechos vigentes, sino buscar entender la relación causal de los hechos sobre las normas que luego se identificarán. En grado mayor, se trata de aplicar los hechos sobre la norma, darle plasticidad a ésta dentro del propósito de entender y aproximar una mayor resolución al caso o conflicto.

En el caso puede ser que el grupo de magistrados haya recibido el dinero dentro del contexto policíaco de seguimiento de los mismos, en el que se pudo inducir para que acepten el soborno; como también pudo ocurrir que la carga procesal hizo que del grupo de magistrados no todos tengan la misma responsabilidad al dar la “orden de comparecencia” dado que el magistrado ponente indujo a error a los otros magistrados. Estas acciones y relaciones conducirían a nuevas variables a tener en cuenta al momento de resolver el caso.

Bajo tales condiciones de la teoría y de la práctica es que puede entenderse la importancia del estudio de los comportamientos dentro de un análisis socio-antropológico del derecho. Weber diría, como reseñábamos al inicio del presente punto, que el estudio de tales comportamientos es el que orienta una perspectiva sociológica del Derecho, y este consistiría en estudiar “la acción de los hombres referidas a las normas y a las representaciones que de ellas se dan ellos mismos”⁹ (citado por Treves, 1988: punto 28). Es decir, al lado de las acciones y relaciones sociales objeto de estudio o análisis de los casos o situaciones, cabe incluir las orientaciones que sobre las normas se hacen los hombres en sus actos y la representación de las mismas normas que conllevan a sus actos. La manera como nos aproximamos a estas representaciones sería a través del análisis de los tipos de acción y las relaciones sociales.

Sobre esto último cabe indicar que hay acciones sociales afectivas, “tradicionales”, de acuerdo a valores o fines, y comunicativas, así como relaciones sociales que se encuentran vinculados directamente con las normas o el Derecho en su sentido normativo. Volviendo al caso del grupo de magistrados, cabría vincular el conjunto de acciones y relaciones sociales que identificó a cada uno de ellos con las acciones o representaciones que tenían de las reglas infringidas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Código Penal o del Código de Procedimientos Penales. Sin embargo esta orientación de aplicación específica sobre el Derecho normativo, no descarta acudir a los diferentes roles de acciones o relaciones sociales que pueden estar vinculado desde un inicio con representaciones sociales, económicas y culturales, pues justamente ello nos conduce a ir más allá de la perspectiva sociológica que describe Weber, para agregarle el sentido socio-antropológico.

5.- El teorema de referencia: el pluralismo jurídico

El análisis socio-antropológico del derecho, a su vez, tiene en cuenta un teorema básico que involucra los puntos anteriores. El teorema consiste en afirmar la existencia en la sociedad global de un pluralismo jurídico, al lado del pluralismo social, económico, cultural como norma “universal”. En resumen, podríamos sustentar el siguiente razonamiento:

El mundo es plural en los hechos (en sus relaciones sociales, económicas, culturales como jurídicas)¹⁰.

Esta pluralidad puede conducirnos a sustentar la existencia de distintos espacios



sociales o sociedades determinadas en espacios geográficos, en espacios virtuales, en espacios temporales, etc.

Cada espacio social al compartir relaciones sociales, económicas, culturales, identifica formas de convivencia (relaciones sociales cohesionadas).

Estas formas de convivencias comparten una idea de “orden legítimo” o, en términos más genéricos, comparten ideas de LO JUSTO que delimitan tales relaciones en cada uno de sus ámbitos que consideraran relevantes.

Al compartir una idea de LO JUSTO estas formas de convivencia también comparten reglas, normas, procedimientos, instituciones (cuerpos normativos) y formas particulares como aplican, modifican, enseñan tales reglas, normas, procedimientos e instituciones. Esto último es lo que significa normalmente Derecho o Sistema Jurídico, en términos técnicos.

Es más, al interior de cada espacio social y forma de convivencia hay prácticas que no se institucionalizan o normativizan, quedando en la conciencia de la gente como “derecho consuetudinario” (acción social “tradicional” o habitual). Cada sociedad tiene su “derecho consuetudinario”.

Es este el concepto de Pluralismo Jurídico en su forma “sustantiva” o “valorativa”. Se trata de la Justicia o el Derecho que en términos de contenidos o valores se entreteje e identifica en cada espacio o forma social tornándose legítimo, en términos institucionales, a su interior.

Pero a su vez, hay otro plano en el que el teorema del Pluralismo Jurídico se manifiesta. Este es el que corresponde a la situación en que cada espacio social y sus formas de convivencia reaccionan frente a los conflictos (internos o de relación con otros grupos sociales):

Al interior de cada espacio social y forma de convivencia, así como hay una idea de LO JUSTO que se torna Derecho o Sistema Jurídico, hay otro lado de LO JUSTO que reacciona frente al conflicto.

Cada grupo social identificado con esa forma de convivencia en cada espacio social entreteje propios mecanismos para enfrentar el conflicto. Así cada grupo fija o interpreta sus conflictos, clasificando los que considera relevantes para atenderlos y dejando en un segundo nivel los que cree que pueden resolverse bajo otros mecanismos. En ambos casos el propio grupo identifica órganos de resolución, que pueden ser

desde las propias partes intervinientes del conflicto (autocomposición del conflicto) hasta terceros mediadores o árbitros.

Al lado de los órganos de resolución se identifican o construyen procedimientos de resolución que en unos casos puede ser más formal o ritual y en otros casos puede ser más sencillo, dinámico o pragmático.

Como cierre del procedimiento de resolución cada grupo también construye sus acuerdos o decisiones finales con los que resuelven sus conflictos. Desde mutuos acuerdos hasta una variedad de sanciones se construyen dentro de este propósito.

Finalmente, con el fin de terminar y no solo resolver el conflicto cada grupo social (como forma de convivencia de cada espacio social) identifica propias formas de ejecución: desde formas personales con intervención de la familia, hasta formas despersonalizadas a través de un tercero desconocido (“imparcial”) como ocurre en determinado juzgados.

Este segundo nivel del teorema es lo que podríamos denominar el plano de la materialización de la Justicia o el Derecho de cada grupo social identificado como forma de convivencia en un espacio social. Es la forma como el grupo reacciona frente al conflicto con el fin de reivindicar su “orden legítimo”.

Consideramos que ambos planos del Pluralismo Jurídico se dan en las diversas sociedades del mundo. Con variaciones en uno u otro sentido, cada grupo social o sociedad comparte una manera como se valora LO JUSTO sobre sus actividades sociales, económicas y culturales cotidianas, pero también como se reivindica LO JUSTO frente al conflicto¹¹.

Al lado de esta conceptualización de LO JUSTO en términos plurales identificado en cada espacio social, cabe referir las distintas formas de pluralismo jurídico que se ha dado en términos geográficos y espaciales. Se suele hablar de tres tipos de pluralismo jurídico:

- Pluralismo jurídico “clásico”,
- Pluralismo Jurídico “moderno” o “contemporáneo”.
- Pluralismo Jurídico “Transnacional”.

Las dos primeras modalidades se refieren a la clasificación que hace Sally Engle Merry (1988) a través de los cuales distingue el pluralismo jurídico en espacios sociales diferentes. El pluralismo jurídico “clásico” se refiere a espacios sociales coloniales o postcoloniales en los que un



ordenamiento jurídico de tipo moderno u occidental (colonizador) ejerce un dominio histórico sobre el ordenamiento jurídico tradicional o nativo (colonizado). El pluralismo jurídico “moderno” o “contemporáneo”, en cambio, se reproduce en espacios sociales industrializados o modernos en los que el ordenamiento jurídico estatal se relaciona con otros ordenamientos jurídicos aparentemente “menores” de tipo moderno como las organizaciones sindicales, los grupos religiosos, las empresas o cooperativas, etc.

El tercer tipo de pluralismo jurídico corresponde a la explicación que hace Boaventura de Sousa Santos (1998) cuando se refiere a la “globalización del derecho” tratando de subrayar el significado de la *Lex Mercatoria*. Se trata del desarrollo de un nuevo tipo de interrelación jurídica que se manifiesta en la sociedad a partir del desarrollo de la economía de mercado, en el que las empresas transnacionales se presentan como los principales actores “sociales” del mundo. El pluralismo jurídico a través de dichas empresas transnacionales se explica de la siguiente manera: se trata de ordenamientos jurídicos empresariales que, a través de la importancia de sus inversiones, negocian o interactúan con los Estados (derechos Estatal), con las organizaciones internacionales (derechos Internacional) y con las propias organizaciones locales o del lugar cuyas materias primas desean explotar (derechos “consuetudinario” o local)¹².

El conjunto de esta conceptualización y tipificación del pluralismo jurídico es el que orienta su identificación como teorema central para un análisis socio-antropológico del derecho. Hablar de Pluralismo Jurídico es hablar de una manera valorativa de identificar LO JUSTO en un grupo social, pero también la manera como este grupo frente al conflicto materializa su misma concepción de LO JUSTO. En el mismo sentido hablar de Pluralismo Jurídico es hablar de una variedad de tipos que se confunden entre el lo “tradicional”, lo “moderno” y lo “transnacional”.

Por ejemplo, si es que quiero analizar un tipo de conflicto en un grupo social determinado, como el caso del ajusticiamiento de abigeos en la comunidad El Rosario de Huancavelica¹³, o en el pueblo Loma Negra de Piura¹⁴, cabría distinguir la conceptualización y tipificación antes planteada. Cabría preguntarse por el Pluralismo Jurídico en sus dos planos, valorativo y reivindicatorio, con el fin de comprender inmediatamente los comportamientos sociales que hubo identificado al grupo Comunidad El Rosario y el Pueblo Loma Negra. Pero también, resulta-

ría conveniente identificar el tipo de pluralismo jurídico que a su vez ayudaría a comprender el conjunto de ordenamientos jurídicos en conflicto. En el caso de El Rosario no habría duda que se trata de un pluralismo jurídico “clásico” o “tradicional” que confronta la concepción de LO JUSTO del ordenamiento jurídico de una comunidad campesina con el que corresponde al Estado. En el caso de Loma Negra, en el supuesto de tratarse de un pueblo urbano y rural a la vez, es probable que los tipos se confundan entre el “clásico” o “tradicional” y el “moderno” o “contemporáneo”; dependiendo de cada uno de estos tipos de pluralismo jurídico las relaciones del concepto de LO JUSTO del pueblo de Loma Negra variará respecto al ordenamiento jurídico del Estado.

En suma, recapitulando el conjunto de elementos de nuestro análisis socio-antropológico del derecho podemos afirmar que el teorema del Pluralismo Jurídico nos ayuda a contextualizar el caso objeto de investigación o el conflicto objeto de resolución. Una vez contextualizado podemos recurrir a analizar las conductas o comportamientos de quienes participan en el caso o conflicto. Esto nos garantiza un acercamiento profundo hacia los hechos o el nivel de LO EMPÍRICO o FÁCTICO. Solo después de analizar y encontrar estos hechos es que es posible conjugarlo con el Derecho Normativo que pretendemos aplicar. Estas normas sólo tienen sentido en tanto orientan una explicación o solución que respeta LO JUSTO del grupo vinculado al caso o conflicto de referencia.

6.- El uso de técnicas metodológicas de campo

Los hechos de un caso de investigación o un conflicto objeto de resolución solo pueden ser aclarados o afirmados a partir de una recopilación de información vinculada a los comportamientos de los miembros del grupo social. Esta recopilación de información sólo es posible a través de lo que se conocen como técnicas o instrumentos metodológicos vinculados (directa o indirectamente) a un trabajo de campo. El análisis socio-antropológico del derecho siempre requiere de información vinculada a un trabajo de campo.

Un investigador de las ciencias sociales o del derecho, como un juez que juzgará un determinado caso puesto a su despacho, requieren de la información de campo para entender el tema objeto de investigación o el conflicto objeto de resolución. Son las técnicas o instrumentos de campo o técnicas empíricas las que ofrecen el



mejor camino para entender “la VERDAD” que se sustentará en el tema de investigación o conflicto a resolver.

Para el análisis socio-antropológico propuesto distinguimos entre técnicas metodológicas de tipo inductiva y de tipo deductiva. Las técnicas inductivas son las siguientes:

- Observación *in situ* de los comportamientos de los actores del grupo social. Esta observación puede ser participante (observación compartiendo las actividades del grupo social de estudio) y no participante (observación como tercero o visitante “neutral”).
- Entrevistas, que pueden ser personales o a través de medios de comunicación (cartas, correo electrónico, otros).
- Revisión de documentos, *in situ* o a través de copias de los mismos.
- Reuniones grupales con autoridades o personalidades del grupo social.
- Informes específicos o preliminares realizados sobre el tema o el conflicto objeto de atención en el grupo social.
- Encuestas cortas, aplicadas sobre una muestra pequeña del grupo social vinculado al tema o el conflicto de atención.

De otro lado, las técnicas metodológicas deductivas serían las siguientes:

- Encuestas aplicadas sobre universos grandes o macros, tomadas con el apoyo de terceros y bajo una planificación específica en cuanto al cuestionario, las fechas de aplicación, y el grupo sobre el que se aplicará.
- Informes etnográficos realizados por terceros sobre el grupo o grupos objeto de investigación.
- Estadísticas, de tipo gubernamental o institucional-privado, sobre los temas o conflictos vinculados al grupo social de investigación.
- Literatura bibliográfica sobre los temas o conflictos o el propio grupo social de investigación.

Ambos tipos de instrumentos metodológicos se complementan; sin embargo, dependiendo de los tipos de trabajos de pondrá un mayor énfasis en el uso de los mismos. Por ejemplo, si el interés de una investigación es recurrir a comprender los sistemas de resolución de conflictos de un grupo de comunidades andinas quechuas o aymaras, las técnicas inductivas resultan prioritarias. Para ello la observación participante y no participante, así como las entrevistas y la revisión de documentos *in situ* se presentan como

técnicas indispensables. En el uso de la observación participante, por ejemplo, es como se consigue la confianza de las personas del grupo para acceder a la información buscada. No es posible entender los conflictos de una comunidad andina si es que no estamos en el lugar compartiendo con ellos algunas interrogantes como las siguientes: cuáles son sus conflictos, quiénes intervienen en su resolución, cómo resuelven, bajo qué acuerdos o decisiones finales, cómo terminan el conflicto, etc. Es más, a partir de esta observación participante es que se consiguen condiciones favorables para la aplicación de entrevistas, facilidades para que se presten y analicen los documentos de las comunidades de estudio y hasta las propias reuniones grupales con sus autoridades o personalidades.

Otro tipo de investigación, como el estudio de la crisis del Poder Judicial o de los procesos de Reforma del mismo Poder Judicial, puede estar basado más en técnicas metodológicas deductivas. Aquí se requerirá conjugar las encuestas bajo un amplio universo, las estadísticas gubernamentales y de instituciones privadas, así como los diversos informes y literatura bibliográfica desarrollados sobre el tema o los temas de investigación. Tratándose del estudio de una institución nacional, como ocurre con el Poder Judicial, se requerirá elaborar el cuestionario apropiado para recoger toda la información pensada y estructurada en nuestro diseño de investigación, identificar una muestra representativa de los jueces u operadores del derecho a quienes se aplicará la encuesta, así como fijar la oportunidad en la que se materializaría la misma encuesta. A la encuesta aplicada se suma información estadística sobre los tipos de conflictos (demandas o denuncias), carga judicial, formas de resolución, duración de los procesos, sentencias absolutorias o condenatorias, reos en cárcel, montos indemnizatorios, etc., la que se puede registrar en forma mensual, anual o bajo otros períodos. En forma complementaria, antes y después de aplicada la encuesta, la consulta de informes y bibliografía sobre el tema completa una red de fuentes de información que enriquecerá el proyecto de investigación.

La complementación de ambas técnicas metodológicas, en uno u otro caso, también puede destacarse. A nuestro estudio sobre resolución de conflictos en un grupo de comunidades andinas, podemos sumar una encuesta sobre una muestra regional o nacional, así como el análisis estadísticos y de informes regionales sobre el tema. En el mismo sentido, a nuestro estudio sobre la crisis del Poder Judicial o los procesos



de Reforma aplicados al mismo, puede sumarse el uso de técnicas de observación participante aplicados en un juzgado, secretaría o corte de un Distrito Judicial, dentro del propósito de entender los límites o necesidades de los operadores del derecho, así como los límites del sistema judicial propiamente.

De otro lado, cabe referir que las técnicas metodológicas de campo también resultan de importancia en el análisis de conflictos específicos asumidos por jueces o magistrados que actúan como terceros imparciales. Un caso de violencia física que tiene como víctima a una mujer o a un niño, requiere de información proporcionadas por terceros, en los que se incluyen los abogados de las partes en disputa, pero también puede enriquecerse de la información que en forma directa y por propia iniciativa recopile el juez. En determinados casos el juez puede recurrir a una observación *in situ* –participante o no participante– de las condiciones en las que se desenvuelven los miembros de la familia en disputa, pero también puede recurrir a encuestas de terceros –y si fuera posible a la elaboración de una encuesta propia–, como a los informes etnográficos o descriptivos realizados por terceros sobre el tema o el grupo social al que pertenecen las partes en conflicto. El interés por “una verdad” de los hechos, a partir de la iniciativa y del apoyo institucional que recibirá el juez, puede garantizar el éxito del análisis socio-antropológico del derecho aplicado al conflicto.

Al igual que el caso citado, puede señalarse como conflictos en los que resulta indispensable el uso de las técnicas metodológicas de campo del análisis socio-antropológico del derecho aquellos en los que se ven involucradas partes que pertenecen a una cultura diferente de la que pertenece el juez juzgador, y aquellos conflictos en los que las partes pertenecen cada una a culturas diferentes. En el primer supuesto tenemos los conflictos derivados de un matrimonio cuya pareja pertenece a una comunidad amazónica chayahuita, por ejemplo; en tanto en el segundo supuesto tenemos los conflictos derivados de un matrimonio en el que uno de los esposos es chayahuita, y el otro es “mestizo” identificado con la cultura “occidental”. En ambos casos, es importante reiterar la importancia del juzgador por identificar “la verdad” DE LOS HECHOS (validez fáctica), para lo que es indispensable el uso de técnicas inductivas o deductivas señaladas.

7.- A manera de conclusión: perspectivas de campos de aplicación

El análisis socio-antropológico del derecho descrito en líneas anteriores, es aquel que se desarrolla sobre la base de diversidad de corrientes del Derecho y teniendo como referente el estudio de contextos determinados o específicos. Entre sus elementos centrales hemos destacado que es una corriente de opinión que tiene sus postulados básicos en el empirismo, la causalidad y el relativismo heredados de la escuela Histórica del Derecho del siglo XIX. Asimismo, se ha explicado que dicha forma de análisis recurre al estudio de los comportamientos sociales vinculados al Derecho, a través de la acción social y las relaciones sociales, como estrategia de estudio o explicación. En el mismo sentido, la propuesta de análisis socio-antropológico del derecho tiene como teorema el concepto de pluralismo jurídico identificado teórica y fácticamente en un plano valorativo y otro reivindicativo y tipificado en su sentido “tradicional”, “moderno” y transnacional. Por último, hemos destacado de la misma propuesta de análisis, el uso de técnicas metodológicas vinculadas al trabajo de campo, en los que destaca como técnica inductiva la observación participante y como técnica deductiva la encuesta aplicada en universos macros.

Dicha propuesta de análisis se presenta, unida en todas sus partes, como un instrumento teórico-metodológico para comprender la realidad y teoría del Derecho en sociedades pluriculturales o socio-culturales plurales, identificados con diversos grupos culturales y con diversas formas de discriminación por razones de género o clase social. El contexto de países como el Perú ha sido identificado como un ejemplo de estas sociedades socio-culturales plurales, pero en el mismo sentido la mayoría de países latinoamericanos, africanos, mediterráneos y orientales pueden compartir, con mucha o cierta semejanza, el mismo ejemplo.

La aplicación de la propuesta de análisis puede estar orientada, tal como se ha intentado explicar, a dos frentes. De un lado, el campo de la investigación académica y de otro lado el campo de la labor judicial o la resolución de conflictos específicos. En el primer campo es común el desarrollo de investigaciones sobre las instituciones, las reglas o procedimientos de los diversos grupos culturales que se integran en un territorio determinado a un Estado. Estudios como el de propiedad, costumbres, formas de resolución de conflictos, sistemas penales y matrimonio vinculados a comunidades andinas o amazónicas, son el referente de casos aplicados en el Perú. En cualquiera de ellos puede girar un inicial análisis socio-antropológico del Derecho, y de allí ex-



tenderse a otros temas como el de organización local o regional, relaciones de poder, formas de participación, interculturalidad, etc. Con ello, el análisis socio-antropológico del derecho ayudaría a entretrejer formas de organización y participación de los diversos grupos culturales, dentro de un criterio empírico, causal y relativo de administración del poder político.

En el mismo sentido, el análisis socio-antropológico del Derecho puede ingresar al campo de los casos judiciales contribuyendo en la labor del operador del derecho y en una mejor receptividad en la población de esta labor. Casos como el homicidio o ajusticiamientos, lesiones graves, relaciones matrimoniales, violaciones, y otros, que comprometen a personas de culturas diferentes, pueden ser mejor racionalizados a partir del estudio de los comportamientos sociales, la aplicación de la teoría del pluralismo jurídico y la metodología de campo. La preferencia por una VALIDEZ FACTICA sobre la VALIDEZ IDEAL se presenta como un reto de análisis y razonamiento en el operador del derecho. Un aspecto que contribuye a este razonamiento es el hecho que los sistemas judiciales cada vez más van aceptando el uso de instrumentos interdisciplinarios, lo que, a su vez, favorece el uso del análisis socio-antropológico del derecho propuesto.

Al margen de los temas planteados para los campos de investigación jurídica y labor judicial, cabe referir que el análisis socio-antropológico del derecho puede ingresar a cada uno de las áreas, instituciones o conceptos del Derecho entendido en su sentido tradicional o clásico: el Derecho Constitucional, el Derecho Civil y el Derecho Penal, por ejemplo. En el área del Derecho Constitucional un análisis socio-antropológico puede iniciar la discusión de lo que podríamos entender como “conciencia jurídica popular” en un territorio socio-cultural plural como el peruano para luego elaborar o plasmar una, o más de una, Constitución Política adecuada al mismo.

Si es que repasamos el texto “¿Qué es el Tercer Estado?” de Manuel José Conde de Sieyes (1973) y lo relacionamos con lo que se conoció como el primer Estado vinculado con el Clero, y el segundo Estado vinculado con la Nobleza o Monarquía francesa del siglo XVI – XVIII, podríamos decir que en países como el nuestro aún vivimos en este contexto. Dos tercios de la ciudadanía en la sierra, selva y costa del país no han participado y no participan de las decisiones que se dan en la capital Lima a través de sus instituciones centrales del Estado. Si bien no hay un “Estado del Clero”, sí hay un “Estado” de un

oligarquía empresarial nacional o transnacional que ha recurrido a un respaldo de las fuerzas armadas para su consolidación, y si bien no hay un estamento monárquico de segundo nivel, hay un grupo de profesionales y burócratas (tecnócratas) que actúan en el Estado como si así lo fueran.

Un análisis socio-antropológico del derecho orientaría, en el campo de la investigación como en el análisis de casos judiciales, el reconocimiento de ese “Tercer Estado”, que significa reconocer el poder de decisión y constante participación de las diferentes sociedades, organizaciones o grupos sociales del país más allá de las organizaciones o instituciones del Estado Central que opera desde Lima. Una constitución para el Perú partiría reconociendo un país plurisocial y pluricultural en la ley y en la operación de ésta (ambos aspectos muy ligados), así como en la estructura, en las instituciones, en los organismos constitucionales y no constitucionales. Un análisis socio-antropológico del derecho no resumiría tal pluralidad a una simple proclamación general de considerar a “todos iguales y con los mismos derechos” encubriendo las diferencias y desigualdades reales de quienes no pueden alcanzar tal igualdad formal.

El área del Derecho Civil también se puede considerar un espacio de aplicación del análisis socio-antropológico del derecho. Bajo este análisis cabría sustentar en forma más amplia –a la aprendida regularmente en las Facultades de Derecho– qué es familia, qué es propiedad, qué es obligación, qué es contrato.

En contextos como el peruano no es lo mismo la persona andina, el adulto y niño andino, de la persona, adulta o niño, amazónica; como tampoco las personas de estos espacios geográficos culturales se asemejan al adulto o niño costeño de las grandes ciudades. En el mismo sentido, hay otra concepción de familia, de relación familiar o parental. En algunas sociedades, como hemos indicado, el niño es conceptualizado como fuerza de trabajo, que acompaña a los padres desde temprana edad; en otras sociedades, el niño aparece como un “artículo de lujo” que recibe todo el apoyo para su educación y recreación. La definición de familia en algunas sociedades se restringe a los padres y los hijos, en otras se extiende a los tíos, abuelos, padrinos y otros familiares más.

De otro lado, sabemos del Código Civil oficial que la propiedad se distingue de la posesión, siendo ésta un atributo de la primera. Pero en otras sociedades de nuestro mismo país po-



demos afirmar que no se suele distinguir entre posesión y propiedad. Los pobladores de estas sociedades suelen decir “lo mío es mío y basta”. Grandes sectores urbano marginales y rurales se mueven bajo este criterio. En el mismo sentido se entretajan distintos tipos de obligaciones que van más allá de la prestación recíproca impersonal que solemos entender del Código Civil oficial. En algunas sociedades las obligaciones están fundadas en un poder sobrenatural que lleva a pensar que las cosas deben volver a su lugar de origen para evitar “castigos de la naturaleza”. Asimismo, las obligaciones están fundadas en una relación personal y familiar que vuelve prioritaria la propia organización del grupo: el *Ayni* o la *Minka* son dos ejemplos. **Por último podemos hablar de tipos de contratos cuyos contenidos no son entendidos por igual en todo tipo de sociedades. Sobre el contrato de compra-venta existe con prioridad el contrato de trueque o intercambio simple, o frente a los contratos de locación existen los “contratos al partir”. Estos ejemplos de contratos pueden conducirnos a afirmar que no es prioritario la calidad individual de las personas y el interés de lucro de las mismas como reconoce el Código Civil, sino que pueden estar fundados en un interés de solidaridad que escapa o accesoriamente es reconocido en el mismo Código.**

En el mismo sentido podemos reflexionar el Derecho Penal desde una perspectiva socio-antropológica. Si bien en esta área es la criminología crítica la que ha contribuido desde un punto de vista social a un análisis profundo, siempre quedan aspectos por comentar. Uno de estos aspectos de discusión está relacionado a la dificultad de definir DELITO en una sociedad pluricultural. ¿Es lo mismo el Delito en una sociedad quechua, asháninka, shipiba y aymara, como lo es en la sociedad urbana?. ¿Es el bien jurídico protegido el mismo en cada una de estas sociedades?. ¿Puede hablarse de delitos contra la libertad sexual, o contra la vida, o contra el patrimonio, bajo una misma concepción, en las diferentes realidades que identifica países como el Perú?.

Una situación particular puede apreciarse en los casos de ajusticiamientos de abigeos o ladrones que se suscitan en las comunidades andinas y amazónicas y en los pueblos jóvenes. El tema no es fácil, pero cabe que se reflexione. ¿Qué es lo que produce que las poblaciones reaccionen en dicho sentido?. ¿Es solo la ausencia de autoridades, del Estado, o es que también se trata de actos o comportamientos culturales? ¿Es posible o una necesidad que la efectividad de los

pobladores de estas comunidades o asentamientos humanos que ciertamente no coinciden con el concepto de Bien Jurídico Protegido desde el Código Penal continúen?. Frente a estas interrogantes la propuesta de análisis socio-antropológico del derecho seguro puede contribuir a muchas respuestas.

Seguro que hay muchos temas más por analizar, pero lo dicho hasta aquí puede graficar lo complejo y urgente que significa asumir un análisis socio-antropológico para países socio-culturales plurales como el Perú.

8.- Bibliografía

Habermas, Jurgen (1987): Teoría de la acción comunicativa, Madrid: Taurus, 2 vol.

Hernández Gil, Antonio (1945, 1971): *Metodología del Derecho*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

Kupé, René (2000): “Pluralismo jurídico en el Neoliberalismo? Unas reflexiones críticas sobre el proyecto Camisea de la Amazonía Peruana, Arica: Documentos de Congreso *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio*

Merry, Sally Engle (1988): “Legal Pluralism”, en *Law and Society Review*, volumen 22, número 5.

Peña Jumpa, Antonio (1998): *Justicia Comunal en los Andes, el caso de Calahuyo*, Lima: Fondo editorial de la PUCP.

Peña Jumpa, Antonio (2000): “Castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos, reflexiones a partir de los aymaras del Sur Andino”, en: *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, 36-37, p.215-231.

Santos, Boaventura de Sousa (1998): *La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e ILSA.

Sieyes, Manuel José conde de (1973): *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid: Aguilar, 1973.

Szablowski, David (2001): “Interacción de la normatividad local, nacional y transnacional. Relaciones entre una empresa minera y poblaciones rurales de la sierra”, Lima: Seminario Antropología y Derecho, rutas de encuentro y reflexión.

Treves, Renato (1988): *Sociología del derecho*,



Barcelona: Ariel.

Weber, Max (1969): *Economía y sociedad, esbozo de la sociología comprensiva*, México: Fondo de Cultura Económica.

UNESCO (1997): *Nuestra Diversidad Creativa, Informe de la Comisión Mundial de Cultura y desarrollo*, Madrid: Edición Unesco.

NOTAS:

- ¹ El presente ensayo ha sido elaborado teniendo como antecedente su sustentación en dos conferencias: la Conferencia sobre Teoría General del Derecho organizado por la Revista "Derecho y Sociedad" y el Colegio de Abogados de Lima, del 3.11.2000, así como en la I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, sección Perú, titulada "Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión", del 7,8 y 9.02.2001.
- ² Para fines del ensayo, contextualizamos el Perú como un país plurisocial y pluricultural, en el que se identifican cuando menos 49 grupos étnicos diferentes (Perú, Censo Nacional 1993), y donde el 60% de su población (de una total de 24 millones aproximados) vive con menos de dos dólares diarios (Informe del Banco Mundial, 1999, 2000).
- ³ Ver al respecto el artículo titulado "Los castigos de la Naturaleza como actos jurídicos y ecológicos" (Peña, 2000).
- ⁴ Arequipa, Piura y Puno son 3 de los 24 Departamentos políticos del Perú.
- ⁵ Catacaos, Camaná y Huancané son provincias que forman parte, respectivamente, de los Departamentos de Piura, Arequipa y Puno.
- ⁶ Vegetales acuáticos que crece a orillas de los lagos del altiplano.
- ⁷ Los exegetas franceses llegaron a afirmar en términos literales lo siguiente: "...Todo está en el "Code". Más allá o más acá, antes o después, nada hay. El jurista tiene que acercarse a él con esta convicción, que ha de ser regla de su conducta. Solo le queda discurrir, deducir, ceñido a la letra y a la lógica. La capacidad de previsión del legislador es absoluta....." (Hernández Gil, al referirse a la Escuela Francesa de la Exégesis, 1945: 55).
- ⁸ La definición de Derecho en Weber no deja de ser interesante y suscitar una mayor reflexión. Así, siguiendo a Treves que presenta una interesante síntesis de Weber, el Derecho es definido por este último como "el ordenamiento legítimo cuya validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de una coerción física o psíquica por parte de la acción, dirigida a obtener la observancia o a castigar la infracción, de un aparato de hombres expresamente dispuestos a tal fin" (Treves, 1988: punto 28.2).
- ⁹ Weber (1969) diría que este tipo de análisis es diferente al que corresponde al Derecho Puro (el de la escuela dogmática del Derecho, por ejemplo). En éste, diría Weber, el análisis se queda en la norma y su interpretación lógica-sistemática y, en todo caso, analógica, lo que identifica una *validez ideal* (1969: 251). En el análisis de los actos y representaciones sociales de las normas, Weber afirmaría que lo que hay es una atención de los hechos concretos, del devenir real de las personas o las representaciones que se hace ésta, al que denomina *validez empírica* (Loc. cit).
- ¹⁰ La UNESCO, a través de un interesante informe interdisciplinario, identifica cuando menos 10,000 sociedades distribuidas en aproximadamente 200 Estados (1997: 11).
- ¹¹ Un desarrollo minucioso de estos dos aspectos de Lo Justo en relación al concepto de Justicia y de Pluralismo Jurídico puede consultarse en Peña (1998), particularmente en el primer y último capítulo.
- ¹² Ejemplos de este tipo de pluralismo jurídico es posible apreciar en distintas partes del mundo, particularmente en los países denominados "en vías de desarrollo". En el caso del Perú se puede apreciar en la explotación de los minerales de los Andes (ver a Szablowski, 2001) o en la explotación del petróleo de la amazonia (ver a René Kupé, 2000).
- ¹³ Ver La República, Informe del 20 de noviembre de 1994: "Campesinos se hacen Justicia" redactado por Francisco Mattos. pp. 24-25.
- ¹⁴ Ver El Comercio, de fecha 30 de mayo de 1999: "En busca de verdadera justicia", informe redactado por Johnny Obregón Rossi, pp. a17. En la sumilla del informe se lee: "Todo un pueblo cegado por la ira y la sed de venganza asesinó a un ladrón de ganado. Ahora la misma justicia que exigían a voz en cuello y a los cuatro vientos los ha puesto en el banquillo de los acusados".



Perú: Post 11 de setiembre

¿De qué modo nos afecta la nueva agenda antiterrorista norteamericana?

Vilma C. Balmaceda Vargas
Profesora de Derechos Humanos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Treinta mil muertos y más de seis mil desaparecidos. Estas cifras son el resultado de la sanguinaria ideología de los grupos armados y la inadecuada política antisubversiva que se aplicó en nuestro país en las décadas ochenta y noventa. Si bien el terrorismo en el Perú nunca logró el desequilibrio estratégico del aparato estatal, sí puso en evidencia las incapacidades e inoperancias de nuestro sistema para mantener la seguridad de los ciudadanos y sancionar a los responsables. Detrás de cada uno de estos números no sólo se ha ocultado el dolor y la miseria de aquellos a quienes golpeará directamente esta forma de violencia extrema, estas cifras también significan la deuda pendiente que tiene nuestra sociedad de sincerarse con su pasado, de enfrentar las causas estructurales que permitieron tal barbarie, y de esforzarse por restituir y reparar, en la medida de lo posible, los derechos de las víctimas y sus familiares, proceso que constituye requisito indispensable para intentar alcanzar en algún momento futuro la reconciliación nacional.

Mientras con gran dificultad, la sociedad peruana, de manera dispareja y en ciertos aspectos, inconsistente, está tratando de llevar adelante un proceso de búsqueda de la verdad y de lucha contra la impunidad, ¿cuál es el contexto internacional en que enfrenta estos desafíos?

Los atroces acontecimientos del 11 de setiembre del 2001 han producido un cambio sustantivo en la política de Washington. Si bien este cambio, como varios analistas ya han destacado, no significa necesariamente que los problemas hayan cambiado, lo que sí ha cambiado es la óptica con que el gobierno norteamericano ve al resto del mundo. Sin duda, las consecuencias de este cambio son trascendentales.

No obstante el decidido apoyo que los países latinoamericanos mostraron al gobierno de Estados Unidos tras los ataques a las Torres Ge-

melas y al Pentágono, la principal constatación que se puede hacer como producto de este cambio de óptica es que hay una enorme distracción del gobierno norteamericano en lo que respecta a sus relaciones con sus "aliados" latinoamericanos. Ya que el escenario de la guerra está, al menos por ahora, en otra parte del mundo, es previsible que Estados Unidos destine aún menos recursos y atención a nuestra región.

La única excepción de esto es por supuesto Colombia. Y al involucrarse en Colombia, como se apreció en la reciente visita de Richard Haas, Director de Política y Planeamiento del Departamento de Estado a Brasilia, la política norteamericana ha comenzado ya a presionar por conseguir el apoyo de los países vecinos en un enfrentamiento militar contra "los terroristas" y "los narcotraficantes", entre quienes ya no hace la más mínima distinción. Al respecto, es público que Ecuador ha creado ya dos divisiones para hacer frente a las FARC en el norte de su territorio. Sin duda, nosotros necesitamos fortalecer los puestos militares en nuestra larga frontera con Colombia, a fin de evitar la infiltración, que según algunos advierten, estaría en proceso. Pero una cosa es reforzar la protección de nuestras fronteras y otra substancialmente distinta es integrar la fuerza multinacional pretendida por Estados Unidos, respecto de la cual, afortunadamente, se ha pronunciado el Ministro Loret de Mola indicando la negativa del gobierno peruano a participar en un eventual proyecto de esta naturaleza.

El nuevo esquema que pareciera estarse consolidando en la administración Bush, trae como consecuencia lógica que ahora, con el objeto de obtener la atención del poder hegemónico, los gobernantes latinoamericanos se esfuerzan por presentar sus prioridades y necesidades crecientemente en función de la guerra contra el terrorismo.



Por supuesto, una buena noticia para el Perú sería que este cambio en el contexto de sus relaciones con los Estados Unidos impulsara a nuestro gobierno a por fin enfrentar decididamente las raíces de marginación y falta de equidad que, combinadas con medidas de inteligencia y seguridad interna en un Estado de Derecho, permitan combatir de manera integral los rezagos del terrorismo. Lamentablemente, basta la simple observación de la forma en que Bush está llevando adelante su “guerra contra el terrorismo” para darnos cuenta que no existe intención de encarar las raíces del problema y por ello, tampoco habrá incentivos reales para que nosotros lo hagamos. Los bombardeos en Afganistán, las violaciones a libertades civiles de cientos de detenidos después del 11 de setiembre y las nuevas alianzas con gobernantes de sombríos récords en materia democrática y de derechos humanos, son evidencia de cómo el actual gobierno norteamericano concibe su nueva misión en el mundo.

Esta poderosa influencia sobre un régimen político tan frágil como el peruano, hace patente el riesgo de que los temas pendientes relacionados con la subversión, el narcotráfico y la pacificación nacional vuelvan a ser vistos desde una perspectiva predominantemente militar. En con-

secuencia, el dogmatismo y maniqueísmo que marcan hoy la dirección de la política norteamericana tienen el potencial de afectar las relaciones civiles-militares –un tema de por sí ya bastante complicado en el Perú– inclinando la balanza hacia una mayor influencia militar en el gobierno de Toledo. Esto sin duda, sería terriblemente negativo para nuestra incipiente democracia y para la agenda pendiente en materia de reforma de la legislación antiterrorista, la vigencia de los derechos humanos y el intento de lograr una reconciliación nacional, temas que podrían correr el riesgo de ser nuevamente reducidos al ámbito del discurso de una minoría “sediciosa”.

Esperar una política más sofisticada de Washington que responda a los verdaderos intereses económicos, sociales y políticos del Perú parece ser una ilusión lejana. Es claro que no habrá mayores incentivos desde Washington para proseguir con el proceso de consolidación de un gobierno civil, democrático y que promueve la vigencia de los derechos humanos. De allí la trascendencia de que este proceso sea impulsado por la actitud vigilante y constructiva de los distintos sectores de la sociedad civil. Valga la advertencia.

Clausura del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional

(México, 15 de febrero de 2002)

Palabras del Doctor Germán J. Bidart Campos

Autoridades y amigos todos:

Voy a empezar con un recuerdo bíblico. El Evangelio nos cuenta que cuando Jesús subió al monte Tabor se transfiguró delante de sus discípulos Pedro, Santiago y Juan, apareciendo también Moisés y Elías. Pedro le dijo entonces: Qué bueno es estar aquí; hagamos tres carpas, una para ti, otra para Moisés y otra para Elías. Y se olvidó de él y de sus compañeros. Y yo quería empezar diciendo lo mismo: ¡Qué bueno es estar aquí!

Desde el corazón debo confesarles que personalmente me siento muy bien cada vez que vengo a México, donde tuve la suerte, gracias a Dios y a los amigos, de llegar por primera vez para el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en 1975.

Yendo a este VII Congreso que hoy concluye, hay un hilo conductor en las distintas mesas temáticas que han sido objeto de desarrollo en estos tres intensos días. Como hoy nos recordaba Néstor Pedro Sagüés en el homenaje a don Pablo Lucas Verdú, son muchos los aportes que nos ha dejado. Cada cual elige a su gusto el que más hondamente le ha calado. Yo opto por la distinción entre el “estado-aparato” y el “estado-comunidad”, o en otros términos: el Estado en el ámbito de la organización del poder, y el Estado en el ámbito de las personas que componemos la sociedad y que convivimos en un espacio territorial bajo un orden jurídico determinado.

Entonces, me haría esta pregunta: ¿cuáles temas entre los ocho que nos convocaron, pertenecen al “estado-aparato” y cuáles al “estado-comunidad”? Y llegué a la conclusión de que todos los temas tienen un pie puesto en cada uno de estos dos ámbitos, aun los que pudiera parecer que no pertenecieran al “estado-comunidad”, como por ejemplo, el tema 5 sobre “sistemas representativos y democracia semidirecta”, o el tema 4: “relaciones entre gobierno y congreso”. En estos dos temas rescato también la presencia de la sociedad, y no solamente la del poder, porque siempre imaginamos una sociedad abierta y un poder abierto, y ahí vamos a encontrar derechos y pretensiones, y vamos a querer que haya

una mediación entre el poder y la sociedad con múltiples protagonistas que tengan suficiente activismo, para que desde la sociedad le llegue al poder todo lo que aquellos protagonistas demandan. A su vez, desde el poder hacia la sociedad esperamos que se nos aporte la posibilidad de respuestas favorables a esas demandas.

En otros temas, como el tema 2: “la educación, la ciencia y la cultura”, hay –por supuesto– un estricto nexo con los derechos personales en todo cuanto nos debe proveer el Estado.

No hace demasiado tiempo, a raíz de la reforma de la Constitución argentina en 1994, vengo creyendo que hay bienes jurídicos colectivos, bienes jurídicos que se comparten con toda la sociedad, o con un grupo. Y tanto la educación como la cultura y la comunicación social son bienes jurídicos colectivos, que requieren cuidado desde el poder, a más de prestaciones positivas. O sea, hay ensamble entre algo que atañe al “estado-comunidad” (educación, cultura, comunicación social) y que al “estado-aparato” le demanda políticas sociales activas y propicias.

Los derechos, en suma, son de las personas y se originan en el “estado-comunidad”, pero implican pretensiones frente al poder, porque el “estado-aparato” debe cumplir obligaciones (tanto de omisión para no dañarlos, cuanto de dar y de hacer promoverlos y satisfacerlos). Retomo, entonces, algo que oigo con mucha insistencia y que acojo con mucho beneplácito; es la adhesión al Estado social y democrático de derecho –para tomar el nombre que le asigna la Constitución española– y al constitucionalismo social, del cual los americanos debemos estar orgullosos cuando ponemos los pies en México, porque acá en 1917, con la constitución de Querétaro, irrumpió dos años antes de la Constitución de Weimar.

Entonces, yo digo con todo respeto para quien pueda no compartirlo: ¡NO al neoliberalismo capitalista salvaje! Ese que ha sido condenado por el Papa Juan Pablo II en la encíclica “Centesimus Annus”, porque si el Estado liberal proveyó respuestas favorables en el momento histórico en que tuvo inicio y desde el que se divulgó (y en



buena hora como reacción contra el absolutismo monárquico), todas las cosas tienen su tiempo y tienen su circunstancia. Y hoy el neoliberalismo no da respuesta a las pretensiones de una sociedad que tiene muchas exclusiones, muchas insuficiencias y muchas marginalidades, como lo acaba de destacar el doctor Jorge Carpizo.

Yo creo que entre los derechos nuevos y los contenidos nuevos de derechos viejos, el constitucionalismo social encuentra el anverso y el reverso de un derecho: el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia. Y esto es muy importante para valorar lo que al día de hoy significa la igualdad constitucional, para decir “no” a las uniformidades y a los apelmazamientos. Cómo no vamos a defender el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia en nuestras sociedades, donde tenemos el ancestro de las comunidades indígenas, que invisten el derecho a su identidad y a su diferencia en el trato y en las políticas sociales y económicas. “Por mi raza hablará el espíritu”. Yo con mucho respeto agregaría: “Por mi espíritu hablará mi raza”. ¿Qué raza? ¿Cuál es mi raza? Para contestar cito otra vez al maestro Pablo Lucas Verdú, quien nos enseñó a hablar de “Indoiberoamérica”. Nuestros ancestros, los que nos viene de las comunidades y culturas indígenas, lo que nos viene de la hispanidad, lo que nos viene de la confluencia entre indigenis-

mo e hispanidad indoiberoamericana, ésa es la raza. “Por mi raza hablará el espíritu, y por mi espíritu hablará la raza”. Debemos escuchar al espíritu que habla por mi raza, y a la raza que habla por mi espíritu. Seguramente, el espíritu y la raza nos van a decir que queremos democracia, participación, solidaridad, paz, derechos, pluralismo. Que queremos hacer efectivos los valores que son propios del techo ideológico de nuestra constitución, de su sistema axiológico, del Estado social y democrático de derecho.

Ojalá que en nuestro próximo Congreso Iberoamericano podamos registrar avances. Es un deseo compartido por cuantos estamos hoy aquí, tomados de la mano y del corazón en nuestra confraternidad indoiberoamericana.

Gracias a todos, con mi sincero cariño!



Umberto Eco y la controversia franciscana sobre la propiedad

Fernando de Trazegnies Granda

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

La novela no es –no puede ser, no debe ser– un simple pasatiempo para distraer de sus penas a un lector infeliz y frustrado en su vida diaria, ayudándolo a soñar con lo que no es o con lo que no tiene. La ficción literaria es –debe ser– una perspectiva diferente de conocimiento de la realidad, que nos entrega algo más sobre el mundo en que vivimos que ninguna otra disciplina puede darnos, que nos aporta algo nuevo que nos enriquece. En este sentido, aquello que nos ofrece la novela sólo puede ser transmitido a través del género novelístico. De la misma forma como una poesía nos comunica algo que no puede ser explicado en prosa porque se pierde, así también la novela nos presenta aspectos de la realidad que no pueden ser entregados al lector en un estudio de sociología, psicología o historia. Y, ciertamente, esto no significa que la novela sea un mejor o peor acceso a la realidad que otras disciplinas, sino simplemente que es un acceso distinto, el cual nos aporta una dimensión diferente.

En este sentido, la “ficción histórica” no es una expresión contradictoria: la auténtica novela histórica –es decir, aquella que es verdadera novela pero que, al mismo tiempo, ha sido escrita por alguien con conocimiento histórico profundo– nos hace conocer la época a la que se refiere la trama en una forma inigualable por ningún trabajo “científico” (que indudablemente debe estar en la base de tal novela). Ese tipo de relato de ficción nos cuenta una profunda verdad por medio de mentiras, constituye una “verdad ficta”¹: podemos apreciar esa época no en forma muerta, como quien disecciona un cadáver, sino viviendo su propia racionalidad, sus propios sentimientos, sus costumbres; la novela nos permite acercarnos a la historia como si fuera parte del presente, nos acercamos a la vida que está detrás de la historia.

Umberto Eco es un extraordinario cultor de esta novela histórica que resucita el pasado, que nos muestra no tanto los hechos sino lo que está entre los hechos, la atmósfera en la que se desarrollan los episodios de la historia. Entre sus

obras de ficción, hay dos que son particularmente cautivantes y nos hacen participar de alguna manera de la vida en la Edad Media: “**El nombre de la rosa**” y “**Baudolino**”, la primera situada en la Italia del S. XIV y la segunda en el ambiente que rodea al Emperador Federico Barbarroja hasta la paradójica destrucción de la Constantinopla cristiana por los Cruzados cristianos en nombre de Cristo.

Desde el punto de vista del historiador del Derecho, “**El nombre de la rosa**” tiene un particular atractivo porque sucede dentro del marco de la controversia que opone a los franciscanos contra el Papa por diferencias jurídicas en torno de la institución de la propiedad.

Cuando San Francisco funda su Orden, en el año 1209, propone a sus compañeros la práctica de una pobreza radical, adoptando como regla de vida únicamente el Evangelio. Así puede apreciarse en la Primera Regla, en la que las citas evangélicas son frecuentes, que instituye: el perfecto debía vender todo lo que tiene y dar su importe a los pobres²; hay que despojarse de todo, al punto de dejar de lado bolsa, alforja, pan y hasta bastón³; si alguien nos roba, hay que dejarlo hacer y no reclamar nunca lo robado⁴. Ningún fraile puede recibir pecunia ni dinero alguno, porque hay que darle tan poca importancia al dinero como a las piedras; y cuidado que el diablo puede querer cegar a los hermanos y hacerle interesarse más por el dinero que por las piedras: “*Guardémonos, pues, los que dejamos todas las cosas, no sea que por tan poco perdamos el reino de los cielos*”⁵. Los frailes que sepan trabajar deben hacerlo; y para ello pueden poseer sus instrumentos y recibir lo necesario, salvo dinero. Pero ninguno tendrá habitación propia ni permanente: “*dondequiera que moraren, en los yermos o en otras partes, ningún lugar se apropien ni le defiendan*”⁶. Tampoco pueden tener caballerías para transportarse⁷.

Igualmente, San Francisco suprime todo orden jerárquico, porque el poder que otorga la superioridad jerárquica es una forma de riqueza. Los frailes no pueden tener servidores e incluso



deben ser ellos los servidores de todos los demás ahí donde se encuentren: deben ser los “*menores*” dentro de cualquier agrupación humana⁸. La organización de la comunidad franciscana tampoco puede establecer jerarquías en función del gobierno del grupo ni menos aceptar cargo alguno de autoridad dentro de la Iglesia: “*Ninguno de los frailes tenga poder y señorío, máxime entre sí*”⁹. Ningún fraile puede llamarse “*prior*”¹⁰ porque todos son iguales; y, para internalizar esta igualdad como vivencia, se obliga a que los frailes se llamen hermanos y se laven los pies unos a otros¹¹. Aquel que se encargue de la coordinación tiene que ser llamado simplemente ministro¹², y no debe considerarse en forma alguna como una autoridad sino como el mayor servidor de todos los demás y, por tanto, el último de la comunidad¹³: “*el que quisiera ser mayor entre ellos, sea ministro y siervo de ellos; y el mayor sea como el menor*”¹⁴.

Como puede verse, San Francisco pretendía que los franciscanos vivieran al margen del Derecho, renunciando a todos los derechos individuales (*iura*) tanto sobre los bienes materiales (propiedad) como sobre los inmateriales (poder, honor, etc.). El Derecho quedaba fuera del marco de vida del fraile franciscano y, por eso, no solamente no podía tener propiedad ni autoridad sino que tampoco podía quejarse si le quitaban algo, no debía distinguir entre ladrón, salteador o amigo¹⁵, no podía tener pleitos o demandas entre sí ni con otros¹⁶, tampoco debía recurrir a la justicia si le hicieren un mal, sino presentar la otra mejilla; y si alguien quería tomarle la túnica o el vestido, no debía prohibírselo¹⁷. El común denominador de todas estas situaciones es que el franciscano no puede recurrir al orden jurídico para protegerse porque no tiene nada que proteger: ha renunciado a los derechos subjetivos y, consecuentemente, se encuentra al margen del Derecho creado para proteger ciertos intereses o privilegios (como planteaba Ihering, el derecho es el interés jurídicamente protegido). No podemos decir, en términos modernos, que San Francisco planteara un “*Derecho alternativo*” basado en la idea de comunidad y solidaridad, una suerte de comunismo medieval. De un lado, la Iglesia no solamente permite sino que incluso protege la propiedad; y está organizada jerárquicamente con autoridades de muchos niveles. San Francisco no cuestiona este orden jurídico aplicable a los no franciscanos, el resto de la Iglesia incluida; se limita a decir que él y quienes quieran seguirlo renuncian a todo derecho individual. Y muy claramente prescribe, tomando una cita de la Epístola a los Romanos de San Pablo, que “*el que no come no juzgue al que come*”¹⁸. De manera que no hay en su prédica ninguna incitación a la revolu-

ción social sobre la base de nuevos principios: se trata simplemente de una opción de vida, respetuosa de otras opciones posibles. Y es así como lo entiende la Iglesia, por lo que Inocencio III aprueba esa Primera Regla.

Pero es ciertamente muy difícil permanecer al margen del Derecho viviendo en comunidad y dentro de la vida normal de los hombres: quizá los anacoretas, los ermitaños en sus cuevas o en medio del desierto, sin asociación con otros “*compañeros*” y sin contacto con el resto de los hombres, puedan realizar mejor el ideal del “*no-Derecho*”. En cambio, cuando dos hombres se juntan surgen las identidades y las diferencias y, consecuentemente, los intereses individuales y las controversias, y por ello, surge también inevitablemente la necesidad de un orden; y ese orden, dentro de nuestra sociedad occidental cuando menos, se llama Derecho.

La posición de San Francisco respecto de la renuncia a la propiedad de bienes materiales había sido marcadamente radical. En su Primera Regla llega a afirmar que los frailes no deben aceptar ni siquiera libros¹⁹; como excepción, algunos frailes pudieran disponer de libros para rezar las oraciones, pero los que no saben leer están prohibidos de tenerlos y deben limitarse a rezar el Credo y 23 veces el *Pater Noster* con el *Gloria Patri* en los maitines y otro número taxativo de veces en los otros momentos de oración durante el día.

Sin embargo, ya en tiempos de San Francisco, las cosas comienzan a cambiar. Como dice Michel Villey, “*La empresa franciscana constituye un test cautivante para la Filosofía del Derecho. ¿Es posible quedarse fuera del Derecho?*”²⁰.

En primer lugar, como ocurre siempre, estas doctrinas y prácticas profundamente emotivas, críticas de la razón y del orden establecido, que demandan simplemente sencillez y ascetismo, atraen en primer lugar no a la gente sencilla, a pobres y campesinos, sino a las personas más habituadas al pensamiento racional, a los más cultivados, a los más “*ricos de espíritu*”, a los intelectuales. Y, claro está, éstos acuden masivamente al llamado de San Francisco; pero vienen cargados de conocimientos y de ideas, quieren difundir sus ideales, tienen capacidad de predicación, y para ello requieren no simplemente rezar el *Pater Noster* sino también leer e incluso escribir libros para desarrollar su vida normal. Por otra parte, el éxito que tiene la convocatoria de San Francisco lleva a que las comunidades de compañeros no se limiten a seis frailes como en



el origen sino que cada vez su número sea mayor. Esto significa que requieren lugares donde vivir –ya no pueden ser meros peregrinos– y una cierta organización de grupo. Y la simpatía con que los franciscanos son vistos por la gente de su época lleva a que reciban una gran cantidad de donaciones, incluyendo locales para iglesias y conventos.

San Francisco antes de morir advierte el cambio que se está produciendo en la forma de vida de los Hermanos Menores y quiere salvar el espíritu más allá de las circunstancias materiales. Es así como en su Testamento señala en tono que parece nostálgico que inicialmente los frailes se contentaban con *“una túnica, por dentro y por fuera remendada los que querían, con la cuerda y paños menores. Y no queríamos tener más. Los Clérigos decíamos el Oficio según el orden de los otros clérigos y los legos decían el Padrenuestro... Y éramos sencillos y sujetos a todos”*²¹. Sin embargo, desde antes de su muerte y marcadamente después de ella, los franciscanos recibieron privilegios de la Santa Sede, nombraron autoridades de la Orden y, en general, retornaron al Derecho aun cuando seguían negándolo. San Francisco, al final de su vida, es consciente de los bienes materiales, incluyendo importantes inmuebles, que la Orden ha recibido. Por eso insiste en su Testamento: *“Guárdense los frailes de que las iglesias y las humildes moradas y todas las otras cosas que pare ellos se edifican, en ninguna manera las reciban si no fuesen conformes con la santa pobreza que prometimos en la Regla, siendo en ellas hospedados como advenedizos y peregrinos (sicut advenae et peregrini)”*²². Pese a ello, apenas fallecido, su sucesor, el Hermano Elías, comenzó la construcción de un lujoso templo y centro de peregrinaje precisamente en su memoria, para lo cual se recibieron sumas muy importantes como limosnas. Aparecieron iglesias y grandes conventos franciscanos en toda Europa y éstos tuvieron necesidad de gente de servicio, jardineros, cocineros, etc.²³.

Pero, ¿cómo es posible tener derechos y no vivir dentro del Derecho? ¿Cómo se puede gozar de un bien inmueble –llámese iglesia, convento o simple morada– sin tener un derecho sobre ese bien? ¿Qué significa que el uso de esos bienes sea *“conforme con la santa pobreza”*? El propio Testamento nos da una pauta para la solución que intentarán los franciscanos a esa manifiesta contradicción: tengan sin tener, usen de las cosas sin derecho, como si fueran advenedizos. Y es dentro de esta línea que el Papa Gregorio IX promulga en 1230 la Bula *Quo elongati* según la cual los franciscanos tiene solamente el *“uso”* de los bienes que están a su disposición, pero no la

“propiedad”. Esta última es atribuida primero a ciertos *“amigos espirituales”* de la Orden y, más tarde, directamente al Papado (*in ius et proprietatem Beati Petri*²⁴). En lo que se refiere a la administración de los bienes, los franciscanos rigoristas tampoco querían hacerse cargo, por lo que el Papa se ve obligado a nombrar procuradores o administradores que dependían directamente de la Santa Sede. Como señala Villey, el Papado detenta todas las cargas y fastidios de la propiedad, mientras que los franciscanos se limitan al goce²⁵. Esta suerte de ficción jurídica *“que sacia a los monjes de riquezas dejándoles el título de pobres”*²⁶, da lugar a que la gente en la Edad Media satirice ácidamente esta situación paradójica. En la célebre obra medieval *“La novela de la rosa” (Le Roman de la Rose)*, escrita alrededor de 1290, se describe a un monje que tiene todos los trazos de un franciscano a quien se le designa con el significativo apelativo de *“Falso-Rostro”* y quien declama:

*Si se cree por el mundo
Que toda la virtud en nosotros abunda,
Y que siempre como pobres nos presentamos,
Somos, les hago saber,
Quienes tenemos todo sin nada tener.*

Evidentemente, esta situación era muy difícil de mantener y pronto comenzaron las voces de crítica en torno del Papa. Es obvio también que esta crítica se iba a plasmar en una discusión jurídica, porque lo que estaba en juego eran los conceptos de uso, usufructo y *dominium* o propiedad. Hay juristas papales que sostienen que los franciscanos realmente tienen todos los atributos de la propiedad sobre sus iglesias y conventos: en el peor de los casos, los franciscanos tienen cuando menos un *“derecho”* de uso (*ius utendi*) muy cercano del usufructo. Y entonces, para poder defender frente a los juristas del Papa sus tesis contra la titularidad de un derecho propiamente dicho (sea propiedad o derecho de uso), los franciscanos se vieron obligados a pensar y discutir jurídicamente. Pero todavía las Bulas apoyan la tesis de los franciscanos y, asumiendo los planteamientos jurídicos de la Orden, distinguen entre el simple uso *“de hecho” (simplex usus facti)* que corresponde a los franciscanos y que no implica derecho alguno y el *ius utendi*, el *usufructus*, la *possessio*, y ciertamente la *propietas* que corresponde a la Iglesia.

El problema se precipita cuando, hacia el fin del S. XIII, aparecen tendencias más rigoristas dentro del franciscanismo que no admiten ninguna contaminación con nada que se asemeje a un derecho individual y particularmente con



la propiedad. Es sobre todo en Italia y en el sur de Francia que surgen ciertos grupos extremistas franciscanos llamados “*Espirituales*”, que regresan al culto intransigente de la pobreza y no admiten sino el “*uso pobre*” (*usus pauper*) de los bienes materiales. Unos años más tarde, en 1323, la revuelta –en todo el sentido de la palabra– estalla, porque un Papa francés, jurista por temperamento, Juan XXII, rechaza las sutilezas jurídicas que usan los franciscanos para desligarse de lo jurídico, condena a los “*Espirituales*” y quiere forzar a los franciscanos a aceptar la propiedad de sus iglesias y conventos. Juan XXII sostiene²⁷ que, digan lo que digan los franciscanos, ellos tienen el uso estable y garantizado de sus conventos, de sus jardines y de sus graneros: tienen todo el *commodum* o valor de uso de la cosa. ¿Cómo pueden alegar, entonces, que esos beneficios o privilegios no son *iura in re* (derechos reales)? ¿Acaso no es en eso que consiste el *ius utendi y el ius fruendi*? Pero tampoco se puede decir que ese haz de derechos de que disponen configura un usufructo, porque éste existe sólo cuando el propietario tiene algún beneficio o derecho, cuando menos futuro; porque el usufructo es siempre temporal. Pero éste no es el caso con los inmuebles franciscanos. Al Papa se le ha dejado solamente una ficción de propiedad o dominio, un *dominium verbalis, nudi et aenigmatici*, un dominio puramente verbal, desnudo de poder y enigmático de sentido. Por consiguiente, los verdaderos propietarios son los franciscanos.

Los franciscanos no soportan esta imposición que va contra sus principios y se rebelan contra la autoridad del Papa; y entonces éste recrimina al General de la Orden, Michele de Cesena: la Bula *Quis vir reprobus* se refiere precisamente con este grave apelativo de “*hombre réprobo*” al propio Cesena. El Papa envía al verdugo a un buen grupo de “*Espirituales*” y otros son tomados presos. El General mismo de la Orden, Michele de Cesena, tiene una suerte de detención domiciliaria en la Corte Papal de Avignon (estos hechos ocurren en ese breve lapso en que la Santa Sede se traslada a Francia).

Es en medio de este desorden que aparece en el Continente un franciscano venido de Oxford, denominado Guillermo de Occam (o de Ockam). Hombre extraordinariamente inteligente e intelectualmente imaginativo, se coloca de inmediato del lado de sus hermanos perseguidos. La Curia le inicia también un proceso y, después de cuatro años de juicio, Occam decide fugarse de Avignon con su superior, Michele de Cesena. El plan que se trazaron estos dos per-

seguidos fue muy hábil. Por ese mismo tiempo, se había producido una guerra entre Luis de Baviera y el Papado porque el primero consideraba que tenía derecho de ser nombrado Emperador del Sacro Romano Imperio y el Papa, en cambio, que era quien nombraba, tenía otras preferencias. Cesena y Occam se dirigen a Munich, a la Corte de Luis de Baviera, y le proponen una alianza estratégica: “*Defiéndenos con la espada y nosotros te defenderemos con la pluma*”.

Occam defenderá efectivamente con sus escritos tanto a Luis de Baviera como las ideas de su Orden sobre el Derecho. Respecto de este punto, Occam responde a Juan XXII en un libro llamado *Opus nonaginta dierum*, porque fue escrito en noventa días, en el que discute la Bula *Quis vir reprobus*. El argumento central de Occam se basa en la afirmación que el derecho individual no es un simple beneficio sino es el poder de beneficiarse: todo derecho implica una idea de poder subyacente que puede ser ejercitado por el titular. En cambio, los franciscanos –como lo hicieron los Apóstoles, como lo hizo Cristo mismo– se limitan a usar sin tener poder de hacerlo: tienen el goce pero no el título del goce. Por ello no pueden acogerse a los remedios que son la esencia de todo derecho individual: la *potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*.

¿Cómo se relaciona todo esto con Umberto Eco y “*El nombre de la rosa*”? Basta simplemente comparar el título de esta obra con el de la famosa novela medieval –“*El Romance (o Novela) de la Rosa*”– para comprobar que Eco está estableciendo paralelismos entre los S. XIII y XIV y la trama de su novela. Las primeras páginas del supuesto manuscrito de Adso de Melk narran precisamente los problemas políticos que han surgido entre Jacques de Cahors, nombrado Papa con el nombre de Juan XXII, y Luis o Ludovico de Baviera en razón de la sucesión del Imperio. Cinco príncipes alemanes han elegido en Frankfurt a Luis y esperan que sea confirmado por el Papa. Pero el mismo día, el Arzobispo de Colonia ha elegido para el mismo cargo a Federico de Austria. Por su parte, Roberto de Nápoles había convencido al Papa que no aprobase ni uno ni otro nombramiento sino que lo nombrase a él. También Eco nos recuerda que existe una aguda y dramática controversia entre el Papado y los franciscanos. Habiéndose producido ya varias batallas con Luis de Baviera y actos de violencia protagonizados unas veces por los “*Espirituales*” y otras por la severidad de la represión papal, el Papa decide –en la novela de Eco– propiciar una entrevista entre sus representantes y los repre-



sentantes de los franciscanos a fin de negociar un entendimiento. Y ésta será la misión del personaje central de la novela, el fraile Guillermo de Baskerville, quien se dirige a una aislada abadía, emplazada en lo alto de un monte, donde tendrá lugar el encuentro de las facciones opuestas.

Observemos la caracterización de este fraile. En primer lugar, advertimos que es inglés y que se llama “Guillermo de” Baskerville. No cabe duda de que ese nombre nos evoca inmediatamente a Guillermo de Occam. ¿Por qué el cambio de Occam por Baskerville? Indudablemente estamos aquí ante un homenaje literario que le hace Eco a Arthur Conan Doyle, el creador de Sherlock Holmes: “El Sabueso de los Baskerville” es una de las más conocidas novelas policiales en las que Holmes resuelve el misterio del caso. Por otra parte, no debe olvidarse que Guillermo de Occam es quien concibió y desarrolló el nominalismo, corriente filosófica que dignifica la individualidad y que, por el contrario, reduce a las esencias al nivel de meras abstracciones construidas por la mente: la verdadera realidad está en lo simple, lo individual. Ahora bien, Guillermo de Baskerville hace una serie de reflexiones que van desde aquellas que tienen un tufillo nominalista hasta otras que son francamente expresiones de esa escuela y hasta del propio Occam. En sus primeras intervenciones explica que la belleza del cosmos no procede sólo de la unidad en la variedad sino también de la variedad en la unidad. Más adelante, cuando Adso le pregunta “si la naturaleza nos habla sólo por esencias, como enseñan los teólogos insignes” (se refiere sin duda a Santo Tomás), Guillermo de Baskerville contesta –como lo hubiera hecho Occam– que no es así, porque las esencias o géneros son *verba mentis* o conceptos generales construidos por la mente y que, por tanto, no existen en la realidad. Muchas veces es la ignorancia la que adopta “la forma bastante diáfana de una idea universal”. Las ideas, dice, son puros signos: cuando no poseemos las cosas, usamos signos y signos de signos. Pero el conocimiento pleno es la intuición de lo singular. Finalmente, en otro pasaje del libro, Guillermo de Baskerville aconseja a Adso con palabras salidas de la boca de Occam: “no conviene multiplicar las explicaciones y las causas mientras no haya estricta necesidad de hacerlo”. Es verdad que Guillermo de Baskerville dice en alguna parte de la novela que un determinado punto lo ha discutido mucho con su amigo Guillermo de Occam, que ahora está en Avignon. Pero este esfuerzo de encubrimiento, fruto de un cierto pudor en la ficción, no es suficiente como para convencernos que Eco no ha tenido en mente en todo momento a Occam al construir su personaje Baskerville.

Eco nos va llevando así sin esfuerzo hasta ubicarnos dentro de esa atmósfera de tensión y expectativa que corresponde a la época. La trama misma de la novela es una divertida historia policial en la que se suceden misteriosos crímenes entre los monjes de esta abadía; Guillermo de Baskerville interviene como una suerte de Sherlock Holmes y finalmente descubre por puro razonamiento al criminal.

En “El nombre de la rosa” hay también un recuento sobre la formación del movimiento de los “Espirituales”, atribuyéndose las primeras ideas a un abad llamado Joaquín que, ya en el S. XII, profetizaba el advenimiento de una nueva era en la que el espíritu de Cristo, corrupto desde hacía mucho tiempo por obra de falsos apóstoles, volvería a realizarse en la tierra. La lectura de este libro fue prohibida en la Universidad de París, pero se extendió en Italia, particularmente entre los franciscanos. De esta manera, surgió un grupo que no apoyaba las reformas de San Buenaventura a la Regla de la Orden y que se rebeló decididamente contra el Concilio de Lyon que adjudicaba a los franciscanos la propiedad de sus bienes: estos fueron los “Espirituales”. Pero la prédica de la pobreza evangélica como práctica de vida se extendió también entre la gente simple y muchos campesinos creyeron en la necesidad de acabar con la propiedad y con la autoridad para facilitar el advenimiento de la anunciada nueva era. Estos se instituyeron a sí mismos como “pequeños hermanos” o *fratricelli* y ya resultaba muy difícil distinguir dónde terminaba la Orden y dónde comenzaba la herejía. Las cosas se tornaron muy complicadas cuando, como antes se ha dicho, llegó al trono de San Pedro el Papa Juan XXII, quien decidió acabar con la mala hierba de los *fratricelli*, para lo cual lanzó la Inquisición contra ellos y muchos fueron quemados en la hoguera.

Obviamente, los *fratricelli* no eran unas mansas palomas. Eco cuenta que uno de los iluminados se proclamaba apóstol; otro seducía a las monjas diciéndoles que el infierno no existe y que se pueden satisfacer los deseos sexuales sin ofender a Dios; también había quien sostenía que lo que la gente llama Demonio es el propio Dios, porque el Demonio es el Saber y el Saber es Dios; otro incitaba a tocar los cuerpos desnudos con el argumento de que esa era la única manera de liberarse del imperio de los sentidos. En algunos casos, la revuelta de los *fratricelli* fue más completa. Plantearon la abolición de toda propiedad y de toda exclusión en el sentimiento comunitario, lo que implicaba que hasta el amor debía ser libre y no podían existir derechos ex-



clusivos de un hombre sobre una mujer. Pero además declaraban la abolición de toda jerarquía y de toda autoridad, lo que suponía matar a los señores feudales, a los clérigos y obispos y, si era posible, al propio Papa. Estos grupos de “*frailes menores de mente encendida*” saqueaban los pueblos y atacaban a las autoridades locales. Una lectura desenfadada y fuera de contexto de la cita del Evangelio de San Mateo hecha en la Primera Regla de San Francisco –“*Los Príncipes de las gentes avasallan a sus pueblos*”²⁸– los empujaba a un anarquismo violento e inculto.

No podía estar ausente de la novela algo de la discusión jurídica sobre propiedad y posesión. Esta discusión tiene lugar en la sesión solemne que reúne a las dos legaciones negociadoras, la del Papa y la de los franciscanos, los Cardenales y los frailes.

Al margen de la novela, debo decir para terminar que la lucha de Occam fue bastante desgraciada. Primero fue abandonado por el Emperador Ludovico y más tarde por su propia Orden. Al fallecer el General de los franciscanos, Michele de Cesena, fue Occam quien se quedó a cargo del Sello de la Orden. Sin embargo, la mayor parte de los frailes, fatigados de tanta lucha y de los excesos a los que sin querer había dado lugar su

revuelta, decidieron someterse nuevamente a la obediencia al Papa. Guillermo de Occam quedó aislado. Sin embargo, desde todo punto de vista la obra de Occam es importante para los juristas. De un lado, su nominalismo abre el camino para la instauración conceptual de los derechos individuales tal como se les conoce en el Derecho moderno. De otro lado, sus obras propiamente jurídicas –*Compendium errorum papae, Opus nonaginta dierum, Breveiloquium de principatu tyrannico*– son muy importantes para comprender la evolución hacia la modernidad de un derecho subjetivo particularmente importante en nuestro mundo: la propiedad.

Y no cabe duda de que la lectura de la ficción creada genialmente por Umberto Eco contribuye decisivamente a comprender mejor la vida, la obra y las ideas del *Venerabilis Inceptor* al invitarnos a sumergirnos en su atmósfera...

NOTAS:

- ¹ Vid. Fernando de Trazegnies: La verdad ficta, en Moisés Lemlij y Luis Millones (ed.): Historia, memoria y ficción. Biblioteca Peruana de Psicoanálisis. Lima, 1996.
- ² Primera Regla de los frailes menores. Cap. I.
- ³ *Ibidem*. Cap. XIV.
- ⁴ Michel VILLEY: La formation de la pensée juridique moderne. Les Editions Montchrestien. Paris, 1968, p. 191.
- ⁵ Primera Regla de los frailes menores. Cap. VIII.
- ⁶ *Ibidem*. Cap. VII.
- ⁷ *Ibidem*. Cap. XV.
- ⁸ *Ibidem*. Cap. VII.
- ⁹ *Ibidem*. Cap. V.
- ¹⁰ Esta palabra latina significaba literalmente “el primero”.
- ¹¹ Primera Regla de los frailes menores. Cap. VI.
- ¹² *Ibidem*. Cap. V.
- ¹³ *Minister*, en latín, significa literalmente “el que sirve”; y es una palabra que se usaba para designar al criado, al siervo, al fámulo.
- ¹⁴ Primera Regla de los frailes menores. Cap. V.
- ¹⁵ *Ibidem*. Cap. VII.
- ¹⁶ *Ibidem*. Cap. XI.
- ¹⁷ *Ibidem*. Cap. XIV.
- ¹⁸ *Ibidem*. Cap. IX.
- ¹⁹ *Ibidem*. Cap. VIII.
- ²⁰ Michel Villey: *Op. cit.* p. 193.
- ²¹ Testamento del Seráfico Padre San Francisco, en San Francisco de Asís. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1956, p. 35.
- ²² *Loc. cit.*
- ²³ Michel Villey: *Op. cit.* p. 193.
- ²⁴ Papa Inocencio IV: Bula *Ordinem Vestrum*.
- ²⁵ Michel Villey: *Op. cit.* p. 194.
- ²⁶ Michel Villey: *Op. cit.* p. 195.
- ²⁷ En esta parte, sigo a Michel Villey: *Op. cit.* pp. 243-252.
- ²⁸ Primera Regla de los frailes menores. Cap. V.



¿Teología Política o Filosofía Política?: La amistosa conversación entre Carl Schmitt y Leo Strauss

Eduardo Hernando Nieto

Doctor en Filosofía, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Master en Teoría Social y Política, Universidad de East Anglia (Norwich – Inglaterra). Profesor de Filosofía Política y Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Academia de la Magistratura. Profesor visitante en la Universidad Católica Santa María (Arequipa)

Sumario: Introducción 1.- La Teología Política del profesor Schmitt 2.- La Filosofía Política del profesor Strauss 3.- ¿Schmitt o Strauss?: ¿Jerusalén conversa con Atenas?

Introducción

El impacto de la obra de Carl Schmitt en el ámbito de la teoría política en los últimos años solamente puede ser comparado con la gran difusión de las ideas de Leo Strauss¹, el filósofo político emigrado a los Estados Unidos y que recibió inclusive el apoyo de Schmitt en sus inicios académicos². El interés por estas dos grandes mentes que tiene tanto en común se ha visto materializado en la publicación de distintos textos en los que se muestran sus proximidades como también algunas diferencias³. En ambos casos, es evidente que se trata de autores inquietos por la dimensión metafísica y que pretenden recuperar *la seriedad de la vida*⁴ sea ésta de índole teológico (Schmitt) o sea de naturaleza filosófica (Strauss) y por ello es que los dos académicos pueden expresar gruesos y coherentes ataques contra el liberalismo contemporáneo enemigo acérrimo de la seriedad y abanderado de la banalidad.

Precisamente esta inquietud por tal dimensión metapolítica es a nuestros ojos el punto convergente por el que la comunión entre ambos puede ser sostenida y que permite también sustentar la idea de que a pesar de que a primera vista la teología (fe) es incompatible con la filosofía (razón) dentro de un análisis profundo, podemos llegar a comprender la posibilidad de una convivencia plena y no contradictorias en un plano empírico o político, dependiendo claro esta de un contexto propicio.

En este sentido, este ensayo intentará presentar en primer lugar las tesis que sostiene la teología política schmittiana⁵ para pasar después a mostrar los argumentos de la filosofía política straussiana. Una vez efectuado esto, indicaremos las aparentes discrepancias entre los dos pensadores a fin de reforzar luego los puntos comunes y que descansan como lo adelantamos en su visión metapolítica. Finalmente llegaremos a la

conclusión de que Carl Schmitt y Leo Strauss no solo son –junto con Eric Voegelin⁶– académicos que expresan tesis afines sino que a su vez esgrimen los mejores argumentos contra la política moderna y el liberalismo moderno, es decir, contra los representantes de la anomia generalizada y la secularización⁷.

1.- La Teología Política del profesor Schmitt

La tradición teológica política no se inicia en realidad con Schmitt, de hecho, se tendría que decir que ésta aparece con la revelación y más específicamente con la fe en la revelación⁸ empezando su historia oficial con la presencia de Dios y de Satán como lo menciona el Génesis: “Dijo entonces el señor Dios a la serpiente: Por cuanto tu hiciste esto, maldita tu eres o seas entre todos los animales y bestias de la tierra; andarás arrastrando sobre tu pecho, y tierra comerás todos los días de tu vida. Yo pondré enemistades entre ti y la mujer; y entre tu raza y la descendencia suya: ella quebrantará tu cabeza, y andarás acechando su calcañar”⁹.

En este pasaje bíblico tenemos ya dos referencias interesantes, en primer lugar se establece la dicotomía esencial de la teología y que se sintetiza en la presencia antagónica entre Dios y el Demonio, el bien y el mal, o entre el Cristo y el Anticristo o el amigo y el enemigo¹⁰ y en segundo lugar, se advierte la primera señal de la teología política cuando se indica que la lucha entre el bien y el mal podría llegar a su fin en algún momento¹¹, en todo caso, y volviendo al párrafo, la mujer a la que se refiere el versículo podría ser a su vez María o la misma Iglesia Católica y su descendencia Jesucristo o los fieles de la Iglesia Católica quienes derrotarían al Anticristo.

Así pues, “porque existe la revelación de Dios existirá entonces la enemistad hacia Dios” y “allí donde la revelación no despierte la fe en-



tonces despertará la rebelión”, con estas citas de Heinrich Meier¹² podemos comprender no solamente lo que representa la teología –político sino también sus efectos inmediatos. Se tratará en el fondo de representar la lucha entre Dios y Satanás quienes llevarán adelante una batalla decisionista que pensamos que terminará en algún momento con la victoria de Dios (el amigo) y la derrota de Satán (el enemigo)¹³.

Pero, es en otro cita bíblica donde se muestra ahora si nítidamente la naturaleza de la teología política¹⁴, esto cuando se destaca la presencia del *Katéchon*¹⁵ (o sello) del que habla la segunda epístola de San Pablo a los Tesalonicenses¹⁶ y que impediría la manifestación plena del inicuo o Anticristo. Es decir, que en el mundo el mal (anomia) tiene un freno que lo detiene y que en principio pudo haber estado encarnado por el Emperador Bizantino¹⁷, por la Iglesia en alguna medida y finalmente por el Estado y por la política, pero que la desaparición o debilitamiento del *Katéchon* significaría también la decantación del Anticristo hasta la segunda llegada del Salvador.

La representación del hombre de la iniquidad (Anticristo) es por demás sugerente pues se muestra no solo como alguien que no cree en Dios (metafísica) sino que tampoco cree en el mismo hombre¹⁸ y por eso lo condena a la esclavitud perpetua. Cristo según el relato de otro reconocido teólogo político¹⁹ como Dostoievski (La leyenda del Gran Inquisidor en *Los Hermanos Karamazov*) representa como contraparte la libertad y seguir su camino significa sufrimiento pero también liberación a diferencia del sendero propuesto por el Gran Inquisidor que es la vía fácil, la de la felicidad sin libertad²⁰. La teología política desde un inicio entonces estará emparentada directamente con la filosofía en tanto que las dos trabajarán para lograr el mismo objetivo, es decir, la constitución de hombres libres²¹.

El principio de la teología política entonces se manifiesta en la presencia del orden y del desorden que coexisten en una forma de relación de opuestos o contrarios pero que sin embargo no generan caos (*complexio oppositorum*)²². El mal por su parte es visto en términos de peligro antes que en la forma de brutalidad o de salvajismo que sería más bien la lectura pesimista extrema del protestantismo o de algunos pensadores conservadores²³, en realidad Schmitt se aleja de las posiciones que toman a la ligera el problema del mal como también de aquellos que lo toman de un modo radical (es decir, demasiado en serio)²⁴. Evidentemente en caso de que Schmitt y su teo-

logía política admitiesen la condición pecadora de todos los hombres en el sentido de decir que todos serían malos entonces caería en algunos absurdos como sería por ejemplo el hecho de que nadie tendría capacidad de gobernar (a menos que siguiese la línea hobbesiana en donde quien gobernaría sería un ser artificial) o si es el caso que todos fuesen buenos entonces todos deberían de gobernar al estilo de la voluntad general rosseauiana²⁵. Así pues, como ya lo hemos indicado la teología política no puede asumir como total la depravación humana pues advierte más bien sobre la naturaleza herida y débil de la humanidad²⁶ pero que permitiría también el establecimiento de una graduación y de adaptaciones²⁷, lo cual nuevamente la ubicaría en cercanía con la perspectiva filosófica y sus diversas visiones de la vida buena en concordancia con el grado de educación de la razón y el contexto en el que se ubica.

Uno de los textos claves para conocer la visión teológica – política del profesor Schmitt, es sin dudas *Teología Política*²⁸, curiosamente sin embargo este libro parte más bien de una afirmación que podría en principio ser algo ajena a la tradición de la teología política y muy próxima a un plano contingente y secular: “Soberano es aquél que decide sobre la excepción”²⁹. El problema de la definición de la soberanía nos conduce decididamente al tema del poder y se entiende que por alguna razón en particular Schmitt lo toma como algo esencial para el desarrollo de la teología política. Esto empieza a percibirse después de proseguir con la sentencia: “solamente esta definición puede hacer justicia a un concepto límite. Contrariamente a la terminología imprecisa que se encuentra en la literatura popular, un concepto límite no es un concepto vago, sino uno perteneciente a la esfera más extrema. Esta definición de soberanía debe entonces estar asociada con un caso límite y no con la rutina”³⁰.

La propuesta de Schmitt que viene a ser conocida como una forma de decisionismo político³¹ en principio se contextualiza dentro de una crítica al modelo racional –legal elaborado por Hans Kelsen y su propuesta de hacer del derecho una ciencia jurídica en todo el sentido de la palabra³², al mismo tiempo junto con *El Concepto de lo Político* se convierte en uno de sus trabajos más crípticos y enfáticos en relación a la posición contra el liberalismo³³ que precisamente escamotea cualquier forma de decisión³⁴. Pero, lo más interesante de todo lo constituye el modo como evalúa la excepcionalidad y su misterio, así la excepción no solamente es análoga al mi-



lagro en el orden teológico³⁵ sino que muestra nítidamente la presencia de la incertidumbre y del peligro que pone en riesgo la supervivencia del Estado y la propia creación³⁶.

Sin embargo, debemos de tener en claro que la excepción schmittiana en términos políticos no es ni anarquista ni tampoco nihilista, busca como dijimos proteger el Estado y la estabilidad del orden social y por lo tanto no puede pensarse que la excepción sea igual al caos o la anarquía, y, si la excepción carece de reglas el modo adecuado como se enfrenta la excepción debe fundarse en el empleo de la prudencia³⁷. Schmitt considera además que la excepción es más importante que la regla en la medida que la determina y que precisamente ella se muestra claramente frente a la rutina de lo general o cotidiano³⁸ esto no significa tampoco que considere que la excepción se manifieste de manera continua pues de ser así la excepcionalidad se convertiría en lo normal³⁹.

El modo como se combate la excepción recae pues en la soberanía -y el soberano- en el fondo ésta existe porque el mundo es peligroso e inseguro - desde la caída - como la revelación da cuenta de ello y además nosotros lo podemos constatar también de manera empírica en el mundo político. Por ellos, la soberanía representa la imagen del *Katéchon* que establece de manera artificial un orden relativamente seguro⁴⁰ (léase el Estado) en la medida que el mal no desaparece sino que solo se modera o contiene⁴¹. Así mientras no se descubra el sello entonces seguirá existiendo la política aunque como ya hemos indicado la política (y la soberanía) podrían desaparecer una vez que el problema del mal fuese superado, pero como esto en parte puede ser también incierto entonces lo mejor es afirmar lo político a través de la decisión. En todo caso, lo que si vale la pena subrayar es que esta decisión no aparece del vacío sino como un acto dentro de un orden concreto que se encuentra más bien alterado⁴². El soberano schmittiano no es exactamente análogo al Dios que crea el mundo *ex nihilo* sino simplemente el hombre que siguiendo la voluntad de Dios actúa - generando mandatos imperativos - en un orden que aunque conmovido existe y se trata de evitar su disolución.

Finalmente, la tradición de la teología - política de Schmitt y la decisión del soberano nos ubicará dentro de una mirada muy crítica respecto al pensamiento liberal que se caracterizará por derivar siempre la política a un plano discursivo o deliberativo sin llegar alcanzar una decisión final⁴³, esta deliberación que era típica

del liberalismo y su famosa "clase discutidora"⁴⁴ - como la llamaba Donoso - se había originado por la indiferencia del liberalismo hacia el bien y el mal y a la voluntad de Dios que era neutralizado por el gobierno de las leyes. El liberalismo entonces discutía o pretendía negociar cualquier asunto político o disolvía también cualquier verdad de un orden metafísico⁴⁵. Digamos pues que si bien se seguía hablando de la política o de Dios o inclusive del Rey todos en realidad quedaban despojados de poder y de significado.

La historia de la indiferencia hacia Dios y de la relativización del bien y del mal también había empezado con la revuelta de Adán y Eva. También aquí la misma discusión de Eva con la serpiente y la invitación de ella para que juntos con Adán coman del árbol del conocimiento del bien y del mal⁴⁶ evidencian los oscuros orígenes del pecado y su relación con el diálogo (Eva y la serpiente - Eva y Adán) y también con el liberalismo que aquí significa desobediencia a la autoridad (Dios que ordena no comer de ese árbol) y por lo tanto duda y pérdida de fe (desconfianza) hacia Dios.⁴⁷ La pérdida de la fe del hombre hacia Dios abre la indiferencia hacia la metafísica y la pérdida de la seriedad de la vida que se convierte entonces en pensamiento individualista, esto es, en ideología liberal.

2.- La Filosofía Política del profesor Strauss

Si Carl Schmitt aparecía como un defensor de la seriedad de la vida, Leo Strauss también tenía que ser colocado dentro de esa misma perspectiva. Su escepticismo frente a la cultura post-ilustrada y la tecnología moderna, así como también su rechazo al modo como la modernidad dejó fuera cualquier forma religiosa pretendiendo tener un control total sobre el fenómeno político⁴⁸, lo han convertido desde ya hace varios años en uno de los más importantes críticos de la modernidad y del liberalismo contemporáneo⁴⁹.

Lamentablemente, no son mucho los textos de Strauss traducidos al español y tampoco ha merecido la atención de muchos teóricos políticos en América o España⁵⁰, sin embargo, vale la pena exponer las tesis centrales del pensador judío preocupado a lo largo de toda su vida con el problema de la relación entre Jerusalén y Atenas⁵¹ (teología y filosofía), y por ende a la búsqueda de la respuesta a la pregunta si sería posible la síntesis entre la revelación y la razón o más bien se tratarían de dos dimensiones separadas⁵².

La obra del profesor Strauss por cierto no solamente se refiere al asunto de la fe y la filoso-



fía o sus visiones críticas con respecto al mundo moderno sino también es esencial subrayar su proximidad al mundo clásico y el modo como él intenta proseguir una tarea iniciada ya por Sócrates⁵³, Platón y Aristóteles que se resume en la idea de la búsqueda de la verdad: “la filosofía es esencialmente no posesión de la verdad, pero si búsqueda de la verdad. El rasgo distintivo del filósofo es “que sabe que nada sabe”, y que este examen de nuestra ignorancia concerniente a las más importantes cosas lo induce a buscar con todas sus fuerzas el conocimiento”⁵⁴, pero así como la filosofía nace de la inquietud del hombre por alcanzar un conocimiento del todo dentro de una ciudad inmediatamente ésta se transformará en filosofía política⁵⁵.

En este sentido, la filosofía política es como lo dice Strauss una rama de la filosofía que esta muy cerca de la vida política y que procura suplir la opinión sobre la naturaleza de las cosas políticas por un conocimiento de la naturaleza de las cosas políticas⁵⁶, esto significa a la par conocer también el orden político bueno o justo⁵⁷ que sería aquél que es el mejor siempre y en todo lugar⁵⁸. Sin embargo, si bien el mejor régimen es posible su actualización puede resultar muy difícil, quizá improbable como el mismo Strauss señala pues los hombres no manejan las condiciones necesarias para su manifestación dependiendo finalmente del azar⁵⁹.

Empero, ha sido el pensamiento moderno el que cambió completamente la historia de la filosofía política, al tratar de manejar el azar y esto empezó ya con la separación entre el hombre y la ciudad o también mediante la separación entre la naturaleza y el hombre⁶⁰. Tal propósito se materializó a partir de los primeros pensadores políticos de la modernidad como fueron los casos de Maquiavelo y Hobbes⁶¹ quienes con el soporte de la perspectiva científica se dirigieron hacia el objetivo de simplificar la condición humana y con esto le quitaron el significado a la naturaleza humana y a la naturaleza en general:

“el enfoque tradicional se basó en la suposición que la moralidad es algo sustancial: que es una fuerza en el alma del hombre, a pesar de lo dañino que pueda ser en los asuntos de los Estados o Reinos, Contra esta suposición Maquiavelo arguye de la siguiente manera: la virtud solo se puede practicar dentro de la ciudad, el hombre debe de habituarse a la virtud mediante las leyes, costumbres y así en adelante. Los hombres deben de ser educados en la virtud por los hombres”⁶².

Para realizar así los sueños de esta prime-

ra ola de la modernidad, lo que se hizo fue bajar los estándares morales para que pudiesen ser alcanzados por todos los hombres con lo cual se lograba dominar completamente el azar y lo impredecible, en último término, esto en realidad ya no podía llamarse carácter moral sino más bien intuiciones: “el orden justo, como lo concebía Maquiavelo, era la testaruda República, que se moldeó sobre la Roma antigua, pero que se elaboró como una superación de la Roma antigua”⁶³. El problema entonces con este enfoque fue que se redujo la naturaleza humana al plano biológico e instintivo y se llegó a la conclusión de que desde este plano elemental e inmoral tendría que nacer la moral y la justicia⁶⁴.

Sin embargo, la modernidad continuó su proceso de radicalización a pesar de que las posteriores corrientes trataron de mejorar las anteriores, así por ejemplo autores como Rousseau, Kant o Hegel pertenecientes al romanticismo y al idealismo alemán buscaron en principio al mundo premoderno dadas las incoherencias del discurso de la modernidad, por ejemplo Rousseau pasó del mundo burgués, (bourgeois) es decir, del de las finanzas, al mundo de la virtud de la ciudad (citoyen), Kant al mundo de las ideas platónicas o Hegel a la elevada vitalidad de Platón y Aristóteles⁶⁵.

Empero, el error de estos autores fue referirse al pasado de manera moderna como ocurrió por ejemplo con Rousseau quien interpretó la ciudad clásica en términos hobbesianos, inclusive de modo más radical que el filósofo inglés pues en el estado de naturaleza el hombre no solo carecía de sociabilidad sino que también carecía de razón, en otras palabras era un ser subhumano o infrahumano⁶⁶ pero que gracias al proceso histórico⁶⁷ - no teleológico - el hombre sin quererlo será capaz de superar este estado y sus contradicciones. Claro que en esta lectura se aprecia también la idea moderna de tratar de tener un control sobre el azar que resulta de la suplantación de la naturaleza por la historia.

Finalmente, surgirá también la necesidad de asegurar la supervivencia de los hombres y esto se logrará con el establecimiento de la sociedad civil que necesitará además una estructura definitiva para poder albergar al hombre en su libertad original. Así todos los hombres quedarán subordinados a la ley positiva - sin poder apelar a una ley superior - que será también la “voluntad general”, pero lo más importante con esta perspectiva de la segunda ola de la modernidad fue la superación de la diferencia entre “el ser” y el “deber ser”, por ello, lo que ordena



la voluntad general es lo real y racional y nunca puede errar⁶⁸.

El proceso de modernidad culminaría entonces con la tercera ola de la modernidad que comenzaría con Nietzsche⁶⁹, y quizá podría rastrearse sus efectos en las visiones filosóficas postmodernas de la actualidad. Así pues, si la segunda oleada nos colocaba ante la oposición entre la naturaleza por un lado y la historia, la sociedad civil o la razón por el otro; y si la historia nos llevaba también a un sentimiento casi beatífico de la existencia⁷⁰, esta tercera ola, más bien producía una sensación asfixiante y trágica de la existencia, la conciencia de la existencia histórica se convertía así en una experiencia de horror y de angustia siendo el problema humano insoluble⁷¹.

Con la crítica que plantea Nietzsche a todas las filosofías anteriores por tomar como modelo al hombre del presente sin considerarlo en su dimensión histórica, iniciará entonces un nuevo jalón en el decurso de la modernidad, el mismo que se expresará entonces en el modo como se ha mal interpretado la historia del hombre que empezaría con la reconciliación del cristianismo con el mundo durante la Reforma y que terminaría con Hegel a través de un proceso evolutivo y racional, sin embargo, el historicismo por definición no podría concluir en ninguna parte y más bien destruiría cualquier ideal humano a menos que se pudiera trascender este plano histórico a través de una transmutación de todos los valores históricos⁷².

Esto precisamente significaría la nueva y auténtica verdad que enarbolaría esta tercera oleada y que culminaría entonces con la propia muerte del hombre como consecuencia de la anterior muerte de Dios. Ciertamente Nietzsche estaría dudando entre negar toda posibilidad de verdad o de proponer su propia interpretación de la verdad. Finalmente, él haría lo primero al descubrir la "voluntad de poderío" como la base de los nuevos valores pero que tal voluntad de poder solamente podrían venir de alguien que esta por encima del hombre, esto es, por el superhombre. Al final del camino entonces solo habrán dos alternativas o el "último hombre" o el "superhombre"⁷³.

Quizá, si algo podía destacar Strauss de la tesis de Nietzsche era precisamente su crítica al historicismo y al racionalismo moderno⁷⁴ que son sin dudas las formas que generan en el mundo contemporáneo una serie de problemas políticos que surgen indefectiblemente de la defensa

o imposición de posiciones dogmáticas como en el caso del positivismo (ya existe la Verdad) o de posiciones relativistas que terminan por banalizar la verdad y quitarle su seriedad (existen muchas Verdades) como acontece con el historicismo.

Frente a esta contingencia Strauss reivindicaba siempre la educación liberal que constituiría la vía óptima para poder retomar la seriedad de la vida y basaba tal proyecto en la formación del carácter y la educación sentimental:

"La educación liberal es una educación en la cultura o hacia la cultura. El producto final de una educación liberal es un ser humano cultivado. "Cultura" significa en principio agricultura: el cultivo del suelo y sus productos, cuidar la tierra, mejorarla de acuerdo a su naturaleza. Haciendo una analogía hoy "Cultura" significa principalmente el cultivo de la mente, el cuidado y la mejoría de nuestras facultades mentales innatas de acuerdo a la naturaleza de la mente"⁷⁵.

Strauss entonces estaba de acuerdo en señalar que había un *telos* o sentido de la naturaleza de las cosas, aunque había que ser precisos en el sentido de que esto no implicaba sostener un determinismo, de hecho, una cosa era decir *de acuerdo a la naturaleza* que era precisamente lo que sostenía Strauss, que decir *por naturaleza* que era justamente lo que asumiría un discurso determinista y ajeno a la educación liberal⁷⁶.

Ahora bien, tal cultivo debería ser propuesto por las "grandes mentes" quienes fueron a su vez los maestros que nunca fueron pupilos, pero como su existencia en el mundo actual es prácticamente inexistente, entonces solamente es posible tener acceso a ellos a través de los "grandes libros", por ende, la educación liberal consistiría en el estudio de los grandes libros⁷⁷. Empero, habría que tener mucho cuidado al acceder a la lectura de estos grandes textos en tanto que los grandes autores que sostuvieron ideas heterodoxas no han estado libres de persecuciones o de peligros por lo que se vieron obligados a escribir entre líneas para ocultar cual eran sus intenciones reales⁷⁸.

Una educación liberal tendería por último a lograr educar nuestras emociones y en ese sentido cabría hablar de una suerte de educación sentimental⁷⁹, algo así como ser capaces de transformar el *amour propre* del que hablaba Rousseau y que imperaba dentro de la sociedad civil caracterizado a su vez por el orgullo, el resentimiento, y el anhelo de venganza. Tal amor propio, - que



Platón denominaba Thümos – si bien podía ser necesario en algunas circunstancias – una guerra por ejemplo - sin embargo, tenía que ser domado dentro de la ciudad mediante la razón que frenaría entonces a las pasiones⁸⁰. En todo caso, el profesor Strauss y sus discípulos seguirían siempre esta perspectiva clásica sustentada en la idea de la moderación y de la formación del carácter.

3.- ¿Schmitt o Strauss?: ¿Jerusalén conversa con Atenas?

Como dijimos al inicio, más que establecer una oposición o antagonismo entre ambas dimensiones buscaremos más bien identificar la naturaleza de estas dos perspectivas que pensamos se enmarcan dentro de los mismos fines y propósitos. Así, mientras Schmitt apunta a salvar la *Polis* mediante la decisión política⁸¹, Strauss por su parte sabe perfectamente que sin *Polis* no puede existir tampoco la filosofía⁸² por lo cual tendría que estar de acuerdo en la necesidad de la salvación de la ciudad. Claro que Strauss podría pensar *a fortiori* que la crisis de la ciudad requeriría de la educación liberal para ser conjurada pero también es cierto que mientras exista un orden político inestable (vale decir con un *Katéchon* débil) entonces tampoco podría ser real la propuesta de la educación liberal.

Ciertamente que estamos antes un problema complejo en tanto que saltan a la vista también antagonismos claros entre los dos caminos como el mismo Strauss se encargará de mencionar:

“Uno puede describir el desacuerdo fundamental entre la Biblia y la filosofía griega, y se puede hacer desde un punto de vista histórico, partiendo del hecho que en principio apreciamos un amplio acuerdo entre la Biblia y la filosofía griega respecto a la moralidad y la insuficiencia de moralidad; el desacuerdo concierne a aquella “x” que conforma la moralidad. De acuerdo a la filosofía griega, aquella “x” es *theoria*, contemplación, y la contemplación bíblica podemos llamarla sin cometer un error, piedad, la necesidad de una misericordia divina o redención, amor obediente”⁸³.

Pero si reemplazamos el término moral por el de justicia, hablaremos ahora de obediencia a la ley, digamos mejor ley divina. Sin embargo, si volvemos al pasado tendremos que preguntarnos sobre la noción original de la ley divina o del código divino, y aquí podríamos encontrarnos con una variedad de códigos que podrían ser in-

clusivo contradictorios⁸⁴.

Sin embargo, el problema podría encontrar dos soluciones diametralmente opuestas que corresponderían precisamente a la teología y a la filosofía como indica Strauss. En el caso de la filosofía, los filósofos trascenderían todos los códigos divinos existentes y la piadosa obediencia a un código dado de antemano – teología - se transformaría en una búsqueda libre entorno a los primeros principios. Una vez descubiertos los primeros principios entonces podría descubrirse lo que es bueno o malo de acuerdo a la naturaleza⁸⁵.

A su vez, la alternativa bíblica indica que ya existe un código moral aceptado, es decir, el código de una tribu mientras que los demás códigos han sido rechazados implicando de paso un rechazo a la mitología aunque de distinta forma que la filosofía. La mitología debería entenderse como la lucha entre los dioses y las fuerzas impersonales detrás de los dioses. La filosofía reemplaza a estas fuerzas impersonales (*moira*) con la naturaleza mientras que la teología lo reduce todo a la omnipotencia de Dios⁸⁶.

Empero, esta omnipotencia divina lo hacia aparecer distante y oculto a los hombres siendo exclusivamente visible a través del pacto con los hombres, un acto libre que mostraría su amor recibiendo a cambio la promesa de fe de los hombres⁸⁷. La Biblia entonces refleja los actos o hechos revelados de Dios, se trata de definitiva de una experiencia de Dios mas no de un razonamiento basado en la percepción sensorial sobre Dios⁸⁸.

Al mismo tiempo, esta claro también que la filosofía encuentra su hogar natural en la ciudad, ya que ésta posee la riqueza y el ocio necesario para la búsqueda de la verdad mientras que es por todos sabidos como la teología y su prédica de la piedad y la humildad encontrarían mejores perspectivas dentro de un mundo rural como podría ser el espacio de Abel – preferido de Dios – en contraste con la ciudad y las artes identificadas siempre con Cain⁸⁹.

Finalmente, desde el momento en que la teología política toma la sentencia de Tertuliano “Estamos obligados a algo no porque sea bueno sino que es bueno porque lo manda Dios”⁹⁰, entonces se podría pensar que la teología política es fundamentalmente voluntarista respecto al racionalismo que impregna el mundo de la filosofía y la necesidad de la libertad.



A pesar de todo, esta oposición entre teología y filosofía tal situación sería más bien el secreto y la fortaleza de la vitalidad de Occidente según acotaba el mismo profesor Strauss⁹¹. Sin lugar a dudas, el mundo contemporáneo ya no mostraría esta tensión entre la teología y la filosofía que más bien estaría apunto de desaparecer en medio de la crisis espiritual y política por la que atraviesa Occidente. De acuerdo a lo que indican tanto Strauss como Schmitt, la responsabilidad por este hecho se debería básicamente a la expansión de la ilustración⁹² (Strauss) o del liberalismo⁹³ (Schmitt), por lo tanto, los dos entienden claramente la causa de la anomia contemporánea.

Por otro lado, si bien es cierto que Strauss elabora una crítica al *Concepto de lo Político*⁹⁴ de Schmitt, en donde lo vincula directamente con Hobbes⁹⁵ - la primera ola de la modernidad - y también con dar una definición de lo político (distinción entre amigo y enemigo) que pertenece paradójicamente al dominio del pensamiento liberal⁹⁶, la teología política schmittiana convergería con la filosofía política straussiana.

Para sustentar esta convergencia debemos de enfatizar desde un inicio que hoy resulta evidente que ya no es posible asociar a Schmitt con el autoritarismo o la autocracia - a pesar de lo que digan sus enemigos - en la medida que la teología política versa sobre el bien y el mal (sobre la regla y la excepción) y no exclusivamente sobre el mal. El mismo Schmitt, en su ensayo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, identifica su visión del derecho en términos del orden concreto y no en función a una voluntad en el vacío que sería la perspectiva del positivismo de los orígenes y del decisionismo⁹⁷. La tesis del orden concreto significa así que éste existe dentro un espacio delimitado regulado por principios inherentes al mismo como por ejemplo dentro de una familia, dentro de una corporación como el ejército, la iglesia o el mismo Estado y que las normas que se creen no pueden salirse de este espacio⁹⁸.

Pero los órdenes concretos pueden ser alterados constantemente y es en ese sentido que cabe la figura de la excepcionalidad mas no se trata de acabar con el desorden sino de sobrelle-

varlo o detenerlo⁹⁹ esperando que en algún momento podrá ser superado en concordancia a lo que estipulan los evangelios y los padres de la iglesia¹⁰⁰. Este elemento que ya hemos destacado resulta clave en la medida que coloca ahora a la teología política y la filosofía política en una misma línea, es decir, se acepta la posibilidad de que el mal se superara o que el conocimiento se alcanzará, pero, no podemos estar seguros del momento en el que ocurrirá esto. Así pues, ni la teología política ni la filosofía política pueden aparecer como discursos dogmáticos sino más bien como visiones de libertad.

Al mismo tiempo, cuando Strauss se refiere al conocimiento, éste asume un carácter de total, esto es, el conocimiento siempre es sobre el todo. La teología política por su parte también abarca la totalidad, y de hecho como lo afirma la brillante lectura de Heinrich Meier, "lo político es lo total"¹⁰¹. En este sentido, la verdad filosófica y la verdad teológica se encuentran al final del camino.

Pero quizá lo más importante sea el modo como la regla y la excepción de Schmitt pueden ser interpretados como un orden y un desorden que coexisten, vale decir, lo cerrado y lo abierto juntos. El proyecto de la filosofía política de Strauss también necesitará de lo mismo para subsistir. Así, para que pueda haber filosofía se entiende que es necesaria la libertad para conversar y criticar pero también es cierto que esta libertad tiene que ser delimitada en tanto que si es total entonces lo que se generaría sería una anarquía¹⁰² que llegaría inclusive a dudar de la propia relevancia de la filosofía.

Para que la filosofía florezca es necesaria la ciudad¹⁰³ y esta a su vez debe de ser gobernada por reglas, si las reglas no son obedecidas entonces no existirá ciudad y tampoco filosofía. Las reglas en este caso tienen que ver no con la libertad sino con la obediencia y que mejor que a través de la fe. Es en este punto cuando la teología política le da su mano a la filosofía política, pues no puede haber regla sin excepción¹⁰⁴, ni conocimiento sin obediencia agregaría yo, en esto consiste finalmente la mágica relación entre la teología política y la filosofía política.

NOTAS:

¹ Digamos que en los Estados Unidos Leo Strauss siempre fue una figura extremadamente influyente y polémica y más bien ahora empieza a popularizarse fuera de los Estados Unidos. Paralelamente Carl Schmitt fue muy popular fuera de los Estados Unidos mientras que recién hoy comienza a ser tomado en serio por el medio académico de Norteamérica.

² Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss, the hidden dialogue* (Chicago: Chicago University Press, 1995) p. 9.

³ Sin dudas el mayor aporte en este campo lo ha dado el filósofo político alemán Heinrich Meier, cfr el ya citado *Carl Schmitt and Leo Strauss, the hidden dialogue* y *The Lesson of Carl Schmitt, four chapters on the distinction between Political Theology and Political Philosophy* (Chicago: Chicago University Press, 1998), también aunque desde una posición especialmente crítica de Schmitt, John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, against Politics as Technology* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997). Además, en artículos como Susan Shell, "Meier on Strauss and Schmitt", *The Review of Politics*, Invierno 1991, N°1. Vol.53., Paul Gottfried, "Schmitt and



- Strauss", *Telos* 96 (Verano, 1993) Robert Howse, "From Legitimacy to Dictatorship – And Back again, Leo Strauss 's Critique of the Anti –Liberalism" en: *Law as Politics, Carl Schmitt 's Critique of Liberalism*, David Dyzenhaus (ed) (Durham: Duke University Press, 1998), John P. McCormick, "Fear Technology and the State: Carl Schmitt, Leo Strauss and the revival of Hobbes in Weimar and National Socialist Germany", *Political Theory* 22: 4, Noviembre 1994.
- ⁴ Tomo esta idea de Heinrich Meier, quien a mi parecer define adecuadamente el sentido de la obra schmittiana y straussiana. Así, Strauss llegaría a sostener que un mundo sin política sería un mundo de entretenimiento y diversión y que carecería de seriedad mientras que para Schmitt en tal mundo no existiría espacio para una decisión moral necesaria. Cfr. *Carl Schmitt and Leo Strauss, the hidden dialogue...*, pp. 45 –46.
- ⁵ Aquí siguiendo nuevamente a Heinrich Meier que eficazmente define a Schmitt como teólogo político.
- ⁶ Autor de una obra monumental en la que destacan *Order and History*, 5 Vols editados en Baton Rouge por la Louisiana State University, *The New Science of Politics* (Chicago: Chicago University Press, 1952), *Science, Politics and Gnosticism*, (Chicago: Regnery, 1968) entre otros.
- ⁷ Ver al respecto Fernando Fuenzalida Vollmar, "Metapolítica: entre el Nomos y el Anomos", introducción al libro de Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000) pp. 17 –27.
- ⁸ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt...* p. 66.
- ⁹ Génesis 3: 14 –15.
- ¹⁰ Precisamente las raíces de su famosa definición de lo político, es decir la distinción entre amigo y enemigo emana de su pensamiento teológico. Ver *Der Begriff des Politischen*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1932), edición en español *El Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1991).
- ¹¹ Gopal Balakrishnan, *The Enemy, an intellectual portrait of Carl Schmitt*, (London: Verso, 2000) p. 57. Debemos tener presente que Schmitt apunta a la moderación y control del horizonte escatológico y es precisamente esta posición la que lo aproximará muchísimo a la filosofía política de Leo Strauss como veremos más adelante.
- ¹² Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt*, *Ibid.*
- ¹³ *Ibid.*, p. 70.
- ¹⁴ Véase que hacemos una distinción precisa entre teología y teología política, la primera sólo tiene que ver con el bien y el mal mientras que la segunda se centra en la lucha entre ambos (en un espacio) y que en algún momento culminará mas no sabemos cuando ocurrirá esto.
- ¹⁵ Palabra griega que significa (el) "que retarda" o "retrasa".
- ¹⁶ Segunda Epístola de San Pablo a los Tesalonicenses, 2: 6 –8: "Ya sabéis vosotros la causa que ahora le detiene, hasta que sea manifestado o venga en su tiempo señalado. El hecho es que ya va obrando o formándose el misterio de la iniquidad; entretanto el que está firme ahora, manténgase, hasta que sea quitado el impedimento. Y entonces se dejará ver aquí perverso, a quien el Señor Jesús matará con el resuello o el solo aliento de su boca, y destruirá con el resplandor de su presencia."
- ¹⁷ Alexander Dugin, *The Paradigm of the End; metaphysics of annunciation*, INET, 1997. Citado por Fernando Fuenzalida Vollmar, *Ob.cit.*, p. 24.
- ¹⁸ Nótese que dentro de esta descripción se pueden ubicar quienes teniendo una percepción extremadamente pesimista de la naturaleza humana consideran que la libertad es una carga y que la virtud es también imposible de alcanzar. Esta forma de pensamiento abre el camino a la filosofía política moderna y se puede encontrar en autores como Maquiavelo y Hobbes como lo señala claramente Leo Strauss. Cfr. *What is Political Philosophy? and Other Studies*, (Chicago: Chicago University Press 1988). Traducción incompleta, *¿Qué es Filosofía Política?* (Madrid: Guadarrama, 1970) también, *Natural Right and History*, (Chicago: Chicago University Press, 1953).
- ¹⁹ Aunque Schmitt no lo viera de esta manera, ver John P. McCormick, *Carl Schmitt 's critique of liberalism...* p. 94.
- ²⁰ Nicolás Berdiaev, *El espíritu de Dostoiévski*, (Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1978) p.157. También para una magnífica lectura de la obra de Dostoiévski y el problema teológico ver de Ellis Sandoz, *Political Apocalypse, a study of Dostoiévski 's Grand Inquisitor*, (Wilmington: ISI Books, 2000) second edition.
- ²¹ Buena parte de nuestra argumentación sobre la relación directa entre Schmitt y Strauss descansa precisamente en la búsqueda de la libertad que emprenden ambos autores y que hace afín la visión schmittiana de la teología política con la propuesta de filosofía política de Leo Strauss, estos argumentos serán expuestos en la tercera parte de este texto.
- ²² Schmitt entiende que esta "extraña" relación de opuestos puede ser vista dentro de la historia de la Iglesia Católica que reflejaría el modo de actuar de la teología política. Por ejemplo, se puede comprobar como la Iglesia Católica ha acogido en su seno figuras contrarias como el diplomático y pensador reaccionario español Donoso Cortés y el activista sindical irlandés Padraic Pearse o como la Iglesia logró incorporar también cultos paganos. Cfr. *Römischer Katholizismus und Politische Form* (Hellerau: Jakob Hegner, 1923). En este trabajo empleamos la edición en inglés: *Roman Catholicism and Political Form*, (Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1996) Trad. G.L. Ulmen. p. 7.
- ²³ Básicamente Joseph de Maistre y Juan Donoso Cortés quienes sin embargo, pueden ser ubicados dentro de una tradición muy próxima a la schmittiana. Ver Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente*, *Ob.cit.*, pp. 75 – 123. Para una lectura schmittiana del diplomático español del siglo XIX, ver, Carl Schmitt, "Donoso Cortés in Berlin, 1849" (1927) y "Der unbekannt Donoso Cortés" (1929) en: *Positionen und Begriffe* (Duncker & Humblot, Berlin, 1940) y también *Donoso Cortés in gesamt-europäischer Interpretation: Vier Aufsätze* (Köln: Greven, 1950). Traducción al español, *Interpretación Europea de Donoso Cortés*, (Madrid: Rialp, 1963).
- ²⁴ Robert Howse, *Ob.cit.*, p. 64.
- ²⁵ *Ibid.*
- ²⁶ Al respecto dice Schmitt: "Porque el dogma tridentino del pecado original no es simple ni radical. A diferencia de la concepción luterana, no habla de abyección, sino solamente de desfiguración, enturbamiento y vulneración, mas admitiendo enteramente la posibilidad de lo naturalmente bueno". Carl Schmitt, *Interpretación Europea de Donoso Cortés...* p.79. También en *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1988), p.57. Resulta importante aquí ver como la teología –política marca sus distancias del cristianismo luterano que se ubicará más bien en proximidades del positivismo y la filosofía kantiana.
- ²⁷ Carl Schmitt, *Roman Catholicism and Political Form...*, p. 8.
- ²⁸ Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, (1922) edición revisada (Berlin: Duncker & Humblot, 1934). Para este ensayo empleamos la traducción al inglés, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Existe también edición en español, *Teología Política* (Buenos Aires: Struhart, 1985).
- ²⁹ Carl Schmitt, *Political Theology...* p. 5.
- ³⁰ *Ibid.*
- ³¹ George Schwab, *The Challenge of the Exception, an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*, 2nd. Edition (Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1989) p. 44. Por cierto, que es texto fue pionero en la introducción del pensamiento schmittiano en el contexto académico norteamericano.
- ³² La naturaleza de la disputa parte del hecho de que para Schmitt no puede haber la idea de reglas impersonales o de una "Norma Fundante" que aparece de la nada y también de que la organización política de la democracia liberal en Weimar carece de legitimidad real para poder constituirse como "voluntad del pueblo", en contraposición Kelsen consideraba que las reglas debían de estar libres de cualquier contaminación valorativa constituyendo solamente un sistema normativo neutral que organice una sociedad democrática.
- Para una discusión sobre las tesis de Schmitt y Kelsen ver: Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham: Duke University Press, 1997) pp. 85 –119. También, David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Oxford University Press 1997) caps. 2 y 3, y William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception, The Frankfurt School and the Rule of Law*, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 1997).
- ³³ Robert Howse, *ob.cit.*, p. 60.
- ³⁴ Quizá la más clara muestra de la indiferencia liberal por la decisión la encontremos en el recordado pasaje del diplomático y político español del siglo XIX Don Juan Donoso Cortés, Marqués de Valdegamas en el que describe crudamente la naturaleza del pensamiento liberal y que seguramente fue extremadamente inspirador para Schmitt: "De todas estas escuelas esta es la más estéril; porque es la menos docta y la más egoísta. Como se ve nada sabe de la naturaleza del mal ni del bien: apenas tiene noticias de Dios, y no tiene ninguna del hombre. Impotente para el bien, porque carece de toda afirmación dogmática, y para el mal porque le causa horror toda negación intrépida y absoluta, está condenada sin saberlo, a ir a dar con el bajel que lleva su fortuna o a los escollos del socialistas. Esta escuela no domina sino cuando la sociedad desfallece, el periodo de su dominación es aquel transitorio y fugitivo en el que el mundo no sabe si irse con Barrabás o con Jesús, y está suspenso entre una afirmación dogmática y una negación suprema...".
- Juan Donoso Cortés, "Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo" en *Obras Completas*, Vol IV. (Madrid: Imprenta de Tejado Editor, 1854) pp. 154 –155.
- ³⁵ Carl Schmitt, *Political Theology...* p. 36 Nótese también como Schmitt considera que los conceptos políticos modernos son a su vez conceptos teológicos secularizados habiendo tomado esta referencia de Juan Donoso Cortés que a su vez la tomo de Proudhon, Cfr. Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente...* p. 111. En realidad en la obra schmittiana la política converge con la moral y con la política. Cfr. Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt...* p. 122.
- ³⁶ Carl Schmitt, *Ibid.*, p. 6.
- ³⁷ Paul Hirst, "Carl Schmitt 's Decisionism", p.12 en: Chantal Mouffe (ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*, (London: Verso 1999)
- ³⁸ Carl Schmitt, *Political Theology...* p. 15.
- ³⁹ *Ibid.*
- Evidentemente si esto no fuera así entonces tendríamos que Schmitt estaría apoyando la guerra y el conflicto permanente al mismo tiempo esta tesis sería contraria al pensamiento teológico – político que no tiene la lectura extrema pesimista de algunas otras perspectivas como el luteranismo ya mencionado.
- ⁴⁰ Aquí se observa la deuda que tiene Schmitt de pensadores decisionistas como el ya citado Donoso Cortés pero también en autores como Bodin y Hobbes: "Punto de partida de la construcción del Estado en Hobbes es el miedo del estado de naturaleza: su meta y objetivo, la seguridad del estado civil político." Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symboles* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1938). En español, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes* (Buenos Aires: Struhart, 1990) p. 29. También en *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1921). En español, *La Diktadura*, (Madrid: Alianza, 1985).
- ⁴¹ "La auténtica cristiandad fue anti – utópica porque no prometía la justicia en este mundo. El salvador cristiano no fue un dador de leyes sino simplemente aquél que deroga las antiguas". Bopal Balakrishnan. *Ob.cit.* p.223.
- Con esto también Schmitt queda libre de toda la serie de acusaciones de las que es objeto y donde se le tilda de ser un propagandista de ideas totalitarias o fascistas como lo quieren pintar algunos académicos liberales y socialistas, uno de los más conocidos es sin duda el profesor de la Universidad de New York (NYU) Stephen Holmes, Cfr. *The Anatomy of Antiliberalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1993) pp. 37 –60.
- ⁴² Cfr. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934). Edición en español, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (Madrid: Tecnos, 1996).
- ⁴³ Carl Schmitt, *Political Theology...* p. 59.

- ⁴⁴ *Ibid.*
- ⁴⁵ *Ibid.*, p. 63.
- ⁴⁶ Génesis 3: 1 – 24.
- ⁴⁷ Eduardo Hernando, “Libertades Republicanas para el nuevo nomos peruano: ¿necesitamos realmente más derechos?” en: *Perú: ¿En qué país queremos vivir?* Tomo II (Lima: IPAE, 2,001) p. 3 56.
- ⁴⁸ Robert B. Pipin, *Idealism as Modernism, Hegelian Variants*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997) pp.209 – 210. Esta idea de pretender controlar la realidad política se inicia con Maquiavelo. Cfr. Leo Strauss “The Three Waves of Modernity” en: *An Introduction to Political Philosophy, Ten Essays by Leo Strauss*, Hilail Gildin (ed). (Detroit: Wayne State University Press, 1989) p. 84.
- ⁴⁹ Tal ha sido el impacto de la obra de Strauss en Estados Unidos que no han faltado quienes lo han acusado de ser también un ideólogo del partido Republicano y de propagar una moral nietzschiana. Para una visión tan distorsionada de Leo Strauss ver de Shadia Drury, *The Political Ideas of Leo Strauss* (London: St.Martin’s Press, 1988) en especial el cap.1. También aunque algo menos radical que el texto de Drury, el texto ya citado de Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism* pp. 61 –87.
- ⁵⁰ Los textos de Strauss en español son el también ya mencionado *¿Qué es Filosofía Política?* (Madrid: Guadarrama, 1970); *Meditación sobre Maquiavelo*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964); *Historia de la Filosofía Política*, (México: FCE,1993); *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*, (Valencia: Edicions Alfons el Magnanim, 1996). Editado e introducido por Antonio Lastra. Existen también referencias a la obra straussiana en: Luc Ferry, *Filosofía Política I. El derecho: la nueva querrela de los antiguos y los modernos* (México: FCE, 1991); Fernando Vallespín, “La vuelta a la tradición clásica” en: *Historia de la Teoría Política*, Vol 5, Fernando Vallespín (ed) (Madrid: Alianza, 1993); Pablo Badillo O’Farrell, *Fundamentos de Filosofía Política*, Cap. 7. (Madrid: Tecnos, 1998); Javier Roiz, “Leo Strauss (1899 –1973): ¿Un Pensador Perverso?” En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 110, Madrid, Octubre – Diciembre 2,000, pp.27 – 58. También, en Javier Campos Daroca, “Leo Strauss, lector de Alfarabi, lector de Platón” *Metapolítica* N° 13, México, Vol. 4 Enero/Marzo 2,000. Finalmente el epílogo al pensamiento de Strauss en *Historia de la Filosofía Política* por Nathan Tarcov y Thomas Pangle.
- ⁵¹ Leo Strauss, “Jerusalem and Athens some preliminary reflections, en: *Leo Strauss Studies in Platonic Political Philosophy*, Thomas Pangle (introd) (Chicago: Chicago University Press, 1983). En español, “Jerusalén y Atenas, algunas reflexiones preliminares” en: *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*. También, en Leo Strauss, “The Mutual Influence of Theology and Philosophy”, *The Correspondence Between Leo Strauss and Eric Voegelin, 1934 –1964, Faith and Political Philosophy*, traducido y editado por Peter Emberley y Barry Cooper (Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1993).
- ⁵² Aquí trataremos de pensar que se trata de una relación análoga a la de la regla y la excepción, y a la imagen de la *complexio oppositorum* que señala Schmitt aunque para el mismo Strauss el problema sea más complejo: “Nadie puede ser al mismo tiempo un filósofo o un teólogo, o, en cuanto a eso, un tercero que este más allá del conflicto entre la filosofía y la teología o una síntesis entre ambos” Leo Strauss, “The Mutual Influence of Theology and Philosophy” p. 217. También “What is Political Philosophy?” en *What is Political Philosophy? An other studies...* p. 13. Sin embargo, en “The Three Waves of Modernity” señala que “ para juzgar adecuadamente la doctrina de Maquiavelo, debemos considerar que existe en un punto crucial un acuerdo entre la filosofía clásica y la Biblia, entre Atenas y Jerusalén. De acuerdo con la Biblia el hombre es creado a imagen de Dios, se le ha dado el gobierno de todas las criaturas terrestres , no se le ha dado el gobierno sobre la totalidad, se le ha puesto en un jardín para que lo trabaje y cuide de él; posee pues un lugar, la virtud es la obediencia al orden divino, así como en la filosofía clásica la justicia es cumplimiento con el orden natural” p. 86.
- ⁵³ Leo Strauss, *The City and Man*, (Chicago: Chicago University Press, 1978) p.13.
- ⁵⁴ Leo Strauss, “What is Political Philosophy?” ... p. 11.
- ⁵⁵ Leo Strauss, *The City and Man*...p. 1.
- ⁵⁶ “What is Political Philosophy”, ...pp. 10 – 11.
- ⁵⁷ *Ibid.*, p. 12.
- ⁵⁸ *Ibid.* “On Classical Political Philosophy” en: *What is Political Philosophy*,... p. 87.
- ⁵⁹ Leo Strauss, *Natural Right and History*, p. 139.
- ⁶⁰ “The Three waves of modernity” ... p. 85.
- ⁶¹ Leo Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes, Its Basis and Its Genesis*, (Chicago: Chicago University Press, 1952); Leo Strauss, *Thoughts on Maquiaveli* (Chicago: Chicago University Press, 1958).
- ⁶² “What is Political Philosophy?” ...p. 41.
- ⁶³ *Ibid.*, p. 47.
- ⁶⁴ “Toda legitimidad tiene su origen en la ilegitimidad” *Natural Right and History*... p. 179.
- ⁶⁵ “What is Political Philosophy?”... p. 50.
- ⁶⁶ “The Three waves of modernity”... p. 90.
- ⁶⁷ Y no de acuerdo a la naturaleza de las cosas como sostiene el derecho natural clásico.
- ⁶⁸ *Ibid.*, p. 91.
- ⁶⁹ *Ibid.*, p.94.
- ⁷⁰ Como en la idea de bondad sostenida por Rousseau.
- ⁷¹ *Ibid.* En este sentido, sin embargo, la tercera ola representaría una crítica al historicismo que el mismo Strauss aceptaría. Cfr. Laurence Lampert, *Leo Strauss and Nietzsche*, (Chicago: Chicago University Press,1996), pp. 6 –7.
- ⁷² *Ibid.*, p. 95 –96.
- ⁷³ *Ibid.*, p. 96 –97.
- ⁷⁴ *Ibid.*, p. 98.
- ⁷⁵ Leo Strauss, “What is Liberal Education?”, en *An Introduction to Political Philosophy, Ten Essays by Leo Strauss*, p. 311.
- ⁷⁶ “uno debe distinguir entre lo que es *por naturaleza*, en donde no tenemos posibilidades de elección, y lo que es *de acuerdo a la naturaleza*, esto es, el estándar por el cual uno escoge”. Harvey C. Mansfield, *A Student Guide to Political Philosophy*, (Wilmington, Delaware: ISI Books, 2,001) p. 19.
- ⁷⁷ *Ibid.*
- ⁷⁸ Leo Strauss, *Persecution and the Art of Writing*, (Chicago: Chicago University Press, 1988) p. 30.
- ⁷⁹ Allan Bloom, “Emilio” en *Gigantes y Enanos, la tradición ética y política de Sócrates a Rawls*, (Barcelona: Gedisa, 1999) pp. 233 – 271.
- ⁸⁰ *Ibid.*, p. 248.
- ⁸¹ John McCormick, “The Dilemmas of Dictatorship, Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers” en *Law as Politics, Carl Schmitt’s critique of Liberalism*, David Dyzenhaus (ed) pp. 218 –219.
- ⁸² Leo Strauss, *The City and Man*...p.1 De hecho, el problema con la modernidad es que parte precisamente de la separación del hombre de la ciudad.
- ⁸³ Leo Strauss, “The Mutual Influence of Theology and Philosophy” en: *Faith and Political Philosophy*...p. 218.
- ⁸⁴ *Ibid.* p. 219.
- ⁸⁵ “La búsqueda de los principios procede de la percepción sensible, del razonamiento, y de lo que ellos llamaban *noesis*, que se traduce literalmente como “comprensión” o “intelecto”, y que podemos traducir con más precisión como conocimiento, un conocimiento con los ojos de la mente distinguiéndola del conocimiento sensible”. *Ibid.*
- ⁸⁶ *Ibid.*
- ⁸⁷ “Jerusalem and Athens, some preliminary reflections” en: *Leo Strauss, Studies in Platonic Political Philosophy*... p. 159.
- ⁸⁸ “The Mutual Influence of Theology and Philosophy”... p. 220.
- ⁸⁹ “Progress or Return?” en: *An Introduction to Political Philosophy, Ten Essays by Leo Strauss*. pp. 279 – 280.
- ⁹⁰ “Audacium existimo de bono divi praecepti disputare, neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit”. Citado por Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt*... p. 92.
- ⁹¹ *Ibid.*, p. 221.
- ⁹² Steven B. Smith, “Between Athens and Jerusalem” en: *The Review of Politics*, Invierno 1991, N°1. Vol. 53 p. 81.
- ⁹³ Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Chicago: Chicago University Press, 1996) p. 69.
- ⁹⁴ Leo Strauss, “Notes on Carl Schmitt The Concept of the Political” en: Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, Op.cit. En español, “Apuntaciones sobre el Concepto de lo Político de Carl Schmitt” en: *Persecución y Arte de Escribir, y otros ensayos de Filosofía Política*.
- ⁹⁵ “En la terminología de Schmitt esto significa que el *status naturalis* es el estado auténticamente político; pues también para Schmitt lo político reside “no en la lucha misma, sino en un comportamiento determinado por esta posibilidad real. Se desprende, de este modo, que lo político, a que Schmitt reporta validez fundamental, es el estado de naturaleza que sustenta toda cultura; Schmitt honra el concepto hobbesiano de estado de naturaleza.” Apuntaciones sobre el Concepto de lo Político de Carl Schmitt” p. 38.
- ⁹⁶ Schmitt, en la primera edición del *Concepto de lo Político* (1927) llama a la política “un dominio independiente” como cualquier otro dominio como por ejemplo la economía o la moral, empero, después reconocerá que la política abarca todas las esferas. Ciertamente, se dice que esto responde fundamentalmente al contexto en el que escribió ya que en el caso primero se trataba de defender la política frente a la hegemonía del liberalismo reclamando la autonomía de la política pero en el segundo caso ya la política había vencido al liberalismo y entonces ahora si podía dirigirse hacia el ataque. Cfr. Susan Shell, “Meier on Strauss and Schmitt”, en *The Review of Politics*, Invierno 1991, N°1, Vol.35., pp. 219 – 220.
- ⁹⁷ Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*...pp. 29 – 30. Este positivismo podría derivar en la autocracia.
- ⁹⁸ *Ibid.*, 20. Ver también, William E. Scheuerman, *Carl Schmitt The End of Law* (Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1999) cap. V, p. 124.
- ⁹⁹ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt*...pp. 162 –163.
- ¹⁰⁰ Con la segunda llegada de Cristo al final de los tiempos. *Ibid.*, p. 24.
- ¹⁰¹ *Ibid.* p. 74.
- ¹⁰² Véase como un ejemplo de ello sería la República de filósofos que propuso la ilustración francesa y que tuvo que concluir en el terror jacobino.
- ¹⁰³ Leo Strauss, *The City and Man*, p. 30.
- ¹⁰⁴ Carl Schmitt, *Political Theology*... p. 15.

Foro Académico agradece a las siguientes personas e instituciones:

Pontificia Universidad Católica del Perú

Armando Zolezzi Möller

Rogelio Llerena Quevedo

Luis Becerra Chávez

Javier Neves Mujica

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Benjamin Aguilar Llanos

Raúl Saco Barrios

Christian Guzmán Napuri

Félix Morales Luna

Carmen Robles Moreno

Renato Mejía Madrid

Carlos Cornejo G.

Notaria Marcial Ojeda Sánchez

Notaria Victor Rojas Pozo

Notaria Lluvidsa Tovar Pineda

Liliana Muguera Guadalupe

Miguel Ángel Ronceros Neciosup

Familia Jordán Manrique

Familia Ágrede Aliaga

Familia García Chávarri

Familia Ramírez Varela

Familia Santander Rengifo

Familia Silva del Carpio

Kinko`s Impresores S.A.C.

Marcerlo Dall`orso Contreras

Javier A. Talavera Villanueva

Hernández & Roselló Abogados

Estudio Guzmán Abogados