

Vol. 73

2016 - 2017

ISSN 0034-7949



REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS**

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



ÓRGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

DECANO

Dr. GERMÁN SMALL ARANA

DIRECTOR

Dr. FRANCISCO ROGER CARRUITERO LECCA

COMITÉ DE REDACCIÓN

Dra. Carmen Meza Ingar

Dr. Medardo Nizama Valladolid

Dr. Santiago Osorio Arrascue

Mg. Alexei Dante Sáenz Torres

Mg. Héctor Elvís Martínez Flores



Vol. 73 - Año 2016 - 2017

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
FUNDADA EN 1936

Vol. 73. Año 2016 - 2017

FUNDADORES

Drs. Pedro M. Oliveira, Decano (+1958), Alberto Ulloa Sotomayor (+1975),
Angel Gustavo Cornejo (+1943), Juan Bautista de Lavalle (+1970), Jorge Basadre (+1980) y
Manuel G. Abastos (+1983)

Director

Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca

Comité Directivo

Dra. Carmen Meza Ingar

Dr. Medardo Nizama Valladolid

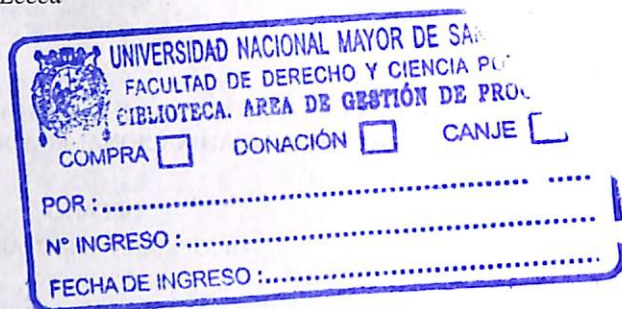
Dr. Santiago Osorio Arrascue

Mg. Alexei Dante Sáenz Torres

Mg. Héctor Elvis Martínez Flores

Diseño y Diagramación

Jorge Fernando Gómez Bautista



La RDCP está abierta a los especialistas nacionales y extranjeros que se ocupan de temas afines a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Invita a colaborar de distintas formas ya sea enviando un artículo, una nota de investigación, informes sobre la actualidad científica, documentos, comentarios de jurisprudencia o recensiones de libros. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Correspondencia y Canje:
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Av. Venezuela, cuadra 34
Apartado 524
Lima 1 - Perú
Telfs : 452-0279 Telefax: 452-0550



INDICE GENERAL

Nómina de las Autoridades de la Facultad
Nómina de los Profesores Honorarios y Eméritos de la Facultad
Nómina de los Profesores de la Facultad

EDITORIAL

Págs.

Ciencia Política

FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA. *Las fuentes de la Ciencia Política de la liberación.*

19 - 37

Derecho Civil

EUGENIA SILVIA MARÍA ARIANO DEHO. *¿UN "MONITORIO" para el Perú?. Dudas sobre la oportunidad de introducir un procedimiento en expansión (también) en Iberoamérica.*

39 - 61

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA. *La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege.*

63 - 86

JUAN EULOGIO MORALES GODO. *Calificación liminar de las demandas en los procesos judiciales.*

87 - 109

Derecho Comercial

RAÚL BLADIMIRO CANELO RABANAL. *Nociones sobre el Contrato de Leasing Financiero y sus variantes.*

111 - 123

Derecho Constitucional

- JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO.** *La Constitución Multicultural Peruana.* 125 - 151
- RAÚL ROOSEVELT CHANAMÉ ORBE.** *Breves apuntes sobre el Sistema Electoral Peruano.* 153 - 185
- RICARDO ARTURO BEAUMONT CALLIRGOS.** *Por vencimiento del plazo. La renuncia al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional como acto de dignidad.* 187 - 193

Derecho Internacional

- FRANCISCO ROGGER CARRUITERO LECCA.** *Evolución histórica de la Jurisdicción Militar Española* 195 - 243

Derecho Laboral

- LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VILCHEZ.** *Los principios rectores del proceso laboral en la Ley N° 29497.* 245 - 272

Derecho Penal

- ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES.** *Comentarios a propósito de la Reforma Penal de los Decretos Legislativos al amparo de la Ley N° 30336.* 273 - 293
- RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA.** *La ilusión de la "Autonomía" del delito de lavado de activos.* 295 - 305
- SILFREDO JORGE HUGO VIZCARDO.** *La problemática de la aplicación de la imputación necesaria.* 307 - 348
- VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA.** *Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba.* 349 - 376

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE.** *La dignidad humana y el principio PRO HOMINE.* 377 - 386

SECCIÓN EXTRANJEROS

- FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO.** *El lenguaje de las normas, las normas del lenguaje: Sobre la corrección del lenguaje normativo.* 389 - 443

- JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.** *Del escepticismo penal y de las penas criminales.* 445 - 469

- MARÍA JOSÉ MAJANO CAÑO.** *Hacia una definición de la Justicia Constitucional Comparada.* 471 - 495

- WENDY JARQUIN OROZCO.** *El necesario reconocimiento del principio de no discriminación por razón de la orientación sexual y de la identidad de género en el ordenamiento Jurídico-Constitucional Nicaragüense.* 497 - 524

SECCIÓN UNIDAD DE POST GRADO

- HENRY MENDOZA LABRÍN.** *La carga de la prueba en el procedimiento aduanero de duda razonable.* 527 - 556

- ROBERT LÁZARO GONZÁLES.** *El derecho al acceso a cargo público representativo como manifestación de los derechos políticos en el ordenamiento peruano.* 557 - 578

- WUAGNER JUANITO VIDARTE MONTENEGRO.** *El control de constitucional por parte del Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura.* 579 - 599

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**Dr. ORESTES CACHAY BOZA
(Rector)**

**Dra. ELIZABETH CANALES AYBAR
(Vicerrectora Académica de Pregrado)**

**Dr. FELIPE SAN MARTÍN HOWARD
(Vicerrector de Investigación y Postgrado)**

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**Dr. GERMÁN SMALL ARANA
Decano**

**Vice Decano Académico
Dr. VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS**

**Director de la Unidad de Postgrado
y
Vice Decano de Investigación y Postgrado
Dr. JOSÉ ALBERTO RETAMOZO LINARES**

**Director de la Escuela Profesional de Derecho
Dr. SILFREDO JORGE HUGO VIZCARDO**

**Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política
Dr. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA**

**Directora Administrativa (e)
Lic. DIANA CCAHUAY GARRIAZO**

**Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria
Dr. JUAN EULOGIO MORALES GODO**

**Director de la Unidad de Investigación
Dr. JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA**

PROFESORES HONORARIOS (Derecho)

Alexy, Robert	Fernández Segado, Francisco	Niles, Russel D.
Alessandri, Arturo (+)	Franca, Rubens Limongi	Parejo Alfonso, Luciano
Alterini, Atilio Aníbal	Franco, Manuel de Oliveira	Peyrano, Jorge W.
Asencio Mellado, José María.	García de Enterría, Eduardo	Rébora, Juan Carlos
Atienza Rodríguez, Manuel	García Maynes, Eduardo (+)	Recaséns Siches, Luis (+)
Baratta, Alessandro	Garrido, Luis	Rescigno, Pietro
Barcía Trelles, Camilo	Ghezzi, Giorgio	Roca Roca, Eduardo
Bedoya Reyes, Luis	Gómez de la Torre, Ignacio	Rocco, Emma Adelaida
Bidart Campos, Germán J.	Gordillo, Agustín	Romagnoli, Umberto
Borda, Guillermo Antonio	Kemelmajer de Carlucci, Aida	Rousseau, Charles (+)
Calmón, Pedro (+)	Laplaza, Francisco P. (+)	Roxin, Claus
Cançado Trindade, Antonio	Lene, Ernesto (+)	Tiedemann, Klaus
Cappelletti, Mauro	Malherbe, Jacques	Sieber, Ulrich
Cortiñas Peláez, León	Martí Bufill, Carlos	Soler, Sebastián (+)
De Barros Carvalho, Paulo	Massimo Bianca, Cesare	Visintini, Giovanna
De Buen Lozano, Nestor	Mateo, Ramón Martín	Zamudio, Héctor Fix
De Rego Monteiro, Luis A.	Mozart Victor Russomano,	
Díez-Picazo, Luis	Muñoz Conde, Francisco	
Espin Cánovas, Diego	Nieto García, Alejandro	

PROFESORES EMÉRITOS (Derecho)

Abastos, Manuel G. (+)	Fernández Sessarego, Carlos	Moisset de Espanés, Luis
Acevedo Criado, Luis (+)	Ferrero Costa, Augusto	Montoya Manfredi, Ulises (+)
Alzamora Silva, Lizardo (+)	Ferrero Costa, Raúl Enrique J.	Nugent, Ricardo (+)
Alzamora Valdez, Mario (+)	García Calderón, Manuel (+)	Parodi Remón, Carlos
Aparicio Valdez, Germán	García Montúfar, Guillermo (+)	Quispe Correa, Alfredo (+)
Aramburú Menchaca, Andrés (+)	García Rada, Domingo (+)	Rendón Vásquez, Jorge
Arias Schreiber Pezet, Max (+)	Gazzolo Miani, Luis (+)	Rodríguez Pastor, Carlos (+)
Bacacorzo, Gustavo	Heraud Cricet, Luis (+)	Roy Freyre, Luis Eduardo
Basadre, Jorge (+)	Herrera Paulsen, Dario (+)	Ruiz Eldredge Rivera, Alberto (+)
Bramont Arias, Luis A. (+)	La Hoz Tirado, Ricardo (+)	Solis Espinoza, Alejandro
Cabredo Ríos, María Jesús	Lanatta, Rómulo E. (+)	Tello Johnson, Jacinto (+)
Castañeda, Jorge Eugenio (+)	León Barandiarán, José (+)	Thol, Juan (+)
Castillo Colonna, Luciano (+)	Llontop Amorós, Carlos	Vásquez de Velasco Prentice, Rafael (+)
Castillo Dávila, Melquiades (+)	Maúrtua Vásquez, Víctor (+)	Vicente Ugarte del Pino, Juan (+)
Dumbar Temple, Ella (+)	Mimbela de los Santos, Eduardo	

DOCENTES DE FACULTAD

PROFESORES PRINCIPALES

Amoretti Pachas, Víctor Mario
Beaumont Callrigos, Ricardo Arturo
Brouset Salas, Ricardo Alberto
Cabrera Vásquez, Marco Antonio
Lugo Carrión, Jorge Isaías
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt
Chávez De Paz, Greogorio Dennis
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Gonzales Espinoza, Chedorlaomer Rubén
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo
Horna Torres, José
Huancahuari, Flores Simeón
Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo
Landa Arroyo, César Rodrigo
López Cava, Max
Mallqui Quijano, William Gaudencio
Martínez Flores, Héctor Elvis
Meza Ingar, Carmen
Miró Quesada Rada, Francisco José
Montoya Alberti, José Ulises
Morales Godo, Juan Eulogio

Nizama Valladolid, Medardo
Ñique De La Puente, José Antonio
Palacios Castillo, Emma
Palomino Manchego, José Félix
Peñaranda Portugal, Percy
Pérez Ríos, Carlos Antonio
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Ramirez Erazo, Ramón
Rendón Vásquez, José Roberto
Retamozo Linares, José Alberto
Reyes Ríos, Nelsón
Romero Montes Francisco Javier
Romero Quispe, Jacobo
Sáenz Torres, Alexei Dante
Sánchez Velarde, Pablo Wilfredo
Silva Vallejo, José Antonio Nicanor
Small Arana, Germán
Stewart Balbuena, Alberto
Toro Llanos, Víctor Enrique
Torres Vásquez, Anibal
Urquizo Olaechea, José Francisco
Villa Stein, Javier
Zárate Del Pino, Juan Belfor

PROFESORES ASOCIADOS

Abregú Baez, María Del Carmen
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bolaños Velarde, Víctor Hugo
Castañeda Serrano, Cesar Gilberto
Canelo Rabanal, Raúl Bladimiro
Carruitero Lecca, Francisco Rogger
Chávez Marmanillo, Juan Gualberto
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
Cueto Chumán, Pedro Gustavo Alberto
Estrada Choque, Aldo Vladimiro
Fernández Cartagena, Julio Augusto
Fernández Fontenoy, Carlos
Figuroa Bustamante, Julio Hernán
Gamarra Vilchez, Leopoldo Félix
Guerra Cerrón De Muller, Jesús María Elena
Hernández Campos, Carlos Augusto L.
Injante Grimaldo, Carlos Alberto
Leyton Zárate, Oscar

Mávila León, Rosa Delsa
Palma Navea, José Enrique Benjamín
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Paucar Gómez, Amelio
Peña Farfán, Saúl
Portocarrero Quintana, Jesús Mario
Principe Trujillo, Hugo Herculano
Salgado Padilla, Felipe Amadeo
Seijas Rengifo, Teresa De Jesús
Soria Alarcón, Manuel Felipe
Soto Vallenas, Víctor Gastón Aquiles
Tapia Cabañin, Miguel Angel
Trujillo Meza, Manuel Vicente
Vargas Jaramillo, Guillermo Julio
Varsi Rospigliosi, Enrique Antonio
Vigil De Quiróz, Clotilde Cristina
Yzaguirre Lucar, Primitivo Alejandro

PROFESORES AUXILIARES

Aliaga Jibaja, Luis Augusto
Baldeón Ríos, Juan Francisco
Bazán Chávez, Juan Antonio
Bernui Ore, Pedro Enrique
Castellares Aguilar, Víctor Rolando
Ciudad Renaud, Adolfo Alberto
Coronado Labo, Pedro
Grandez Castro, Pedro Paulino
Hinojosa Rodríguez, David Miguel
Lama More, Héctor Enrique

Loayza Lazo, Alberto Antonio Martín
Morales Hervías, Rómulo Martín
Osorio Arrascue, Santiago
Robles Moreno, María Del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo Juan Francisco
Sandoval Samaniego, Vicenta Barbara
Sánchez Manrique Tavella, Carlos
Zelada Bartra, Jaime Víctor

EDITORIAL

La presente Revista de Derecho y Ciencia Política volumen 73 año 2016, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política que hoy presentamos, tiene su origen desde 1936 y que ha servido para presentar ensayos e investigaciones que han marcado la pauta en el derecho nacional e internacional.

En este número escriben investigadores de reconocida trayectoria en distintas áreas del Derecho. Los artículos son producto del trabajo de investigación en el que los autores muestran preocupación por temas de actualidad; y por lo mismo, suscitan el interés para hacerlos llegar al público sanmarquino y a la comunidad jurídica nacional e internacional.

Dichos trabajos son:

El trabajo denominado “*Las fuentes de la Ciencia Política de la Liberación*”, presentado por el Dr. Francisco Miró Quesada Rada, investigador, es un estudio en el que desarrolla ideas coherentes y orientativas de la ciencia política con una mira a la liberación.

Asimismo, el tema “¿*Un monitoreo para el Perú? Dudas sobre la oportunidad de introducir un procedimiento en expansión (también) en Iberoamérica*”, elaborado por la Dra. Eugenia Silvia María Ariano Deho, profesora e investigadora, especializada en la disciplina de la ciencia procesal.

Igualmente el estudio de “*La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege*”, preparado por el Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza, especializado en la disciplina del Derecho Civil.

Además, el tema “*Calificación liminar de las demandas en los procesos judiciales*”, presentado por el Dr. Juan Eulogio Morales Godo, investigador del área de Derecho Procesal Civil.

Del mismo modo, el trabajo presentado: *“Nociones sobre el contrato de Leasing Financiero y sus variantes”*, elaborado por el Dr. Raúl Bladimiro Canelo Rabanal, investigador especializado en la temática de contratación internacional y otras disciplinas del Derecho Civil.

De la misma forma, el estudio *“La Constitución Multicultural Peruana”*, tema de gran interés preparado por el Dr. José Félix Palomino Manchego, profesor investigador, especializado en Derecho Constitucional.

También el artículo denominado *“Breves apuntes sobre el Sistema Electoral Peruano”*, presentado por el Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, profesor investigador y actualmente miembro del Jurado Nacional de Elecciones, especialista en temas de Derecho Constitucional.

El estudio: *“Por vencimiento del plazo. La renuncia al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional como acto de dignidad”*, presentado por el Dr. Ricardo Arturo Beaumont Callirgos, especializado en temas de Derecho Constitucional.

El trabajo denominado: *“Evolución histórica de la jurisdicción militar española”*, preparado por el Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca, y especialista en temas de Derecho Constitucional.

El estudio denominado *“Los principios rectores del proceso laboral en la Ley N°29497”*, preparado por el profesor Leopoldo Félix Gamarra Vilchez, profesor investigador y especialista en las disciplinas del Derecho laboral.

El trabajo *“Comentarios a propósito de la reforma penal de los Decretos Legislativos al amparo de la Ley N°30336”*, elaborado por el Dr. Alexei Dante Sáenz Torres, profesor investigador y destacado especialista en las disciplinas del derecho penal.

El trabajo intitulado: *“La Ilusión de la “Autonomía” del delito del Lavado de activos”*, presentado por el Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, profesor, investigador y especialista en derecho penal.

También el estudio *“La Problemática de la aplicación de la imputación necesaria”*, preparado por el Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, especializado en la disciplina del Derecho penal.

El tema denominado *“Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba”*, presentado por el Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, investigador en la disciplina del Derecho procesal penal.

Asimismo, el estudio intitulado: *“La dignidad humana y el principio pro homine”*, elaborado por el Dr. José Antonio Nique de la Puente, profesor investigador, especializado en la disciplina del Derecho Constitucional.

En el plano de los aportes internacionales tenemos el estudio denominado: *“El lenguaje de las normas, las normas del lenguaje: sobre la corrección del lenguaje normativo”*, preparado por el Dr. Francisco Javier Díaz Revorio, destacado jurista español, profesor de la Universidad de Castilla La Mancha Toledo.

El trabajo intitulado: *“Del escepticismo penal y de las penas criminales”*, presentado por el Dr. Juan Fernández Carrasquilla, esclarecido jurista colombiano.

El trabajo sobre el tema: *“Hacia una definición de la Justicia, justicia Constitucional Comparada”*, elaborado por la Dra. María José Majano Caño, profesora de la Universidad de Castilla La Mancha Toledo.

Y el estudio denominado: *“El necesario reconocimiento del principio de no discriminación por razón de orientación sexual y de la identidad de género, en el ordenamiento Jurídico-Constitucional Nicaragüense”*, preparado por la Dra. Wendy Jarquín Orozco, jurista nicaragüense, profesora de la Universidad de Castilla La Mancha Toledo.

Asimismo, en este volumen presentamos los aportes de los alumnos de la Unidad de Postgrado: *“La carga de la prueba en el proceso aduanero de duda razonada”*, presentado por Henry Mendoza Labrín. El estudio denomina-

do. *“El derecho al acceso a cargo público representativo como manifestación de derechos políticos en el ordenamiento peruano”*, elaborado por Roberto Lázaro Gonzales. Y el trabajo intitulado. *“El control constitucional por parte del Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”*, presentado por Wagner Juanito Vidarte Montenegro.

Finalmente, la preocupación de la Universidad, específicamente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política es propiciar la investigación en temas de actualidad como el que se platea en éste volumen.

Decano de la Facultad

ESTUDIOS

Las fuentes de la Ciencia Política de la Liberación

Francisco José Miró Quesada Rada*

*Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
fmiroqra@comercio.com.pe*

SUMARIO: Resumen. Palabras Claves. INTRODUCCIÓN. 1.- La teoría de la Dependencia. 2.- La teología de la Liberación. 3.- Filosofía de la Liberación. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política. Docente Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

RESUMEN

Lo que denominamos Ciencia Política de la Liberación es una propuesta alternativa a las categorías de estudio de la Ciencia Política elaborada en los países centrales, una reacción contra el holismo del conductismo, el estructural funcionalismo, el empirismo hiperfactualista y el cientificismo. Bajo estas categorías, la Ciencia Política no pretende describir y explicar la política a partir de las contradicciones entre dominación y liberación, que no sólo son fenómenos empíricos sino también históricos, trascendentales para comprender la variada fenomenología política.

Pero la Ciencia Política de la Liberación, tiene antecedentes. Fuentes que han contribuido a su formación. Estos antecedentes son la teoría de la Dependencia, la Teología de la Liberación, en aquello que tiene de histórico y científico, así como la Filosofía de la Liberación. Teorías creadas para explicar los fenómenos de dependencia, dominación y liberación. Pero además constituyen una denuncia contra toda forma de dominación.

No se puede comprender la Ciencia Política de la Liberación, sin estos antecedentes.

En consecuencia en este artículo explicamos el contenido de estas tres teorías, quienes son los representantes más notorios, en qué consisten sus propuestas, precisando que se trata de uno de los aportes más originales del pensamiento social y filosófico de América Latina. Porque en gran parte la Ciencia Política de la Liberación recoge sus categorías conceptuales y comprobaciones científicas.

PALABRAS CLAVES

- 1.- Ciencia Política.
- 2.- Dependencia.
- 3.- Dominación.
- 4.- Liberación.

INTRODUCCIÓN

Son tres las fuentes que inspiran a la Ciencia Política de la Liberación. La Teoría de la Dependencia, la Teología de la Liberación y la Filosofía de la Liberación. Dos vertientes, la primera de raíz sociológica y las otras filosóficas, si entendemos por teología un pensar filosófico sobre el significado y las enseñanzas de Cristo plasmadas en el Nuevo Testamento, que tiene antecedentes en el Antiguo Testamento.

La Ciencia Política de la Liberación, que estudia el poder, sin desconocer el valor de los estudios teológicos sobre la liberación, toma aquello que de esta teoría necesita, remite a los datos históricos y al estudio de la realidad del conflicto y las contradicciones entre la dominación y la liberación.

Dado que nuestra disciplina se nutre de estas tres teorías, vamos a pasar revista a cada una, intentando rescatar lo esencial de las mismas.

En el contexto de la polémica sobre la originalidad o no de la sociología y la filosofía social, política y ética latinoamericana, sostenemos que esta originalidad radica en las tres formas de pensamiento. Los científicos sociales y filósofos latinoamericanos son originales, precisamente debido a la Teoría de la Dependencia y la filosofía de la liberación, incluida su versión teológica desde luego, sobre todo esta última, que en el marco de una polémica contribuyó a profundizar el compromiso de la Iglesia con los pobres, los excluidos y los marginados, en el marco de un sistema de dominación. Pero también, tomando en cuenta otras fuentes, esta originalidad tiene una raíz africana y asiática, porque son formas de pensamiento creadas desde la periferia y no desde el centro, aunque utiliza también categorías elaboradas en el centro, tanto para las ciencias sociales, como para la filosofía, como el marxismo por ejemplo, pero adecuándolas a una realidad social dependiente y que recibe el impacto de las diversas formas de dominación provenientes del centro.

La Teoría de la Dependencia y de la dominación, cuestiona y propone salidas alternativas a los mecanismos de dominación, tanto de las burguesías locales, como de los grupos de poder transnacionales. Como precisa Dussel las "sociedades avanzadas del Occidente (Europa y Estados Unidos) y el Japón,

son algo así como el 15% de la humanidad presente, el resto constituye el 85%. En este caso, “la reproducción material” sigue siendo una referencia relevante de la legitimidad de todo orden político”.

1.- LA TEORÍA DE LA DEPENDENCIA

Según Theotonio Dos Santos “la teoría de la Dependencia, que surgió en América Latina en los años 60, intenta explicar las nuevas características del desarrollo dependiente, que ya se había implantado en los países latinoamericanos”.

Dos Santos explica, que la Teoría de la Dependencia, se gestó como un esfuerzo crítico cuya finalidad es comprender los límites “de un desarrollo iniciado en un período en que la economía mundial ya había sido constituida bajo la hegemonía de enormes grupos económicos y poderosas fuerzas imperialistas, aun cuando una parte de estas entraba en crisis, abriendo la oportunidad para el desarrollo del proceso de descolonización”.

Las formas de dependencia y dominación tradicionales heredadas del colonialismo anterior, fueron entonces reemplazadas por otras nuevas como expansión del capitalismo, sobre todo norteamericano.

Fernando Cardoso se refería a las tres vertientes que contribuyeron al concepto de dependencia:

1. Los análisis sobre los obstáculos al desarrollo nacional.
2. La actualización de los estudios sobre el capitalismo internacional en su fase monolítica desde una perspectiva marxista.
3. El análisis clasista de la historia latinoamericana.

La Teoría de la Dependencia fue una respuesta a la Teoría del Desarrollo “lineal” que se gestó en los Estados Unidos, cuyos principales exponentes fueron Rostow y Hirschman. El desarrollo no es “lineal” por el contrario, el modelo propuesto desde el centro es cuestionado a partir de este concepto, porque desde la perspectiva de los teóricos de la dependencia, la realidad más

que autonomía e independencia de los centros de poder internacional, había producido diversas formas de dependencia y reproducido nuevas formas de dominación. La dependencia de la periferia, de los países latinoamericanos, africanos y asiáticos, salvo el Japón, era una nueva realidad que debería ser analizada para salir de la situación de un nuevo subdesarrollo.

Esta dependencia no tiene su origen en el feudalismo, porque en América Latina, no hubo feudalismo. Desde esta perspectiva crítica, la Teoría del dualismo estructural entre la sociedad feudal y la moderna, es falsa. La realidad demuestra que desde sus orígenes coloniales América Latina fue capitalista. En una primera etapa, en los virreinos predominó el capitalismo mercantilista de tipo exclusivamente extractivo. Luego ya durante la independencia, y en un proceso que se inició a fines del siglo XIX y a lo largo de la primera mitad del siglo XX, se fue estableciendo el capitalismo industrial, sin desaparecer la concepción extractivista de raíz mercantilista.

Esta visión, que obedece a una realidad vinculada con la evolución del capitalismo en América Latina es claramente expuesta por Gunder Frank. "Sin duda es difícil de entender por qué o de qué manera, como se afirma, el sistema capitalista comercial e industrial en expansión pudo tener el interés o la posibilidad de establecer un sistema feudal, es decir, cerrado en América Latina. Desde luego, hizo todo lo contrario: incorporó América Latina, e igualmente a Asia y África, dentro de su propia estructura. En este proceso, por cierto surgió una especie de sociedad dual en América Latina, pero no en el sentido arriba mencionado (se refiere al dualismo sociedad feudal- sociedad capitalista moderna) en dos partes separadas, un sector campesino "feudal", aislado de la sociedad capitalista nacional e internacional. Al contrario, una sociedad dialécticamente dual con partes diferentes, pero no separadas: una explotada por la otra y lo que es menos cierto - y ni siquiera posible- es que la base del poder nacional en América Latina la constituyan los señores feudales. Al contrario, el poder y la determinación de la suerte del país (o de los países decimos) han descansado en la oligarquía burguesa comercial y financiera, interna y externa, cuya fortuna, a la vez, está determinada por su participación en el sistema capitalista".

Esta situación es una de explotación, según el autor pero no de una u otra empresa extranjera, sino que forma parte constitutiva de todo un sistema,

y ese sistema es el capitalismo expansivo que se conoce como imperialismo. Esta estructura, el sistema mismo, no es sólo económico, también es político, social y cultural.

Según el autor mencionado, América Latina, y todas sus partes, incluso las más aisladas están asociadas en tanto “víctimas de la explotación”. La única forma para poder desarrollar es salir de esta situación. En este caso sólo la periferia puede desarrollarse si rompe con las relaciones que la han mantenido en el subdesarrollo, o en su defecto a través de una revolución que transforme esta situación, “destruyendo la totalidad del sistema”.

En consecuencia la dependencia y la dominación que se produce en ella es un fenómeno globalizante. En otros términos un fenómeno, una realidad mundial, y los movimientos, en sus diversas manifestaciones que quieren salir de esta situación, transformando las relaciones de dependencia y dominación también lo son. Existen conflictos entre los que quieren mantener sus privilegios obtenidos dentro del sistema con aquellos que desean transformarlo, cambiar esta situación para acceder a la riqueza y el poder, que no pueden tener dentro del sistema vigente. Luego veremos que este conflicto y esta contradicción, no es sólo propia del capitalismo clásico y del neoliberal, se ha presentado a lo largo de la historia.

En la actualidad estamos en un “sistema mundo”, como consecuencia de la consolidación del capitalismo en el proceso de globalización, que no sólo debe entenderse como un fenómeno económico o de intercomunicación, sino como un sistema cultural, cuya ideología que la justifica se basa en una interpretación a través y sólo a través de las relaciones de mercado, la expansión del comercio mundial, la industrialización de la sociedad y la dinámica a la expansión del poder financiero, la sujeción de los Estados, o sea de alguna manera, de la política institucional, de acuerdo a las reglas del mercado. Para algunos, la globalización ha cambiado las relaciones humanas, ya no hay dependencia, sino interdependencia, ya no puede haber dominación en una sociedad donde todos pueden participar en el mercado y en donde campea la democracia representativa. Se ha pasado de una historia a otra. Llegó el “Fin de la Historia”, (Fukuyama). En consecuencia en esta situación ya no puede haber dependencia, no puede haber dominación. Eso fue parte de la otra historia.

Sin embargo lo que vemos es que todavía continua un centro, productor de tecnología y ciencia, que tiene el poder concentrado a nivel mundial, porque controla una serie de recursos que precisamente otorgan y sirven para controlar el poder y su ejercicio, pero que igualmente, han tejido una larga influencia ideológica a nivel global.

De acuerdo a Dos Santos “los teóricos del sistema mundial insistieron siempre en un sistema económico mundial, en este periodo capitalista y bajo la hegemonía norteamericana. La evolución de la economía soviética y el bloque de naciones a ella más o menos ligadas, no había sido capaz de salir del contexto determinado por el sistema mundial capitalista”

Si el capitalismo como estructura, como sistema mundial genera dependencia, ahora que su expansión mundial es indiscutible, significa que no nos hemos librado de esa dependencia, y si este sistema mundo pretende establecerse e imponerse, a veces por la fuerza en algunos casos, significa que predomina la dominación de quienes controlan los diversos recursos de ese sistema.

En consecuencia la teoría o doctrina de la dependencia no ha perdido vigencia, sino que debe adecuarse a la nueva situación. Precisamente, como luego se demostrará en la globalización hay formas de dominación porque el poder, que es control de recursos, como sostiene Chomsky, está concentrado en las corporaciones transnacionales y los estados, en cuanto expansión institucionalizado del poder se adecuan a los intereses del capital, han perdido autonomía porque gran parte de la sociedad civil ha sido arrojada del sistema imperante, perdiendo los pocos espacios de poder que pudieran ejercer. Es más los organismos internacionales sobre todo los económicos, funcionan al compás del gran capital.

¿No es esto dependencia? ¿No es esta una forma de poder que se expresa como dominación? La ideología imperante quiere demostrarnos que ya no hay dependencia y menos aún dominación, sino interdependencia y simetría en las relaciones de poder, lo que es una falsedad.

Mientras una minoría concentra la riqueza y el poder continuará la dependencia y la dominación, en consecuencia los excluidos y marginados del sistema buscarán liberarse de esta situación.

Siguiendo a Cardoso, quien sostiene que la “dependencia es una expresión política en la periferia del modo de producción capitalista”, la relación centro-periferia no ha desaparecido, es un hecho presente en la globalización, y si esto es así, mientras continúe esta situación, las formas y modalidades de dominación que se expresan en este contexto, tendrán una respuesta en los movimientos de liberación, que se producen contra la dominación en todas sus manifestaciones, en mayor o menor medida, con mayor o menor impacto, con triunfos y fracasos, pero dentro de un contexto, donde el otro, el explotado, el marginado y la víctima de los efectos del sistema de dominación capitalista globalizado, va a responder en términos de cuestionamiento, rupturas e intentos de transformación, la tendencia hacia la liberación a toda forma de dominación no es sólo histórica, está presente en la hora actual.

2.- LA TEOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN

Aunque hay otros autores la Teología de la Liberación, vista desde una forma integral, teológica, sociológica y metodológica, hunde su raíz en la obra de Gustavo Gutiérrez. La obra de Gutiérrez toma como punto de partida las enseñanzas del Nuevo Testamento, pero también informa sobre hechos descritos en el Antiguo Testamento, cuando, por ejemplo, se refiere al Éxodo como uno de los primeros movimientos de liberación contra la dominación que el Imperio Egipcio ejerció contra los hebreos, considerado como el pueblo escogido por Dios. Pero la Teología de la Liberación va más allá, cuestiona los mecanismos de dominación, critica la situación en que se encuentran en el sistema capitalista los pobres, marginados y explotados, los que luchan para salir de esta situación.

Como se sabe la pobreza no es sólo producto de una situación estructural, también es un estado mental, la que hay que salir de ella para mejorar la condición humana y realizar la justicia social. Ante esta situación Gutiérrez propone el compromiso de la Iglesia con los pobres y se desligue de sus vínculos con el sistema dominante. La pobreza no es pues un destino inexorable determinado por la condición divina, sino un fenómeno derivado de la injusticia social, un fenómeno que radica en una estructura que debe ser cambiada radicalmente para alcanzar la justicia. La pobreza no es una situación determi-

nada, una desgracia en sí misma de la que es imposible salir, sino producto de la injusticia social.

Con anterioridad a la obra de Gutiérrez, empiezan a aparecer obras y movimientos católicos relacionados con lo que en la Iglesia se denomina la “Cuestión social”. Entre las primeras tenemos las encíclicas papales, *Rerum Novarum* del Papa León XIII y *Populorum Progresio* de Pablo VI. Las conferencias episcopales de Medellín (“inhumana miseria”), Puebla (pobreza, antievangélica) y Santo Domingo (intolerables extremos de miseria).

Entre los segundos, el apostolado de los laicos de Acción Católica y los partidos Demócrata Cristianos, vías cuestionadas en la Teología de la Liberación. Sin embargo, en su momento cumplieron un rol importante en los procesos de transformación estructural de América Latina, a pesar de su agotamiento posterior, y en algunos casos, por una orientación política acomodada al sistema de dominación. Algunas ramas de la Democracia Cristiana se derechizaron, por utilizar este término ahora un poco agotado en el léxico político en el contexto de la globalización, porqué justificaron el sistema y propusieron mantener el orden dominante a pesar de las injusticias imperantes. Muchos sacerdotes y obispos empezaron a desarrollar un discurso contra las injusticias del sistema capitalista en nuestro Continente, contra el imperialismo principalmente norteamericano y contra la situación de pobreza que de esta injusticia se derivaba. Se empieza a entender la política y la sociedad a través de la mirada del “otro”, de aquel que sufre como consecuencia de esta injusticia. Ahí está el caso de Camilo Torres el “cura guerrillero” que sufrió un martirio. Luego la prédica de Helder Cámara, Obispo de Olinda y Recife en Brasil.

Todos estos textos y hechos, entre otros, generaron un conjunto de condiciones para la elaboración de una teoría, que como comenta Cerrutti, se venía dando y requería de mayor coherencia. El terreno estaba abonado para el surgimiento de la Teología de la Liberación.

En cuanto a sus orígenes *Gerhard Ludwig Müller* se remonta a una conferencia que ofreció Gustavo Gutiérrez en Chimbote, la que lleva el mismo título de su posterior obra. Esta conferencia se dictó en 1968. Es enigmática la relación de la Teología de la Liberación con Chimbote, porque fue precisamente

en esta ciudad costeña de la región Ancash, que Luis Armando Bambarén, Obispo en aquella época de la ciudad pesquera desarrolló un discurso a favor de los pobres, reclamando justicia social para superar esta situación. Bambarén fue atacado por el establishment e incluso lo llamaron comunista. Las malas lenguas generadoras de chismes decían que en su anillo episcopal había una hoz y un martillo, en lugar del símbolo de la Iglesia. Esto fue lo anecdótico pero vale la pena recordarlo. No fue el único caso, algo similar sucedió con el padre Serpa, quien en Ayacucho reclamó justicia para salir de la pobreza en las comunidades del ande. Para Gutiérrez, la Teología de la Liberación es una nueva manera de hacer teología, para él "La Teología como reflexión crítica de la praxis histórica es así una teología liberadora, una teología de la transformación liberadora de la historia de la humanidad y, por ende, también, de la porción de ella –reunión en ecclesia- que confiesa abiertamente a Cristo. Una teología que no se limita a pensar el mundo, sino que busca situarse como un momento del proceso a través del cual el mundo es transformado: abriéndose en la protesta ante la dignidad humana pisoteada, en la lucha contra el despojo de la inmensa mayoría de hombres, en el amor que libera, en la construcción de una nueva sociedad, justa y fraterna- al don del reino de Dios".

Queda así definida la Teología de la Liberación sobre la base de los siguientes conceptos:

1. Es una reflexión crítica de la práctica histórica
2. Es liberadora, y transformadora de la historia de la humanidad, que reunida en Asamblea (Ecclesia) expresa el mensaje de Cristo, en cuanto mensaje liberador, el principal, lo que planteó Jesús, la liberación del pecado.
3. No piensa solo el mundo en cuanto Teología, sino en transformarlo, como un proceso.

Los tres conceptos: liberación, transformación y no sólo pensar el mundo sino liberarlo, es lo que hace de la Teología de la Liberación, una doctrina de la praxis, que coincide plenamente con las propuestas de los filósofos de la liberación que gestaron posteriormente la Filosofía de la Liberación. También se nota la huella de Marx, cuando le propone a la filosofía no sólo interpretar el mundo, sino transformarlo, lo que a nuestro entender es válido para las ciencias sociales, entre ellas la Ciencia Política.

Müller diferencia la teología europea de la Teología de la Liberación, porque “la teología europea, orienta a lo existencial, en cambio la Teología de la Liberación no se pregunta, no solamente, cual es el aporte de Dios, la gracia y la revelación en el proceso de desarrollo personal de un creyente que es miembro de una sociedad abundante y segura. Por quehacer teológico entiende la participación-práctica y transformadora- en la obra liberadora iniciada por Dios mismo, por lo que las acciones humanas se traducen al llamado de servir, liberar y humanizar la historia”.

No hay salida, la Iglesia tiene que estar al lado de los pobres, como lo estuvo Cristo, esto fue declarado por el Papa San Juan XXIII. El gran transformador de la Iglesia moderna. Definida así la Teología de la Liberación, pero siempre dentro de las enseñanzas de Cristo y a partir de ellas, produjo un gran debate en el seno de la Iglesia y más allá. Ciertos sectores, llamados por algunos conservadores, cuestionaron algunas categorías y aspectos metodológicos expuestos en la obra, como que utilizaba categorías extra bíblicas o planteaba soluciones mundanas, y categorías provenientes del marxismo, cuanto no de las Ciencias Sociales. Estas críticas, que no es nuestro objetivo exponer en el presente libro, se encuentran en las “Instrucciones sobre algunos aspectos de la Teología de la Liberación”. Es un texto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe y está firmado por Joseph Carl Ratzinger el Papa jubilado Benedicto XVI, por aquella época Prefecto de la Sagrada Congregación. Lo interesante que su sucesor el Papa Francisco, por lo que se desprende de sus discursos y de su encíclica sobre el medio ambiente, se acerca a la Teoría de la Liberación. En una entrevista a El Comercio de Lima, el viernes 15 de mayo de 2015, Gustavo Gutiérrez se refiere a este hecho, cuando afirma “en este momento hay una gran coincidencia en cuanto a la pobreza, la justicia o la forma de poner el centro en la periferia, como le gusta decir al Papa. Es una predilección que ya tenía en su trabajo pastoral. Aunque si me preguntas si el Papa es un teólogo de la liberación, yo digo que no”. Esta polémica pareciera haber sido superada, por las aclaraciones a las observaciones que se le hacen a Gustavo Gutiérrez y que muy bien resume Muller. “En la décima y reelaborada edición alemana (se refiere a su obra) de 1992, encontramos una amplia introducción que aclara conceptos que habían sido mal interpretados. Estos son, por ejemplo, la opción preferencial por los pobres; la lucha de clases; la teoría de la dependencia, los pecados estructurales y sociales. El texto desbarata igual-

mente las críticas de horizontalidad e inmanencia hechas en torno de un cristianismo que, evidentemente, no se deja jamás instrumentalizar ideológicamente en función de un paraíso en la tierra creado por el hombre”.

Más allá del debate es un hecho que en diversas etapas de la historia la Iglesia estuvo al servicio de los grupos humanos dominantes, de los dictadores y en contra de movimientos, personas y grupos, que lucharon contra la opresión y la dominación. Es más se debe reconocer que incluso fue garante de formas y sistemas de dominación.

El mérito de la Teología de la Liberación, además de otros, es haber criticado tal situación, haber samaqueado no a Cristo, sino a las jerarquías conservadoras y burocratizadas. El amor es para todos, sin límites y no para algunos, es que imitar a Cristo es muy difícil.

En la conclusión de su obra dice: “no tendremos una auténtica teología de la liberación sino cuando los oprimidos mismos puedan alzar libremente su voz y expresarse directa y creadoramente en la sociedad y en el seno del pueblo de Dios. Cuando ellos sean los gestores de su propia liberación. Por ahora será necesario limitarse a esfuerzos que deben contribuir a que ese proceso apenas iniciado se ahonde y afiance. Si la reflexión teológica no lleva a vitalizar la acción de la comunidad cristiana en el mundo, a hacer más pleno y radical el compromiso de caridad, si, y más en concreto, en América Latina, no lleva a la Iglesia a colocarse tajantemente y sin cortapisas mediatizantes al lado de las clases oprimidas y de los pueblos dominados, esa reflexión ha servido de poco”.

La Ciencia Política de la Liberación rescata el aspecto no teológico de la teología de la liberación, como el de liberación en sí misma, el reconocimiento del otro, la lucha contra la pobreza, la necesaria transformación de las injusticias sociales, las formas directas e indirectas de las estructuras de dominación que hay que cuestionar y cambiar y sobretodo el compromiso político con los excluidos, los marginados, los condenados de la Tierra, como dice Franz Fanon.

Si coincidimos que los cristianos deben optar por los pobres que luchan para liberarse de esta situación la Ciencia Política de la Liberación, asume la ética humanista liberadora de la Teología de la Liberación pero no sus categorías estrictamente teológicas, porque no es confesional.

Pero así como por el amor, por la caridad, el cristiano auténtico debe luchar por la liberación de los pobres, comprender su mundo y contribuir a transformarlo hacia una sociedad cada vez más justa, (decimos una sociedad cada vez más justa, partiendo de la idea agustiniana de que el hombre no es perfecto sino perfectible), esto también se puede hacer a través de la razón, de la razón liberadora, basada en una ética liberadora, como lo plantean los filósofos de la liberación, sean religiosos, ateos o agnósticos.

3.- FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN

La Filosofía de la Liberación es un movimiento amplio y variado de filósofos latinoamericanos, pero también asiáticos, africanos e incluso europeos y norteamericanos, cuyo principal objeto no es sólo estudiar la liberación en sí misma, como hecho histórico y social, sino teorizar sobre el mismo concepto, pero también hacer propuestas concretas para la liberación del ser humano de las diversas formas de dominación y entender el mundo y la vida, de los excluidos y marginados, de los vencidos, tratando de interpretar y transformar el mundo desde la mirada “del otro”, que es pobre y marginado, por el sistema donde vive.

En lo que respecta a Latinoamérica, la Filosofía de la Liberación, está vinculada a un largo debate relacionado con la autenticidad del filosofar latinoamericano. Las ideas centrales del movimiento mencionado se encuentran en la “Declaración de Morelia”, que nació luego de la realización del I Coloquio Nacional de Filosofía realizado en la ciudad mexicana de Morelia, en agosto de 1975. En esa declaración se dice que “la realidad de la dependencia ha sido asumida en el Continente latinoamericano por un vasto grupo de intelectuales que han intentado dar una respuesta filosófica, precisamente, como Filosofía de la Liberación”

Esta famosa Declaración de Morelia, fue promovida y luego firmada por Francisco Miró Quesada Cantuarias, Leopoldo Zea, Enrique Dussel y Arturo Roig, como se sabe destacados filósofos latinoamericanos. Cabe resaltar que los temas de dominación y liberación, en lo que atañe al Perú, tuvo como exponente además de Miró Quesada, a otro destacado filósofo tempranamente

fallecido Augusto Salazar Bondy. Sobre los aportes de ellos se tratará en el capítulo dedicado a la dominación. Sin duda si a este modo de pensar se le incluye como debe ser a Gustavo Gutiérrez, el aporte de los peruanos a la Teoría de la Liberación ha sido incommensurable. Luego de este Congreso de Morelia, se realizaron otros, además de coloquios y simposios, sobre la liberación y el rol del filósofo en esta realidad. De ellos surgieron otros documentos con las características similares al de Morelia.

Así en el I Congreso Interamericano de Guadalajara, se hizo una Tercera Declaración, también firmada por Miró Quesada, Zea, Dussel, Villegas, Guadarrama, Montiel, Ulloa y Hernández y Oramas, además de otros 150 filósofos de nuestro subcontinente. Este texto es muy importante para conocer el compromiso de estos pensadores con la problemática latinoamericana: “Durante diez años en América Latina varios países siguen viviendo una trágica experiencia de dictaduras militares. Una Nicaragua obligada a perder una guerra injusta, los bienes que con tanto trabajo produce su pueblo liberado. Por todo esto, una filosofía que piensa desde una praxis de liberación se hace más necesaria que nunca ante la explotación económica de nuestros países, la penetración cultural por medio de todos los instrumentos de comunicación, que tienden a ahogar definitivamente la creativa cultura popular, la aniquilación del entusiasmo y el deseo de vivir de la juventud; la imposibilidad de superar el machismo ancestral y la dificultad de hacer crecer un feminismo liberador propio del tercer mundo: la indiferencia ante el sufrimiento ya centenario de los agro latinoamericanos (...) la sobre explotación de la clase obrera para compensar la pérdida del plus valor del capital subdesarrollado y periférico. Afirmamos que la filosofía, sin abandonar la universalidad, debe rechazar los discursos que ocultan la realidad sufriente de las mayorías para asumir una actitud comprometida ante la dominación a favor de la liberación”.

El texto habla por sí sólo, pero hay criterios que sirven para sintetizar su contenido.

Su compromiso con la liberación ante la dominación.

1. En consecuencia una condena a la dictadura.
2. La filosofía de la liberación piensa desde la praxis de la liberación.

3. Que la liberación es cada vez más necesaria ante la explotación económica y la penetración cultural a través de los medios de comunicación, porque afecta la creativa cultura popular latinoamericana.
4. Condena al machismo
5. Apoyo a los movimientos feministas, campesinos y obreros sobre-explotados.

¿Pero qué es la Filosofía de la Liberación? ¿Se puede definir con precisión?. Dejemos a Enrique Dussel, el principal exponente de esta nueva visión filosófica en América Latina. Dice Dussel: “Contra la ontología clásica del centro más lúcido de Europa, se levanta un contra discurso una Filosofía de la Liberación de la periferia, de los oprimidos, de los excluidos, la sombra que la luz del ser no ha podido iluminar el silencio interpelante sin palabra todavía. Desde el no-ser, la nada, lo opaco, el otro, la exterioridad, el excluido, el misterio del sinsentido, desde el grito del pobre parte nuestro pensar. Es entonces, una “filosofía bárbara” que intenta sin embargo, un proyecto de trans y metamodernidad”

Para Dussel, la principal exigencia de la filosofía de la liberación son radicales cambios a través del ejercicio de la razón crítica que conduce a una praxis, la que no puede aceptar la hegemonía de lo que él llama “pretendida sociedad abierta”. Desde luego se refiere al sistema capitalista globalizado con su forma neoliberal, pero también a sus formas económicas, políticas, pedagógicas, culturales, anteriores del mismo sistema. “Por ello – dice Dussel- es necesario negar el ser vigente y su pretendida fundamentalidad eterna y divina, negar la religión fetichista, mostrar la ontología como la ideología de las ideologías, desenmascarar el funcionalismo y desarrollismo, sean estructuralistas, lógico-cientificista o matematizantes”. Afirmar Dussel, que esta concepción pretende que la razón ética, discursiva o práctica no puede criticar dialécticamente el todo.

La liberación es una ética, así Dussel, se refiere a esa ética de la liberación, que se sustenta en el ser humano, pero no en un humanismo abstracto, sino concreto y situacional, sustentado en el reconocimiento del otro, como “sujeto de la praxis de liberación, que es un “sujeto vivo necesitado, natural y por ello cultural, en el último término la víctima, la comunidad de las vícti-

mas..... El "lugar último entonces, del discurso, del enunciado crítico, son las víctimas empíricas, cuyas vidas están en riesgo, descubiertas en el "diagrama" del poder de la razón estratégica".

Precisamente la contradicción entre dominación y liberación, se produce por un conflicto, por un choque entre la razón estratégica para mantener el sistema de dominación y la razón crítica que cuestiona y se opone a este sistema porque persigue la liberación. Se trata entonces del poder y como se sabe el poder es el objeto central de estudio de la Ciencia Política y la política es precisamente una práctica de poder. Este conflicto entre poder estratégico, instrumental y el poder crítico, no instrumental, sino liberador es uno de los temas centrales de la Ciencia Política de la Liberación.

La Filosofía de la Liberación hunde sus raíces, en el pensamiento de Frantz Fanon "Los condenados de la tierra" los estudios de Aimé Césaire, martinicano como Fanón, el guyanés, León Damas y el senegalés Léopold Sédar Senghor. También cuando analizamos a otros representantes de esta vertiente filosófica encontramos filósofos norteamericanos como Christina Morkovsky (Texas) y O.Schutte (Florida) y de la denominada "Radical Philosophy Group". Igualmente sobre todo influyeron Herbert T. Marcuse y su "Hombre Unidimensional" y el posterior movimiento que dio origen a la "Revolución de Mayo del 68" conducida por el franco-alemán Cohn Bendit y los pensamientos de Althusser y del economista francés François Perroux.

También conocemos la polémica de Salazar Bondy y Leopoldo Zea, sobre la autenticidad de la filosofía latinoamericana y la filosofía de la liberación, así como de los aportes de otros filósofos de la liberación importantes como J.C. Scannone, Horacio Cerrutti, Hugo Assman. Dado que hay múltiples vertientes, todas estas tendencias requieren estudio aparte, igual que sus pensadores, que rebasan la intención de este trabajo. Nosotros asumimos los conceptos claves de la Teoría de la Dependencia, la Teología de la Liberación y la Filosofía de la Liberación, porque a partir de sus categorías y de su metodología es que se yergue la Ciencia Política de la Liberación, como una disciplina alternativa a la Ciencia Política concebida desde el centro dominador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Acemoglu Daron, Robinson, James A.** Por qué fracasan los países. Ediciones Deusto. Barcelona, 2015.
- **Arendt Hannah.** Los orígenes del totalitarismo. Alianza Editorial. Madrid, 2010.
- **Beck, Ulrich.** Poder y Contrapoder en la Era Goba. Ed. Paidos. Barcelona-España. 2004.
- **Beck, Ulrich.** ¿Qué es la Globalización? Ed. Paidos, Barcelona. España, 2008.
- **Biagini Hugo.** El Pensamiento alternativo y su génesis. Cuadernos Americanos 146. Ed. UNAM. México, 2013.
- **Boudon Raymond.** L'inégalité des chances. Ed. Pluriel. Francia, 2011.
- **Bravo Bresani, Jorge, Cotler Julio, Escobar, Alberto, Matos Mar, José y Salazar Bondy, Augusto.** Perú Problema. Instituto de Estudios Peruanos. Ed. Moncloa-Campodónico. Lima, 1969.
- **Bunge Mario.** Ética y Ciencia. Ed. Siglo Veinte. Buenos Aires, Argentina. 1982.
- **Bunge Mario.** Filosofía Política. Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2013.
- **Cansino, César.** La muerte de la Ciencia Política. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, Argentina. 2008.
- **Cerruti Goldberg, Horacio.** Filosofía de la Liberación Latinoamericana. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1992.
- **Chomsky Noam.** Necessary Illusions. Thought Control in Democratic Societies. Ed. CBC Massey Lectures. Toronto. Canada. 2003.
- **Chomsky Noam.** Profit over People. Neoliberalism and Global Order. Ed. Seven Stories Press. N.Y. 1999.
- **Chomsky Noam.** Brimont J. Raison Contre Pouvoir le pari de Pascal. Ed. L'Herne. Paris 2009.
- **Chomsky Noam.** Escritos Libertarios. Ed. Cono Sur. Le Monde Diplomatique. Argentina 2009.
- **Chomsky Noam.** El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y Orden global. Ed. Austral. Barcelona, 2014
- **Delgado, Manuel.** El espacio público como ideológico. Editorial Catarata. Madrid, 2011.
- **Dollfus Olivier.** La mondialisation. Ed. Presses de Sciences Po. Paris 2007.
- **Dubet Francois.** La Préférence pour l'inégalité. Ed. Seuil. 2014.

- **Dussel, Enrique.** *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión.* Ed. Trotta. Madrid, 2000
- **Dussel, Enrique.** *Filosofía de la Liberación.* Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2011.
- **Dussel, Enrique. Mendieta Eduardo. Bohórquez Carmen.** *El Pensamiento filosófico latinoamericano del Caribe y "latino".* Ed. Siglo XXI, México, 2011.
- **García Jaramillo, Leonardo.** *Nuevas Perspectivas sobre la Relación/Tensión entre la Democracia y el Constitucionalismo.* (Obra colectiva) Ed. Grijley. Lima-Perú, 2014.
- **Gutiérrez, Gustavo.** *Teología de la Liberación.* Ed. CEP, Lima-Perú, 1987
- **Gutiérrez, Gustavo.** *Teología de la Liberación.* Ed. CEP, Lima-Perú, 2013.
- **Habermas Jürgen.** *Factibilidad y validez.* Editorial Trotta. Madrid, 2001.
- **Helio Jaguaribe.** *La Crisis del Desarrollo y la Nueva Dependencia.* Ed. Moncloa-Campodónico, 1969.
- **Innerarity Daniel.** *El Futuro y sus Enemigos.* Ed. Paidós. Barcelona, España 2009.
- **Innerarity Daniel.** *La Política en tiempos de Indignación.* Ed. Galaxia Gutenberg. Madrid. 2015
- **Judt Tony.** *Algo va mal.* Ed. Taurus Minor. Madrid., España. 2010.
- **Kelsen Hans.** *¿Una nueva ciencia de la política?.* Ed. Katz. Buenos Aires, 2006.
- **Kelsen Hans.** *De la esencia y el valor de la Democracia.* Ed. Grafinsa. Oviedo, España. 2009.
- **Klein Naomi.** *Esto lo cambia todo. El capitalismo contra el clima.*
- **Los retos de la Globalización (Ensayos en Homenaje a Theotonio Dos Santos.** Ed. UNESCO. Caracas-Venezuela, 1999.
- **Laval, Christian y Dardot Pierre.** *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la Sociedad Neoliberal.* Ed. Gedisa. Barcelona, 2013.
- **Meléndez, Carlos.** *La soledad de la Política.* Aerolíneas Editoriales SAC. Lima, Perú. 2012.
- **Mellón, Joan Antón.** *Ideologías y Movimientos Políticos Contemporáneos.* Ed. Tecnos. Madrid, 2015.
- **Miró Quesada Cantuarias, Francisco.** *Humanismo y Revolución.* Editorial Universitaria. URP. Lima, Perú. 2014.
- **Mittelman James H.** *El Síndrome de la Globalización. Transformación y Resistencia.* Ed. Siglo XXI. México-Argentina. 2002.

- **Muñoz Molina, Antonio.** Todo lo que era sólido. Ed. Seix Barra. Barcelona. España, 2013
- **Nohlen Dieter.** ¿Cómo estudiar la Ciencia Política?. Fondo Editorial. UCP. Lima, Perú. 2011.
- **Ortega, Félix.** La política mediática. Alianza Editorial. Madrid, España. 2011.
- **Piketty Thomas.** Le Capital au XXI. Siecle. Ed. Du Seuil. París, 2013.
- **Przeworski Adan.** ¿Qué esperar de la Democracia?. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, Argentina. 2010.
- **Roitman Rosenmann Marcos.** Las razones de la Democracia en América Latina. Ed. Siglo XXI. México-Argentina. 2005.
- **Rothkopf David.** Superclass. Ed. Farrar, Straus and Giroux. New York. USA, 2009.
- **Rosanvallon Pierre.** La société des égaux. Ed. Du Seuil. Francia, 2011.
- **Rovira, Antonio.** (Compilador). Gobernanza Democrática. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2013.
- **Salazar Bondy, Augusto.** Dominación y Liberación. Fondo Editorial de la Facultad de Letras U.N.M.S.M. Lima, Perú. 1995.
- **Slavoj Zizek y otros.** La Idea del Comunismo. Ediciones Akal, Madrid. 2014.
- **Stiglitz, Joseph E.** El precio de la desigualdad. Ed. Debolsillo. Barcelona, 2015
- **Thetonio Dos Santos.** Economía Mundial, Integración Regional y Desarrollo Sustentable: Las nuevas tendencias y la Integración Latinoamericana. Ed. INFOPEM. Lima, Perú. 2010.
- **Theotonio Dos Santos. Tomás A. Vasconi. Marcos Kaplaw. Villaverde Rico. Laursen John Christian.** Teoría de la Dependencia. Ed. Tecnos. Madrid, España. 2011.
- **Testart Alain.** Avant l'histoire. Editions Gallimard. Paris 2012.
- **Touraine Alain.** La Fin des Sociétés. Ed. Du Seuil. París 2013.
- **Vallespín Oña, Fernando.** La mentira os hará libres. Ed. Galaxia Gutenberg. Barcelona. España, 2012.
- **Weber, Max.** Economía y Sociedad. Ed. F.C.E. México, 1962.

¿Un “MONITORIO” para el Perú? Dudas sobre la oportunidad de introducir un procedimiento en expansión (TAMBIÉN) en Iberoamérica^(*)

Eugenia Silvia María Ariano Deho*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
earianod@unmsm.edu.pe*

[...] el proceso monitorio puede ser fácil instrumento de vejaciones, o bien causa de inútiles complicaciones procesales.
Giuseppe CHIOVENDA

SUMARIO: 1.- Premisa. 2.- El monitorio: un procedimiento muy antiguo. 2.1. *Los praeceptum de solvendo cum clausula iustificativa del derecho intermedio italiano.* 2.2. *El monitorio en la tradición hispánica.* 2.3. *Recepción del proceso monitorio en Alemania.* 2.4. *Los monitorios austriacos.* 3.- *El Siglo XX: ¿Siglo del monitorio?.* 3.1. *La difusión del monitorio en Europa.* 3.2. *Monitorios y “pseudo-monitorios” en Iberoamérica.* 4.- *La esencia del monitorio: tutela judicial diferenciada del crédito.* 5.- *La peligrosidad del monitorio.* 6.- *Reflexiones conclusivas.*
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

^(*) Ponencia para el *VII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú del 24 al 27 de abril de 2017.

* Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

1.- PREMISA

Sustentar una ponencia sobre “algo” que en el Perú *no existe* podría ser fácil porque no se tiene el condicionamiento del derecho positivo. Sin embargo, la cosa se complica cuando el objeto de la ponencia no ha sido libremente escogido por el ponente, sino que ha sido predeterminado por los organizadores del presente Seminario y sobre ese objeto el ponente tiene sentimientos encontrados. Es lo que me ocurre con el procedimiento monitorio, figura que hace algunos años propuse introducir a nuestro sistema procesal¹ y sobre el que hoy tengo muchas reservas, no porque dude de su *utilidad* en abstracto, como instrumento de creación rápida de un título ejecutivo judicial que permita a un acreedor una más eficaz tutela judicial de su crédito, sino porque, como se dirá a continuación, mis dudas sobre la oportunidad de introducirlo en el Perú se derivan de la ausencia de algunos presupuestos que lo harían *concretamente* viable y, sobre todo, *seguro*.

2.- EL MONITORIO: UN PROCEDIMIENTO MUY ANTIGUO

2.1. Los *praeceptum de solvendo cum clausula iustificativa* del derecho intermedio italiano

Antes de ello habrá que partir de la premisa que el procedimiento monitorio², como técnica de tutela del crédito (especialmente el dinerario), es muy antiguo.

1 De hecho recomendé su introducción en mi tesis de licenciatura, en el contexto de una reforma integral del proceso de ejecución (ARIANO DEHO, Eugenia. *Hacia un nuevo proceso de ejecución*. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 1992) y que luego publicara, con muchas adaptaciones debidas a la entrada en vigencia del CPC de 1993, bajo el título *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil peruano*. Lima: Rhodas, 1996 (reimp. 1998). Me volví a ocupar del argumento en ARIANO DEHO, Eugenia. “La tutela jurisdiccional del crédito: proceso ejecutivo, proceso monitorio, condenas con reserva”. *Cathedra. Espiritu del Derecho*. Año IV, N°6, Julio 2000, pp. 164 ss (luego republicado en *Problemas del proceso civil*. Lima: El Jurista, 2003, pp. 363 ss).

2 De la voz latina *monitum*: advertencia, admonición, intimación.

Su origen aproximado se remonta al siglo XII cuando la práctica jurídica de la península itálica crea unos *praeceptum* o *mandatum de solvendo* del todo nuevos a los preexistentes que fueron conocidos como *praeceptum de solvendo sine causa cognitione*. Antes de su aparición los *praeceptum de solvendo* podían emitirse sólo en base a documentos con la *executio parata*, que en ese tiempo se reducían a la sentencia de condena y a los “*instrumenta confessionata*”³. Lo novedoso de los *praeceptum sine causa cognitione* está en que se dictaban en base a la sola afirmación del actor de la existencia del crédito o con la presentación de un documento no privilegiado con la *executio parata: causa non cognita et parte non vocata*, es decir, sin oír al presunto deudor (*inaudita altera parte*) y sin una previa cognición judicial. La justificación para la emisión de esos mandatos de pago se encontraba en una cláusula que se debía agregar necesariamente a la orden de pago y que decía: “*Si senserit se gravatum compareas coram nobis complementum iusticia receptorus*” o simplemente “*nisi opponat*”, es decir, salvo que el intimado se sienta agraviado y comparezca oponiéndose. Por ello, la doctri-

-
- 3 Según Briegleb (en su clásica monografía *Geschichte des Executiv-processes*. Stuttgart, 1845), los primeros títulos *cum executionen paratam* aparecieron en el Siglo XI y no eran otros que los *instrumenta confessionata*, documentos judiciales que contenían la confesión hecha por el deudor ante el juez; luego aparecieron, en el Siglo XIII los *instrumenta guaranteegiata* (cfr. en FAIREN GUILLEN, Víctor. “Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El ordenamiento Sevillano de 1360”. En *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 564). Sin embargo, según LIEBMAN, Enrico Tullio. “La sentenza come titolo esecutivo”. En *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, s/f (pero 1962), pp. 331 ss) la reconstrucción histórica de Briegleb padece de un error: en la cadena de equiparación confesión-sentencia; instrumento guaranteegiato-sentencia, etc., faltaba un eslabón: la sentencia previamente debía ya haber tenido la *executio parata*, por lo cual el primer título ejecutivo no podía ser otro que la sentencia firme. Ahora bien, como hacía notar, en 1989, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “Jurisdicción ‘voluntaria’, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones”. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Vol. XXIII, N° 88, Mayo-Agosto 1990, p. 486, la investigación sobre la formación de los documentos ejecutivos “aún no está terminada”, pues siempre se encuentran nuevas fuentes. Según la informada obra de SCARSELLI, Giuliano. *Condanna con riserva*. Milán: Giuffrè, 1989, pp. 17 a 33, y 75-8, las fuentes revelan que ya desde el Siglo XIII en los diversos estatutos de las ciudades italianas tanto los documentos públicos notariales (con cláusula guaranteegia o sin ella) y los documentos privados permitían iniciar inmediatamente la ejecución forzada para la satisfacción del crédito, sin diferencia cualitativa alguna. Lo mismo ocurría, sustancialmente, en Francia en los Siglos XIII y XIV.

na y práctica del tiempo denominaron a estos mandatos de pago *praeceptum cum clausula iustificativa* o simplemente *cum clausula nisi*⁴.

La actitud del intimado era trascendente: si comparecía, oponiéndose, dentro del plazo indicado en el mandato, ese *praeceptum* se resolvía en una simple citación, teniendo ya los efectos de ésta: “el paso del procedimiento especial al ordinario es el producto del simple hecho de la comparecencia del citado”⁵. Esa era la opinión unánime de la doctrina. Así Abbas Panormitanus (†1453), notable comentarista, decía: “*propter illam iustificationem ut compareas, resolvitur praeceptum in simplicem citationem, si (reus) vult comparere*”. Pero si el intimado, no comparecía el *praeceptum* se hacía definitivo y tenía el valor de una sentencia de condena que había devenido cosa juzgada. Por ello, decía el Baldo de Ubaldis que “*refert aut citatus compareas et resolvitur in simplicem citationem -aut non compareat et stat praeceptum firmum, transit in iudicatum*”⁶.

Así pues, el monitorio en su versión más prístina, se iniciaba, a pedido de parte y sin contradictorio, con una orden del juez de pagar o hacer algo, emanado sin una previa cognición que contenía una cláusula alternativa de ejecutarla o de oponerse en un determinado plazo. Si el intimado ni cumplía ni se oponía la orden del juez adquiría el valor de una sentencia pasada en cosa juzgada; si el intimado se oponía, la intimación perdía toda eficacia, y el proceso de monitorio se transformaba en un ordinario proceso declarativo, conservando la demanda del actor el valor de acto introductorio del proceso.

La finalidad práctica del monitorio era la construcción rápida de un título con *executio parata* (como una sentencia), que no era otro que el *praecep-*

4 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 296; SALVIOLI, Giuseppe. *Storia della procedura civile e criminale*. Vol. II. Milán: Hoepli, 1927, p. 656 y ss. La cláusula justificativa era también conocida como *clausula salutaris*, y el *praeceptum* por no estar precedido de una previa cognición judicial era también llamado *praeceptum nudum* o *ex abrupto*.

5 SEGNI, Antonio. “Opposizioni del convenuto nel processo monitorio”. En *Scritti giuridici*, Vol. II. Turín: UTET, 1965, p. 979.

6 Cfr. en SEGNI. Ob. Cit., p. 979.

tum de solvendo consentido, y en virtud del cual se podía promover la ejecución. Con el monitorio se beneficiaba a los acreedores que no poseían un instrumento privilegiado con la *executio parata* y los dispensaba del *ordo iudiciarius* para obtener una sentencia de condena firme que les legitimara a promover la ejecución. Es interesante señalar que el comentarista Paulus de Castro (1390-1441) discípulo dilecto de Baldo, llegó a decir que “*quasi totus mundus utitur praeceptum cum iustificatione*”⁷ lo que revela la notable difusión que tuvo este particular procedimiento.

Ahora, el procedimiento monitorio suele confundirse con el *processus executivus* medieval. Sin embargo, salvo por el hecho que en ambos procesos se dictaban *praeceptum de solvendo*, las diferencias son sustanciales pues, mientras que el monitorio se ideó para crear en forma fulminante un título que permitiera el ingreso a la ejecución, el *processus executivus*, en su versión primigenia, era el proceso de ejecución correspondiente a especiales documentos (hoy los llamaríamos extrajudiciales) que llevaran la *executio parata*: es decir, que el proceso ejecutivo no tenía por objeto *la creación del título*, sino a la actuación de aquello que contenía un título preexistente.

Curiosamente, la doctrina de la época, como nos lo recuerda Chiovenda, para distinguir los dos *praeceptum*, llamaba al del proceso ejecutivo *praeceptum sine clausula*, o con opuesta a la cláusula justificativa, con *clausula esti quis*, es decir, *esti quis senserit se gravatum*⁸.

2.2. El monitorio en la tradición hispánica

Es ya pacífico en la doctrina procesal moderna española que el monitorio tuvo aplicación práctica en la España anterior a su codificación procesal del Siglo XIX. Si bien el monitorio nunca fue mencionado en la legislación oficial, existen abundantes testimonios de la existencia del mismo⁹. Un pa-

7 Cfr. SALVIOLI. Op. Cit., p. 657.

8 Cfr. CHIOVENDA. Ob. Cit., p. 296.

9 El desaparecido profesor español Francisco Tomas y Valiente dedicó su tesis doctoral a la demostración de la existencia práctica del monitorio. Su tesis fue publicada en parte en la *Revista de Derecho Procesal*, 1960, I, p. 39 ss, bajo el título *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*; cfr., igualmente GUTIERRES DE CABIEDES, Eduardo. “Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España”. En *Estudios de Dere-*

saje de la *Curia Philippica* de Hevia Bolaños es sumamente revelador de su existencia práctica (y de las dudas, diríamos hoy de “legitimidad”, respecto del procedimiento):

[...] el precepto del juez, en el que manda á uno pague ó de á otro alguna cosa, no citándole ni oyéndole para ello, es de ningún momento, y no tiene fuerza de cosa juzgada, y así no trae aparejada ejecución [...] lo cual se entiende no conteniendo tal precepto causa justificativa de que si se sintiera agraviado, pareciera; porque conteniéndola hay sobre ellò diversas opiniones, en que unos dicen también ser de ningún momento, por ser dado sin oír la parte; y otros tiene que pareciendo en el término asignado se vuelve en simple citación; y si no parece, queda firme el precepto y es ejecutivo, y esto último es lo mas comun y verdadero, y se ha de seguir en causas que no sean de gran momento; porque siendo- lo, se ha de tener lo primero, como refiriendo á otros, lo resuelve Parladorio¹⁰.

Pese a esa praxis (y probablemente por esa praxis...) el monitorio no fue consagrado ni en la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio española de 1830, ni en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881¹¹. Las palabras de Caravantes nos pueden dar alguna luz sobre el “desprecio” que sentía la doctrina hispánica por la práctica del monitorio que bien vale reproducir:

Anteriormente, cuando el juez, después de examinado el título ejecutivo, creía que no era procedente la ejecución, mandaba al actor que pidiera conforme a derecho, o bien comunicaba traslado liso y llano al reo o deudor, o le prevenía que pagara dentro de tercero día, añadiendo que si tuviera razón para no pagar, la dedujera dentro del propio término, lo que equivalía a denegar la vía ejecutiva

cho *Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974, especialmente, pp. 424 a 426.

10 HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philippica* [1797]. Edición facsimilar. Valladolid: Lex Nova, s/f, p. 105-106. Nótese que Hevia Bolaños utiliza, en versión castellana, las mismas expresiones, ya vistas, de los post-glosadores italianos.

11 Aunque hubo quienes, durante la vigencia de la LEC 1881, que consideraban que el juicio ejecutivo español no era más es un monitorio (en ese sentido, HERCE QUEMADA, Emilio y GOMEZ ORBANEJA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1962, p. 415 ss). V. la crítica de CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El proceso monitorio*. Barcelona: J.M^a. Bosch, 1998, p. 323 ss, quien concluye que “los procedimientos que por algún sector de la doctrina se habían calificado alguna vez de monitorios no revisten en realidad semejante naturaleza jurídica”.

y se seguía el pleito en juicio ordinario, si no se reponía este auto como podía pedir el actor, o no se revocaba en virtud de apelación que podía interponer el mismo o el juez no atendía la reposición [...]. Estas prácticas eran indudablemente perjudiciales al deudor e impropias del juicio ejecutivo por lo que fueron combatidas por acreditados autores, entre ellos Febrero. Es así que la nueva Ley de enjuiciamiento civil las ha desterrado absolutamente¹².

2.3. Recepción del proceso monitorio en Alemania

El proceso monitorio, junto con las demás formas procedimentales del derecho común italiano, se difundió por la Europa medieval dentro de ese gran fenómeno de la historia jurídica conocido como “recepción del derecho común”. Es así que el *solemnis ordo iudiciarius*, los plenarios rápidos, el proceso ejecutivo y el monitorio tuvieron especial desarrollo en tierras germanas¹³, adquiriendo éstos dos últimos algunos perfiles que los diferencian de sus precedentes itálicos.

En cuanto respecta al proceso ejecutivo que nació como proceso de ejecución en el cual se le incrustó una fase cognitoria sumaria y provisional se fue paulatinamente transformando en un auténtico proceso declarativo sumario: el *Urkunden und Wechselprozess* (proceso documental-cambiarío) que procedía para demandar la condena al pago de bienes fungibles, sobre todo dinero, siempre que la obligación constara en un documento privado o cambiarío, que daba lugar a una cognición sumaria, pues el juez sólo podía conocer alguna de las excepciones y defensas deducidas por el demandado las que podían probarse solo con documentos, las que eran resueltas en una sentencia de *condena con reserva*, la cual era título ejecutivo y podía ejecutarse inmediatamente. Pero luego de emitida esa sentencia se proseguía con el proceso conociéndose las excepciones que habían sido reservadas en la primera parte del proceso en donde eran admisibles todos los medios de prueba, las que eran resueltas en una segunda sentencia que confirmaba o revocaba la primera, y en éste último caso, ello determinaba la invalidez de los actos ejecutivos realizados conforme a ella. Esta especial configuración

12 VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Tomo III. Madrid: Imprenta y Librería Gaspar y Roig, 1858, p. 314.

13 Cfr. FAIREN GUILLEN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Cit., p. 53-70.

germana del proceso ejecutivo, convertido ya en un auténtico proceso sumario de cognición, fue luego consagrado por los parágrafos 592 a 605 de la ZPO alemana¹⁴.

Por lo que respecta al procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*) en sustancia respondía a los clásicos moldes del monitorio itálico, es decir, procedía para el pago de dinero o la entrega de otros bienes fungibles, no era necesaria la presentación de documento alguno que probara la existencia de la obligación, el mandato condicionado de pago (llamado *Zahlungsbefehl*) se emitía sin oír al deudor, conteniendo la orden de pagar o de hacer oposición dentro de un determinado plazo, de formularse oposición el mandato caía en nada y el proceso de cognición se desarrollaba ante el juez competente, a petición de cualquiera de las partes cuyo objeto era la originaria demanda de condena y no los motivos de oposición deducidos por el deudor; pero, donde se aprecia una peculiaridad del monitorio alemán es en la consecuencia de la falta de oposición: en efecto, si no se producía oposición al mandato, éste no adquiría inmediatamente fuerza ejecutiva, sino que era necesario una nueva petición del actor para que se declare ejecutivo (*Vollstreckungsbefehl*) la que debía presentarse en un plazo perentorio caso contrario el mandato perdía toda eficacia.

Estas grandes líneas del *Mahnverfahren* alemán fueron consagradas en su ZPO, en los §§ 688 a 703. Con la Novela de Aceleración y Simplificación del 1976 se introdujeron algunas importantes reformas, tendientes a simplificar al máximo el procedimiento y reducir al mínimo la intervención judicial, sin embargo, sigue conservando las características esenciales del monitorio “puro”¹⁵.

14 Sobre la evolución del *processus executivus* al *Urkunden und Wechselprozess*, cfr. el amplio análisis de SCARSELLI. Ob. Cit., pp. 91-111, 179-193, 214-225.

15 Igualmente se introdujo el § 703a extendiendo la posibilidad de que quien posea los documentos para iniciar un proceso documental, cambiario o de cheque (*Urkunden-, Wechsel- und Scheckmahnverfahren*) pueda también obtener una orden de pago “documental, cambiaria y del cheque” en donde si el intimado se opone, la oposición se sigue bajo las reglas del proceso documental-cambiario y del cheque. Sobre el *Mahnverfahren* tras la reforma de 1976, cfr. BRONZINI, Mario. “Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 731- 742. Igualmente, CORREA DELCASSO. Ob. cit., p. 156 ss.

2.4. Los monitorios austriacos

La normativa austriaca del monitorio marcó un hito fundamental en el devenir del instituto en el ámbito europeo.

En efecto, en Austria no introdujo un único monitorio sino dos, a saber: el *Mahnverfahren* y el *Mandatverfahren*¹⁶. El primero fue introducido formalmente por una ley del 27 de abril de 1873 (luego, refundido en los §§ 448 y ss de ZPO) corresponde a la más prístina tradición del monitorio itálico. Diseñado para pretensiones de condena al pago de sumas de dinero u otros bienes fungibles pero con un límite de cuantía, al igual que su homónimo alemán no requiere hasta hoy de documento alguno para la presentación de la demanda de monición, bastando la mera afirmación del actor de la existencia del crédito para que se conceda el mandato condicionado de pago (*Zahlungsbefehl*) el que si dicta sin oír al deudor. El mandato contiene una intimación de que se pague o se formule oposición. Si el deudor no se opone la orden de pago adquiere la calidad de título ejecutivo. En cambio, si hay oposición, sin que sea necesario expresar los motivos, el mandato pierde toda eficacia, y el actor debe presentar nuevamente su demanda de condena en la forma ordinaria, salvo que, previniendo a la posible oposición se hubiera ya presentado con dicha forma, en cuyo caso el proceso prosigue como un proceso ordinario de cognición¹⁷.

16 Calamandrei denominó al *Mahnverfahren* “proceso monitorio puro” en cuanto la emisión del mandato de pago se basa en la mera afirmación del actor de la existencia del crédito y al *Mandatverfahren* “proceso monitorio documental” (así, CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1946). Estas locuciones calamandreianas (como un poco todas las del maestro florentino) han tenido notable éxito y son utilizadas (casi) universalmente por la doctrina procesal, tanto italiana como iberoamericana, *posterior* a los estudios de Calamandrei sobre el tema.

17 Desde la reforma de 1983 a la ZPO austriaca, el *Mahnverfahren* ha dejado de ser facultativo, siendo obligatoria su aplicación para pretensiones dineraria que no superen (hoy) los 75000 euros. Sobre esta reforma, v. KÖNIG, Bernhard. “La ZPO austriaca dopo la novella del 1983”. *Rivista di diritto processuale*. 1988, pp. 716-717.

El segundo monitorio, el *Mandatverfahren* (§§ 548 a 554 ZPO¹⁸) constituye un híbrido del monitorio clásico y el documental alemán. Procede para demandar la condena al pago de sumas de dinero u otros bienes fungibles sin límite de cuantía, siempre y cuando la obligación conste en documentos, ya sean éstos públicos, privados o cambiarios. En el mismo escrito de demanda que sirve para iniciar el proceso ordinario de cognición, el actor puede pedir que se libre el mandato de pago. El juez previa calificación del documento emite el mandato intimando al demandado para que pague dentro de un determinado plazo o se oponga, todo ello sin oír al deudor. Si el deudor no se opone el mandato se vuelve inmediatamente ejecutivo. En cambio, si el demandado se opone se abre un proceso en contradictorio cuyo objeto serán las excepciones hechas valer por el demandado, las que serán resueltas en una sentencia que podrá revocar o confirmar el mandato, el mismo que en la pendencia del proceso puede ser declarado provisionalmente ejecutivo. No existe una limitación en lo que puede alegar el demandado en su oposición ni en los medios de prueba.

3.- EL SIGLO XX: ¿SIGLO DEL MONITORIO?

3.1. La difusión del monitorio en Europa

El siglo XX ve la difusión del monitorio en países en los que fue ignorado en su proceso de codificación procesal decimonónico. Es el caso de Italia y de Francia¹⁹.

18 Curiosamente el *Mandatverfahren* fue eliminado por la novela de reforma de la ZPO austriaca del 2009. El nuevo § 548 ZPO remite al Reglamento (CE) N° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Se mantiene, en cambio, el procedimiento en base a letras de cambio (*Verfahren in Wechselstreitigkeiten*: §§ 555-559). El *Mandatverfahren* sigue vigente en la ZPO del Principado de Liechtenstein (§§548-554 ZPO).

19 Señala RONCO, Alberto. *Procedimento per decreto Ingiuntivo*. En CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO (al cuidado de). *I procedimenti sommari e speciali. I. Procedimenti sommari (633-669 C.P.C.)*. Turín: Utet, 2005, p. 7 que: "Si el retardo italiano [...] puede explicarse por la influencia sobre nuestro código de 1865 de la legislación napoleónica, que no conocía el instituto, hay que evidenciar, no obstante, que entre las razones de la difusión del procedimiento fuera del área geográfica alemana, debe probablemente incluirse la derrota de los Imperios centrales en el primer conflicto mundial y la consecuente anexión de algunos

En efecto, Italia, patria del monitorio, por influjo del derecho francés vio desterrar en la mayoría de sus codificaciones preunitarias y en el Código unitario de 1865 a su propia creación, y cuando en los años veinte, tras una serie de proyectos se reintrodujo este instituto procesal (mediante el Real Decreto N° 1036 del 24 de julio de 1922), bajo de denominación de “*procedimento per ingiunzione*”, tuvo como fuentes sus versiones austro-germanas²⁰. Modificado por una ley de 1936, fue finalmente consagrado en los artículos 633 a 656 del *Codice di procedura civile* de 1940 (*procedimento per decreto ingiuntivo*).

El *procedimento per decreto ingiuntivo* se inspira tanto en el monitorio documental austriaco como en el monitorio puro alemán, en cuanto, en algunos supuestos se exige, para la emanación de la orden de pago (*decreto ingiuntivo*) la existencia del crédito por una suma de dinero, de una cantidad de cosas fungibles o a la entrega de un mueble determinado, la existencia de prueba escrita (art. 633 inc.1) y para otros –en sustancia créditos por honorarios– basta la sola afirmación del actor (art. 633 incs. 2 y 3). El *decreto ingiuntivo* contiene una intimación a pagar o a entregar la cosa o la cantidad de cosas pedidas, dentro del plazo de veinte días “con la expresa advertencia que en igual plazo puede hacerse oposición” (art. 641), el cual puede ser provisionalmente ejecutivo (es decir, puede iniciarse en virtud de él la ejecución) cuando el crédito se basa en letras de cambio, cheque, cheque circular, certificado de liquidación de bolsa o acto notarial o cuando hay grave perjuicio de retardo (art. 642). Si no se plantea oposición dentro del plazo previsto en el decreto, el juez, a pedido de parte, lo declara ejecutivo (art. 647); si en cambio se propone oposición “el juicio se desenvuelve según las normas del procedimiento ordinario” (art. 645 *in fine*), pero el decre-

territorios a los Estados ganadores, originalmente austriacos o alemanes que justamente ya conocían el rito monitorio: es el caso de las provincias de Alsacia y de Lorena, adquiridas por Francia, y de las regiones del actual nordeste italiano, conquistadas a Austria. Francia e Italia que, pues, antes de que el modelo monitorio fuera adoptado como instituto de carácter general, conocían una aplicación de derecho local”.

- 20 Lo que provocó cierta irritación a Chiovenda, quien lo tachó de “hibridismo producto de la falta de nociones históricas y de la confusión con instituciones del proceso ordinario” (así CHIOVENDA. Ob. Cit., Tomo I, p. 303). Sobre el “hibridismo” del monitorio italiano cfr. PROTO PISANI, Andrea. “Il procedimento d’ingiunzione”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 291 ss.

to no pierde totalmente su valor pues el juez puede conceder su ejecución provisional –como en el *Mandatverfahren* austriaco–, si es que previamente no ha sido concedida, si es que la oposición no se funda “en prueba escrita o de pronta solución” o frente al ofrecimiento de caución (art. 648²¹). Si la oposición es declarada infundada o se declara la extinción del proceso (de oposición) el decreto adquiere eficacia ejecutiva (art. 653)²².

En el caso de Francia, el monitorio se introduce mediante Decreto del 25 de agosto de 1937, para pequeños créditos comerciales (*procédure de recouvrement simplifié des petites créances commerciales*) y se extiende, luego, en 1957 a los créditos civiles, siempre con límite de cuantía, hasta que en 1972 se elimina todo límite de cuantía. Perfeccionado con decreto de 1981, se plasma en los arts. 1405 a 1425 del (ya no *Nouveau*) *Code de procédure civile* bajo el nombre de *procédure d'injonction de payer*, como procedimiento facultativo respecto de cualquier crédito de origen contractual, estatutario o cambiario que tengan cuantía determinada²³.

Le siguieron Holanda, Bélgica y Luxemburgo, etc., y, entre los últimos, Portugal (por D. Ley N° 269/1998). El Siglo se cierra con su (re)introduc-

-
- 21 Por la Sentencia de la Corte Constitucional N° 137/1984, el segundo párrafo del art. 648 fue declarado inconstitucional, en la parte en la que dispone que la ejecución provisional sea concedida en base al solo ofrecimiento de caución, debiendo el juez concederla solo tras haber determinado la subsistencia de los requisitos previstos en el primer párrafo. La inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 648 fue tempranamente denunciada por Liebman (en 1951) en cuanto “una resolución pronunciada *inaudita altera parte* viene declarada ejecutiva sin ninguna consideración de las razones defensivas del condenado”, lo cual viola netamente “el principio del contradictorio y el derecho de defensa”, por lo que auspiciaba su derogación (cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio. “In tema di escuzione provvisoria del decreto d’ingiunzione”. En *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, s/f (pero 1962), p. 469-471). Sobre las diversas dudas de constitucionalidad respecto del monitorio italiano, cfr. CONTE, Riccardo. “Il procedimento per decreto ingiuntivo tra diritto di difesa e principio d’eguaglianza (vecchie e nuove questioni di costituzionalità)”. *Rivista di diritto processuale*, 1993, pp. 1196-1239. Sobre el art. 648 CPC italiano, v., recientemente, CARIGLIA, Chiara. “L’ordinanza ex art. 648 C.P.C.”. *Il giusto processo civile*, N° 4, 2016, pp. 1151-1178.
- 22 La bibliografía sobre el *procedimento per decreto ingiuntivo*, tratándose de un instituto en vigencia, es vastísima. Me permito reenviar a la obra de RONCO. Ob. Cit.
- 23 Sobre el monitorio francés, cfr. el bello artículo de PERROT, Roger. “Il procedimento d’ingiunzione (studio di diritto comparato)”. *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 715 ss. Amplios detalles también en CORREA DELCASSO. Ob. cit., p. 17-23, 37-96.

ción en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, lo cual, entre nosotros es bastante conocido²⁴.

3.2. Monitorios y “pseudo-monitorios” en Iberoamérica

En este fenómeno de difusión *global* del monitorio no podía no repercutir en Iberoamérica.

El primer país iberoamericano, por lo que me consta, en introducir un monitorio en serio fue Venezuela en su Código de Procedimiento Civil de 1987, el que si bien colocó su “Procedimiento por intimación” (arts. 640 a 652) entre “Los juicios ejecutivos”, es un auténtico monitorio “documental” a la italiana. Le seguirá Costa en su Código Procesal Civil de 1989 (arts. 502-506), contemplando en su Libro II (Proceso de conocimiento), Título IV (procesos especiales) un monitorio documental (muy *sui generis*) a favor de quien tuviera un documento sin fuerza ejecutiva conteniendo una obligación de pagar una suma de dinero²⁵.

Definitivamente no tiene nada que ver con el procedimiento monitorio (ni el histórico ni alguna de sus variantes europeas) el propuesto por el Anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica (elaborado sustancialmente por los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) y luego adoptado por el Uruguay en su Código General del Proceso de 1988, pues confunde el proceso ejecutivo con el monitorio (*rectius*, llama “proceso de estructura monitoria” al viejo juicio ejecutivo hispánico²⁶).

24 Casi todos los países de la Unión Europea contemplan alguna modalidad de monitorio (o un procedimiento que cumple su papel). V. en síntesis, el Portal Europeo de e-justicia-procedimientos monitorios (https://e-justice.europa.eu/content_order_for_payment_procedures-41-es.do).

25 El “monitorio” regulado en el CPC de Costa Rica de 1989 fue derogado por la Ley 8624 (del 1/11/2007), Ley de Cobro Judicial que en buena cuenta fusiona el proceso ejecutivo con el monitorio. Tal ley ha sido, a su vez, derogada por el nuevo Código Procesal Civil de 2016, que lo contempla (siempre como fusión entre el ejecutivo y el monitorio) dentro de los procesos de conocimiento (Capítulo III, Título I, Libro II). El nuevo CPC entrará en vigencia en octubre de 2018.

26 Bien señaló Francisco Ramos Méndez en el Congreso Internacional sobre el Código Modelo celebrado en Roma en setiembre de 1988, que “aplicar el rótulo de proceso de estructura

Un auténtico monitorio documental fue introducido en el Brasil en 1995 (Ley N° del 14.7.1995).

En el Perú, no está de más decirlo, el Código Procesal Civil de 1993 no se aproximó (ni siquiera terminológicamente) al antiguo y a la vez novedoso procedimiento monitorio²⁷.

4.- LA ESENCIA DEL MONITORIO: TUTELA JUDICIAL DIFERENCIADA DEL CRÉDITO

El monitorio es un procedimiento (muy) “especial” y su especialidad está toda en su estructura “invertida”: si lo “normal” en un proceso declarativo es que se inicie con una demanda, respecto de la cual el demandado *debe* contar con la *efectiva* oportunidad de pronunciarse sobre la misma y, en paridad de condiciones con el demandante, poder influenciar en la decisión final, en el *monitorio*, se desplaza “*la iniciativa del contradictorio del actor al demandado*”²⁸, vale decir, en vez de oír previamente al demandado (*audiatur et altera pars*), el juez (o un funcionario judicial), sin oírlo (*inaudita altera parte*) emite una orden de pago (a imagen de un fallo de condena), pero con una cláusula que constituye su justificación: “cumpla u opóngase”, para lo cual le da al intimado un determinado plazo. Si no se produce la oposición, la orden de pago, automáticamente (o por una resolución que lo declara ejecutivo), adquiere la

monitoria (art. 311 y ss) al procedimiento ejecutivo (art. 313) puede suponer una conmoción respecto de dogmas comunes en la experiencia procesal hispánica. El proceso monitorio clásico se distingue claramente del proceso ejecutivo, pues éste empieza donde el otro acaba” (RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “El proceso de ejecución en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”. En *Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’America Latina*. Padua: Cedam, 1990, p. 297.

27 De allí mi extrañeza cuando Pérez Ragoné señalara (en el 2006) que en el Perú (junto con Brasil y Uruguay) tenemos al “instituto con un respetable funcionamiento” (así en PÉREZ RAGONE, Alvaro. “En torno al proceso monitorio desde el derecho procesal comparado europeo y hacia un monitorio comunitario. Caracterización y elementos”. En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Diego Iván PALOMO VÉLEZ (Coord.). *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2007, p. 457). En realidad, lo único que tenemos nosotros es la peor de las versiones latinoamericanas del proceso ejecutivo hispánico.

28 CALAMANDREI. Ob. Cit., p. 21 [cursivas del autor].

misma calidad que una sentencia (de condena) pasada en autoridad de cosa juzgada. Por el contrario, de producirse la oposición, el procedimiento se vuelve “proceso”²⁹, pues abre el camino a una de cognición plena y definitiva sobre el crédito, esto es, sin limitación alguna de lo alegable ni de medios probatorios.

Por tanto, la *esencia* del monitorio está en que altera la *esencia* del verdadero método procesal: el contradictorio. Pero este *vulnus* de la esencia del proceso, encuentra su justificación en la oportunidad que *tiene* el intimado de oponerse oportunamente y restablecer la “normalidad” del método.

Según la experiencia histórica (y actual) toda esta “especialidad” del monitorio persigue una finalidad: dotar a la “clase” de los acreedores (en particular, dinerarios) de un “instrumento eficaz y potente”³⁰ para vencer la inercia de su deudor y poder ingresar rápidamente a la ejecución judicial en base a un título ejecutivo judicial: la orden de pago no opuesta³¹. El monitorio, pues, constituye el paradigma de la *tutela judicial diferenciada* (sería mejor decir “privilegiada”) de un tipo de situación subjetiva: la creditoria.

Ahora, el procedimiento monitorio así como constituye una alternativa “rápida y sencilla” al proceso declarativo “ordinario” (o sea, a un verdadero proceso) a los efectos de la “construcción” de un título ejecutivo (la sentencia de condena) constituye también una alternativa a la proliferación de títulos extrajudiciales, siendo el *medio* para crear un título exactamente con la misma eficacia ejecutiva que una sentencia de condena, con la consecuencia de que una vez iniciada la ejecución la posibilidad de que se produzca una oposición del ejecutado se reduce al mínimo. De allí su utilidad práctica. De allí su amplia difusión.

29 Así FAZZALARI, Elio. “El giusto processo e i ‘procedimenti speciali’ civili”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2003, p. 7.

30 La expresión es de CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO. “Introduzione”. En CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO (al cuidado de). *I procedimenti sommari e speciali. I. Procedimenti sommari (633-669 C.P.C.)*. Cit., p. XIV.

31 Según CALAMANDREI. Ob. Cit., p. 26, los dos caracteres fundamentales del procedimiento monitorio que lo distinguen de todos los demás son: “1º, por la *finalidad*, que es la de dar vida, con mayor celeridad de la que pueda conseguirse en el procedimiento ordinario, a un título ejecutivo; 2º, por el *medio*, que es el de invertir, haciéndole pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictorio”.

Ahora, desde el momento que nosotros tenemos una lista tan amplia de títulos extrajudiciales, uno más discutible que el otro³², por lo que el planteamiento de la oposición del ejecutado a la ejecución está casi *in re ipsa*³³, la pregunta parecería ser: ¿y qué estamos esperando en el Perú para tener “nuestro” monitorio?

5.- LA PELIGROSIDAD DEL MONITORIO

Es que sobre el monitorio se pueden tener dos objeciones: una de principio y otra de orden práctico.

Ahora, que el monitorio se caracterice por la ausencia de contradictorio *previo* a la emisión de la orden de pago (o sea, el verdadero contradictorio) – para quien se tome en serio la “cultura del contradictorio”–, en el plano de los principios, en un sistema que no lo tiene previsto, le llevaría de inmediato a rechazar su introducción, al menos como procedimiento a cargo de un juez. Y esto porque si el contradictorio es la esencia del proceso y el proceso es el único instrumento del juez para el ejercicio de su función jurisdiccional – como dice Picardi “no instrumento de lucha entre las partes”, sino más bien “instrumento operativo del juez”³⁴–, sería intolerable que *ex novo* se introduzca un procedi-

32 V. la gigantesca lista del art. 688 del CPC y los demás títulos dispersos por el ordenamiento.

33 Tal como lo señala VACCARELLA, Romano. “Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali”. *Rivista di diritto processuale*. 1992, p. 52: “La elección de los actos, que no se han formado en un autónomo procedimiento jurisdiccional a los cuales conferir la calidad de título ejecutivo es tarea extremadamente delicada que merece extrema atención por parte del legislador, y ello al menos bajo dos perfiles: por la obvia dificultad de la decisión de someter el deudor a la sanción ejecutiva derogando el principio por el cual *ab executione non est inchoandum* y, por la otra, igualmente obvia exigencia de evitar que aquella decisión se traduzca no ya en una economía, sino en un desperdicio de actividad. Siendo demasiado evidente, para tener que detenerse, que al deudor no pueda negársele el derecho de contestar la pretensión creditoria y/o ejecutiva accionada en su contra y de dar vida, así, a un procedimiento de cognición *coram iudice* dirigido a la determinación de la ilegitimidad -total o parcial- de aquella pretensión, es además evidente que el objetivo de realizar una economía de actividad se realiza, si y en cuanto, el acto al cual le sea dada eficacia de título ejecutivo sea tal como para hacer aparecer improbable la oposición del deudor”.

34 PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2003, p. 21.

miento que por definición prescinde de dar la oportunidad al sujeto que será el destinatario de la orden de decir la suya *antes* de que tal orden sea emitida³⁵.

Distinto sería el caso si es que, como en Alemania, la “orden de pago” (*rectius*, el “aviso de intimación a pagar”, el *Mahnbescheid* desde la reforma de 1976³⁶) fuera emitida por un funcionario judicial (el *Rechtspfleger*) que nada juzga (ni pre-juzga...), pues en tal caso estaríamos ante una mera intimación a pagar, una “*constitución en mora efectuada de manera más solemne con el sello de la autoridad judicial*”³⁷. Si así fuera, una vez establecidos los requisitos para la petición de la orden (estrictamente formales, quizá plasmados en un formulario), en lo personal, en plano de los principios, no tendría ningún inconveniente en introducir un monitorio “a la alemana”, pues no se trataría (en la fase de emisión de la orden de pago) de un procedimiento *jurisdiccional*, sino simplemente *judicial*.

Pero aun así, introducir un monitorio en el Perú presentaría muchos “*pe- ligros*”³⁸ de orden práctico. Y de hecho su mayor peligro estaría en su procla-

35 De allí que FAZZALARI. Ob. Cit., pp. 3-4, tras la reforma del art. 111 de la Constitución italiana de 1999, que zanja que “Todo proceso se desarrolla en el contradictorio entre las partes, en condiciones de paridad, ante un juez tercero e imparcial”, proponía que el “procedimiento” monitorio tuviera la siguiente secuencia: demanda, convocación del deudor, ausencia de excepción o excepción de amplio desahogo, inmediata ejecutividad de la ordenanza de pago, reserva de la excepción del demandado, a juzgarse con posterioridad: “Se observaría así, el esquema del art. 111”.

36 Tal como lo señala BRONZINI. Ob. Cit., p. 731, desde la reforma de 1976 (vigente desde el 1 de julio de 1977) el *Zahlungsbefehl*, “literalmente ‘orden de pago’ viene denominada de manera muy distinta, esto es *Mahnbescheid* que significa literalmente ‘aviso de intimación a pagar”.

37 Así PERROT. Ob. Cit., p. 727 [cursivas del autor].

38 En todos los países en los que se prevé, se deja muy bien sentado que “el procedimiento monitorio se coloca como un instrumento lleno de virtudes y, al mismo tiempo, de peligros” (así, RONCO. Ob. Cit., p. 1). De igual manera, PERROT. Ob. Cit., p. 719: “Sin desconocer las virtudes del procedimiento de intimación, es obligado decir que un tal desarrollo no ocurre sin plantear problemas bastante serios, por cuanto si es bueno obligar a los deudores maliciosos a pagar, hay que también vigilar que el acreedor, gracias a las facilidades procedimentales, no abuse de la situación [...]. Hay que reconocer que este procedimiento, justamente por su simplicidad y su rapidez, comporta potenciales riesgos que están lejos de ser desdeñables. No hay que olvidar que es utilizado a menudo por potentes organizaciones de crédito, que [...] se sirven [...] de este procedimiento para intentar obtener, a veces, más de aquello que le es debido”.

mada mayor virtud: la creación rápida de un título ejecutivo (bajo el régimen de los “judiciales”) como consecuencia de la no oposición oportuna del deudor a la orden de pago.

En efecto, si la formación del título ejecutivo es la consecuencia (inmediata o mediata, a través de una resolución que lo declara ejecutivo) de la no oposición por parte del intimado al pago, su notificación *efectiva* debería estar “archi-garantizada”. Valen, al respecto, las palabras de Perrot, respecto del ordenamiento francés:

En estas condiciones, no se puede nunca subrayar suficientemente *la importancia de la notificación de la ordenanza de intimación*. El silencio del deudor, puede en efecto, tener un alcance solo si éste ha tenido efectivamente conocimiento de la ordenanza y si ha sido debidamente advertido de las consecuencias que podrían derivarse.

Es la razón por la que la ordenanza debe obligatoriamente ser notificada a través de un oficial judicial, sea el que sea el monto del crédito, aunque mínimo (art. 1411 nuevo c.p.c.). Y además el oficial judicial debe mencionar en su acto los riesgos a los que va al encuentro el deudor si no paga o si no se opone³⁹.

En el Perú, con el sistema de notificaciones que tenemos, en donde si al destinatario de la notificación no se le halla personalmente, se puede dejar un “aviso”⁴⁰ y a ese aviso dejado por “un” encargado de las notificaciones (pese a

39 PERROT. Ob. Cit., p. 731 [cursivas del autor].

40 Conforme al art. 160 CPC la (llamada) “notificación por cédula” (que en rigor es la notificación personal): “Si la notificación se hace por cédula, el funcionario o empleado encargado de practicarla entrega al interesado copia de la cédula, haciendo constar, con su firma, el día y hora del acto. El original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora del acto, suscrita por el notificador y el interesado, salvo que éste se negare o no pudiese firmar, de lo cual se dejará constancia”. Si el sujeto a notificar no es hallado se procede conforme al art. 161 CPC (que es la verdadera notificación por cédula): “Si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en éste con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el Artículo 160. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso”.

que ese “encargado” no es depositario de fe pública), se le “cree” más que de lo que da fe un notario: ¿estaríamos dispuestos a establecer (hoy) un monitorio en donde todo el “baricentro” de legitimidad del procedimiento está en esa notificación?.

Pero el problema en el Perú no está solo en sistema de notificaciones judiciales (de las que jamás tendremos la certeza de que llegaron a destino) sino también “en el valle”: en nuestra “liberal” regulación sustancial del domicilio; liberal porque no tenemos reglas sobre el domicilio *legal* (ni de las personas naturales ni de las jurídicas) y el domicilio “real” coincide con la residencia: nuestro domicilio es el lugar habitual de residencia (art. 33 del Código Civil) y si uno no tiene un lugar habitual de residencia “se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre” (art. 41 del Código Civil). Por no decir del domicilio especial “para ejecutar un acto jurídico” del art. art. 34 del Código Civil, respecto del cual, pese a que tal disposición establece que la designación “sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente”, nuestros jueces (incluso frente a lo dispuesto en el art. 40, en el sentido de que “El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio”) suelen dar por buena la notificación efectuada en el domicilio “especial”.

En una situación como ésta: ¿sería sensato introducir un monitorio en el que la falta de oposición oportuna del intimado “transforma” la orden de pago en un título ejecutivo “judicial”?

6.- REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Ergo, para introducir en el Perú un monitorio habría que hacer previamente reformas radicales: en el plano sustancial, con la modificación de las reglas del domicilio; en el plano de la organización judicial, con una “reingeniería” de nuestros órganos judiciales introduciendo funcionarios depositarios de fe pública, que se encarguen (entre otras funciones) de la emisión de las órdenes de pago y de sus notificaciones; y, ciertamente, en el plano procesal, con una radical reforma del proceso de ejecución, a comenzar por la revisión de cada uno de nuestros títulos extrajudiciales.

Si así no se hace, si nos dejamos tentar y, sin cambiar nada, plasmamos un monitorio (porque nuestros vecinos o los europeos lo tienen) con la esperanza de una mayor tutela del crédito, valen las prudentes palabras del buen Chioventa en el sentido de que:

Sobre la utilidad y el regular funcionamiento de la institución no es posible, por lo demás, hacer indicaciones o apreciaciones de orden general, pudiendo dar resultados bastante diversos en los distintos países. Para que la institución sea útil es necesario que se pueda contar con la normal escasez de pretensiones infundadas y de oposiciones dilatorias, como esperar que el número de oposiciones sea pequeño con relación a los mandatos de pago dictados; por lo demás, dada la libertad de provocar órdenes de pago, por una parte, y por la otra la libertad de privarles de valor con la simple oposición, el proceso monitorio puede ser fácil instrumento de vejaciones, o bien causa de inútiles complicaciones procesales⁴¹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIANO DEHO, Eugenia
1996 *El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil peruano*. Lima: Rhodas, (reimp. 1998).
2003 “La tutela jurisdiccional del crédito: proceso ejecutivo, proceso monitorio, condenas con reserva”. *Cathedra. Espiritu del Derecho*. Año IV, N°6, Julio 2000, pp. 164 ss [luego republicado en *Problemas del proceso civil*. Lima: El Jurista. pp. 363 ss].
- BRONZINI, Mario
1987 “Automatismo elettronico nel nuovo decreto ingiuntivo tedesco”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 731- 742.
- CALAMANDREI, Piero
1946 *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CARIGLIA, Chiara
2016 “L’ordinanza ex art. 648 C.P.C.”. *Il giusto processo civile*, N° 4, pp. 1151-1178.

41 CHIOVENTA. Ob. Cit., p. 300.

- CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO
2005 "Introduzione". En CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO (al cuidado de). *I procedimenti sommari e speciali. I. Procedimenti sommari (633-669 C.P.C.)*. Turín: Utet, p. XIII-XVIII.
- CHIOVENDA, Giuseppe
1954 *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CONTE, Riccardo
1993 "Il procedimento per decreto ingiuntivo tra diritto di difesa e principio d'eguaglianza (vecchie e nuove questioni di costituzionalità)". *Rivista di diritto processuale*, pp. 1196-1239.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo
1998 *El proceso monitorio*. Barcelona: J.M^a. Bosch.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor
1953 *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch.
1955 "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El ordenamiento Sevillano de 1360". En *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
1990 "Jurisdicción 'voluntaria', juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones". *Boletín mexicano de derecho comparado*. Vol. XXIII, N° 88, Mayo-Agosto, pp. 477-499. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1990.68.2718>
- FAZZALARI, Elio
2003 "Il giusto processo e i 'procedimenti speciali' civili". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 1-7.
- GUTIERRES DE CABIEDES, Eduardo
1974 "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España. En *Estudios de Derecho Procesal*". Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- HERCE QUEMADA, Emilio y GOMEZ ORBANEJA, Vicente
1962 *Derecho procesal civil*. Quinta edición. Madrid: Artes Gráficas.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de
s/f *Curia Philipica* [1797]. Edición facsimilar. Valladolid: Lex Nova.

- KÖNIG, Bernhard
1988 “La ZPO austriaca dopo la novella del 1983”. *Rivista di diritto processuale.*, pp. 716-717.
- LIEBMAN, Enrico Tullio
1962 “La sentenza come titolo esecutivo”. En *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, pp. 331-342.
1962 “In tema di esecuzione provvisoria del decreto d’ingiunzione”. En *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, pp. 469-471.
- PÉREZ RAGONE, Alvaro
2007 “En torno al proceso monitorio desde el derecho procesal comparado europeo y hacia un monitorio comunitario. Caracterización y elementos”. En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Diego Iván PALOMO VÉLEZ (Coord.). *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, pp. 455-485
- PERROT, Roger
1986 “Il procedimento d’ingiunzione (studio di diritto comparato)”. *Rivista di diritto processuale*, pp. 715-739.
- PICARDI, Nicola
2003. “‘Audiatur et altera pars’. Le matrici storico-culturali del contraddittorio”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, pp. 7-22.
- PROTO PISANI, Andrea
1987 “Il procedimento d’ingiunzione”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 291-316.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco
1990 “El proceso de ejecución en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”. En *Un “Codice Tipo” di procedura civile per l’America Latina*. Padua: Cedam, 1990.
- RONCO, Alberto
2005. *Procedimento per decreto ingiuntivo*. En CHIARLONI, Sergio y Claudio CONSOLO (al cuidado de). *I procedimenti sommari e speciali. I. Procedimenti sommari (633-669 C.P.C.)*. Turín: Utet.
- SALVIOLI, Giuseppe
1927 *Storia della procedura civile e criminale*. Vol. II. Milán: Hoepli.

- SCARSELLI, Giuliano
1989 *Condanna con riserva*. Milán: Giuffrè,
- SEGNI, Antonio
1965 “Opposizioni del convenuto nel processo monitorio”. En *Scritti giuridici*, Vol. II. Turín: UTET.
- VACCARELLA, Romano
1992 “Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali”. *Rivista di diritto processuale*, pp. 47-82.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de
1858 *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Tomo III. Madrid: Imprenta y Librería Gaspar y Roig.

La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege

Juan Alejandro Espinoza Espinoza*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
jespinozae1@unmsm.edu.pe*

SUMARIO: Introducción. Los casos. CONCLUSIONES.

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

INTRODUCCIÓN

No es pacífico el determinar la naturaleza (contractual o extracontractual) del incumplimiento de las obligaciones impuestas por ley. Punto de partida forzoso es tener presente que límite que demarca la *summa divisio* no es el contrato, sino la obligación, entendida como relación jurídica patrimonial. Ahora bien, siguiendo la sistemática trazada por el Código civil, encontramos como fuentes de las obligaciones al contrato, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual. La (mal) denominada responsabilidad civil contractual también se aplica en el caso de incumplimiento de una obligación nacida por gestión de negocios o promesa unilateral, por citar sólo dos relaciones obligatorias no contractuales.

Se entiende por fuente “el hecho jurídico, en sentido amplio, del cual nace la obligación”¹. Sólo por dato histórico, las fuentes de las obligaciones en el derecho justiniano eran el *contractus* (el acuerdo que genera obligaciones), el *quasi contractus* (negocio obligatorio que no era *contractus*), *maleficio* (o *delictum*) (hechos ilícitos dolosos) y *quasi maleficio* (o *quasi delictum*) (hechos ilícitos culposos)².

Bajo la **perspectiva tradicional**, las fuentes de las obligaciones se pueden reducir a la voluntad y la ley³. Frente a ello, se propone la siguiente “orgánica y racional” clasificación de las fuentes de las obligaciones⁴:

- a. Obligaciones que surgen del negocio jurídico, sea un contrato dotado, o no, de una propia denominación o disciplina, o un acto unilateral.
- b. Obligaciones que la ley vincula a un estado de hecho (*Zustandsobligation*) tal de generar un contacto social entre dos esferas de intereses.

1 Michele GIORGIANNI, voz *Obbligazione (Diritto Privato)*, *Novissimo Digesto Italiano*, XI, UTET, Torino, 1965, 604.

2 Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1954, 52.

3 Como afirmara, por ejemplo, René BOGGIO AMAT Y LEÓN, *Obligaciones*, Universidad de Lima, Lima, 1982, 13.

4 Emilio BETTI, *op. cit.*, 8.

- c. Obligaciones que surgen de un desequilibrio patrimonial o de un hecho ilícito que causa daños.

Calificada doctrina española opta por individualizar la **constitución heterónoma de las relaciones obligatorias**, por oposición a aquellas que nacen de la autonomía privada. Se afirma que “en todos aquellos casos en que la relación obligatoria no nace de un negocio jurídico, puede hablarse de una constitución forzosa o heterónoma de la relación. La relación se crea por obra de un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos. Naturalmente, la fuente de la obligación sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir ente particulares relaciones jurídicas de Derecho privado. Esos actos jurídicos pueden ser fundamentalmente de dos clases: actos administrativos y actos judiciales”⁵. También, identifica dentro de la constitución heterónoma de las relaciones obligatorias a un grupo de fuentes de obligaciones que está formado por aquellas obligaciones que nacen de supuestos de hecho legalmente tipificados o, si se prefiere, de acuerdo con la técnica tradicional, por las obligaciones que nacen directamente de la ley u obligaciones *ex lege*. En tales casos basta la producción o la aparición en la realidad social del supuesto de hecho previsto por la norma para que automáticamente pueda considerarse como nacida una obligación”⁶. Dentro de estas últimas se ubicarían tanto las obligaciones que surgen de un desequilibrio patrimonial como las que nacen de un determinado estado o situación.

Respecto de la calificación de “**obligación legal**”, se observa que “esta expresión en sí considerada, no tiene ningún significado preciso: es una palabra incolora y equívoca. En efecto, debemos recordar que es siempre la ley, que vincula la obligación a una situación de la vida social. Sólo es nítida la diferencia entre obligación que tiene su fuente en un negocio jurídico o en un acto ilícito, y la obligación que surge sin que haya asomo de un comportamiento, lícito o ilícito de la persona a cargo de la cual se impone”⁷. Este último supuesto sería

5 Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, 154.

6 Luis DIEZ-PICAZO, *op. cit.*

7 Emilio BETTI, *op. cit.*, 96-97.

el de la obligación alimenticia⁸ o el de una obligación *propter rem* (como una servidumbre)⁹. Por otra parte, atentamente se advierte que “ni el contrato, ni la ley, por sí solos, son verdaderas fuentes de obligaciones; deben reunirse siempre el hecho condicionante de estos efectos, y la ley, que ha erigido a ciertos hechos en creadores de obligaciones”¹⁰. Por ello, se afirma “que no hay más que una fuente de obligaciones: el hecho condicionante al cual la ley ha atribuido la virtualidad de dar nacimiento a una obligación”¹¹. En este sentido, se sostiene que “entre las posibles fuentes de obligaciones los códigos del Ochocientos consideraban también a la ley, fundaban la categoría de “obligaciones ex lege”. La mención de la ley ha desaparecido en el código civil (italiano) vigente; para el art. 1173 (c.c.ita.) son sólo fuentes de obligaciones los hechos o los actos; al “ordenamiento jurídico” se atribuye la función de hacerlos idóneos a producir obligaciones. No obstante el repudio legislativo, la figura de la obligación *ex lege* es utilizada a menudo por nuestra jurisprudencia y encuentra aún crédito incluso dentro atenta doctrina. Pero la incoherencia de esta figura es evidente si se considera que también las obligaciones contractuales y las obligaciones derivadas de un acto ilícito serían, a igual título, consideradas como obligaciones derivadas de la ley, ya que es siempre la ley que, por ejemplo, impone al comprador pagar el precio de la cosa comprada (art. 1498 c.c.ita. y 1558 c.c.) y es la ley que impone a quien ha cometido el hecho ilícito a resarcir el daño (art. 2043 c.c.ita. y 1969 c.c.)”¹².

Se propone una clasificación dual de fuentes de las **obligaciones en contractuales y extracontractuales**, es decir “entre las que derivan de un acto o hecho que tiene la virtud de imponer una obligación a cargo de un sujeto deter-

8 Emilio BETTI, *op. cit.*, 97.

9 Emilio BETTI, *op. cit.*, 98.

10 Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, *Curso de Obligaciones*, Tomo 1, Zavalía, Buenos Aires, 2004, 251. El autor agrega que “Si no fueras porque la ley les atribuye virtualidad, los hechos serían impotentes para crear obligaciones; y si el hecho que la ley ha previsto como hipótesis fuese imposible, y no pudiese acontecer jamás, las propias disposiciones legales vendrían a ser letra muerta, disposiciones puramente lricas. Ambos elementos deben complementarse” (*cit.*)

11 Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, *op. cit.*, quien se remonta al texto *La voluntad jurídica* de su maestro Henoch D. AGUIAR.

12 Francesco GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 2015, 33.

minado y a favor de otro sujeto determinado (...) y aquellas que derivan de la violación de una regla de conducta puesta para la protección de la generalidad de las personas”¹³.

Un sector de la doctrina propone la lectura de las obligaciones *ex lege* a través de la **categoría del hecho o acto idóneo a producir obligaciones**¹⁴, la cual ha sido reconocida en el art. 1173 c.c.ita., que, bajo el título de fuentes de la obligaciones, prescribe:

“Las obligaciones derivan del contrato, del acto ilícito, o de todo acto o hecho idóneo a producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

Se afirma, con razón, que si una norma prescribe cierta conducta (de *dare, facere*, o, establece ciertas reglas) bien podría¹⁵:

- a. Limitarse a “fijar” parámetros de diligencia, prudencia y pericia; es decir, indicar los cánones, los criterios que deben ser respetados en el desenvolvimiento de una determinada actividad, cuya inobservancia, se pone de relieve (simplemente) a los efectos de la formulación de un juicio de culpa.
- b. O que la misma norma tipifique un supuesto de hecho de responsabilidad extracontractual.
- c. O, también, configurar una “posición de garantía”, prever una “obligación de activarse” cuya inobservancia integraría un ilícito omisivo (siempre extracontractual).

En atención a ello, se pone en evidencia que “la categoría de las obligaciones *ex lege* se presta a una peligrosa deriva y a potenciales confusiones, haciendo asaz labil, incierto e impalpable el *limen* entre responsabilidad contractual y la aquiliana”¹⁶. En este orden de ideas, se propone que, “para resolver

13 Michele GIORGIANNI, *op. cit.*, 606.

14 Daniela ZORZIT, *La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità “contrattuale” della ASL: nuove geometrie (e qualche perplessità)*, *Danno e responsabilità*, 8-9, IPSOA, Milano, 2015, 803.

15 Daniela ZORZIT, *op. cit.*

16 Daniela ZORZIT, *op. cit.*, 804.

el *impasse*, se necesitaría decir que, cuando el “deber de activarse” impuesto por la norma está dirigido hacia una pluralidad indeterminada de sujetos, se está fuera del ámbito de las “obligaciones” en sentido técnico (y se entra, cuando subsistan los presupuestos, en el del “*neminem laedere*”)¹⁷. Comparto plenamente que, a efectos de determinar la naturaleza (contractual o extracontractual) en el incumplimiento de las obligaciones *ex lege* se requiere de una serie de parámetros interpretativos. Sin embargo el de la “pluralidad indeterminada de sujetos” no es decisiva para calificar como extracontractual el “deber de activarse”, dado que el carácter de “indeterminado” es relativo. ¿A quiénes se está haciendo referencia? ¿a todos los sujetos *tout court*? ¿a todos los sujetos que deben pagar impuestos?

Más allá de las críticas que merece la categoría de las obligaciones *ex lege*, nos encontramos frente dos escenarios: obligaciones creadas por la autonomía privada frente a aquellas creadas por ley; y ante dos ámbitos: la responsabilidad (contractual o extracontractual) por incumplimiento de las mismas. No se debe olvidar que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, la obligación (de reparar) surge *ex post* a la comisión del daño (se, entiende junto con los demás elementos constitutivos de este tipo particular de responsabilidad).

Pensemos en dos casos concretos: el incumplimiento de un seguro o en el otorgamiento de una subvención, ambos creados por ley. ¿Qué reglas se aplican?

¿Las de responsabilidad civil contractual o extracontractual? La primera reflexión es que no se debe caer en automatismos y sostener que, en el caso del incumplimiento de las obligaciones *ex lege*, por el sólo hecho de no haber sido resultado de la autonomía privada, se deben aplicar (siempre) las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

17 Daniela ZORZIT, *op. cit.*

LOS CASOS

Primer caso: El 17.08.01, la hija del señor Oswaldo Sánchez ingresó al servicio de emergencia pediátrica del Hospital Nacional Hipólito Unanue solicitando atención médica en mérito al **seguro escolar gratuito (SEG)**. En efecto, mediante **R.M. No. 076-99-SA/DM, del 17.02.99** (resolución que nunca fue publicada), se creó el Programa de Administración de Riesgo de Salud Escolar (ARSE) “encargado de implementar, conducir, administrar y desarrollar” el SEG, dependiente del Viceministerio de Salud “y que beneficiará a la población escolar a partir de los tres (03) hasta los diecisiete (17) años inclusive, matriculada en centros y programas educativos públicos, a nivel nacional”. En dicha resolución se señala que el SEG se viene implementando desde el mes de agosto de 1997. Sin embargo, mediante **R.M. No. 398-2001-SA/DM, del 13.07.01**, se le dio término a dicho programa, creándose la Unidad de Seguro Público del Ministerio de Salud, que asumirá las mismas funciones.

En estas circunstancias, el médico jefe de emergencia pediátrica doctor Carlos Orellana Salazar dispuso que se debía practicar a la menor una tomografía axial computarizada (TAC) al cerebro por la que debía pagar S/. 250.00 (doscientos cincuenta nuevos soles) al concesionario que tenía a cargo el servicio, ya que en ese centro médico el Seguro Escolar Gratuito no lo cubría.

Como en ese momento, el señor Sánchez no contaba con el dinero, tuvo que trasladar a la niña al Hospital María Auxiliadora donde le tomaron la tomografía a las siete de la noche, es decir, siete horas después de haber ingresado al Hospital Hipólito Unanue y en base a ello el médico dispuso su traslado al Instituto de Salud del Niño que contaba con los especialistas que el caso requería, ingresando a dicho centro a las nueve y treinta de la noche. Según el señor Sánchez, el médico que atendió a su hija expresó su extrañeza por la demora en el traslado.

Al día siguiente la niña ingresó a la sala de operaciones en estado de coma aproximadamente a las tres de la tarde y a las nueve de la noche se comunicó que se había producido la muerte cerebral, falleciendo el 24.08.01 por paro respiratorio.

En atención a ello, el señor Sánchez interpuso una demanda a efectos que se le pague S/. 370,000.00 (trescientos sesenta mil nuevos soles) como indemnización por responsabilidad extracontractual por los daños causados por la muerte de su menor hija a causa de las deficiencias de orden administrativo del seguro escolar gratuito, haciendo extensiva la demanda al pago de los intereses legales., por cuanto ello le ha causado daños económicos y morales afectando también a su familia. Afirmó que el Estado no cumplió con su deber de proteger la salud y la vida humana.

La Procuradora Publica a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contestó la demanda afirmando que la hija del demandante fue considerada desde un principio paciente de alto riesgo, lo cual fue confirmado con su rápido deterioro y muerte y si bien la tomografía es un elemento de auxilio diagnóstico, no conduce necesariamente a un resultado favorable en la recuperación de los pacientes y en el presente caso no se pudo establecer con precisión la verdadera causa de la muerte de la menor ya que no se le practicó la necropsia de ley por no contar con la autorización del padre y que habiéndose dispensado las prácticas razonables, el resultado dañoso se produjo por causas no imputables a su representado ya que se obró con la diligencia que el caso requería. Se amparó en los artículos 1330, 1762 y 1969 c.c.; 79 del D. S. No.005-90-SA y la Ley 26842.

En primera instancia, (Exp. No. 58508-2002), **mediante Resolución No. 12, del 23.06.04, el Decimocuarto Juzgado Especializado Civil de Lima**, declaró fundada la demanda imponiendo al Estado - Ministerio de Salud abonar al demandante y a su esposa, como padres de la menor Karen Janet Sánchez Amador, la suma de S/. 50,000.00 (cincuenta mil nuevos soles) más intereses legales, en concepto de toda indemnización por daños y perjuicios; y para prevenir situaciones similares a la de autos se recomendó que el Estado, a través de sus órganos pertinentes, tome las medidas necesarias que aseguren una eficiente atención médico-quirúrgica a los menores en edad escolar que requieran ser atendidas por emergencia de los hospitales públicos. Respecto del SEG se observó que:

“QUINTO- Entre partes tampoco se discute que la paciente gozaba del Seguro Escolar Gratuito, creado por Resolución Ministerial número 076-99-SA/DM del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa para la implementación, conducción,

administración y desarrollo del seguro de salud a favor de la población escolar de tres a diecisiete años de edad; norma que según la certificación de fojas trece, expedida por la Editora del Peruano el once de setiembre del dos mil dos, no ha sido publicada en ese diario oficial.

A la fecha del evento el Seguro Escolar Gratuito había sido asumido por la Unidad de Seguro Público del Ministerio de Salud, por mandato de la Resolución Ministerial 398-2001 -SA/DM del trece de julio del dos mil uno (tampoco publicada en las ediciones del diario oficial del mes de julio), el cual, posteriormente, pasó a ser administrado por la Unidad de Seguro Integral de Salud constituida por Resolución Suprema 445-2001-SA, publicada el uno de noviembre del mismo año, como parte del Sistema Integral de Salud (SIS)”.

La fundamentación jurídica fue la siguiente:

“V. DEL DAÑO A LA SALUD DE LA MENOR JANET KAREN

DÉCIMO TERCERO.- Con arreglo a los artículos 3 de la ley 26842, 1 de la ley 27634 y 3.1 y 4 del decreto supremo 015-2002-SA la atención de emergencia es la que presta un establecimiento de salud a quien o su vida y cuya remoción requiere atención y procedimientos médicos y/o quirúrgicos inmediatos, así como el empleo de recursos técnicos, de diagnóstico, de personal, equipamiento y manejo terapéutico. Es decir que el derecho de la menor a recibir atención de emergencia incluía el de que se le practicara la TAC.

Por su parte, la atención por efecto del seguro escolar alcanzaba exámenes especiales como la TAC; así lo ha reconocido el doctor Rafael Maximiliano Delgado Coordinador del Seguro. Escolar Gratuito del Hospital Hipólito Unanue al contestar la cuarta pregunta de su declaración prestada ante el instructor policial, que en copia certificada obra a fojas, veintidós y siguientes.

Esta declaración tiene una especial importancia en la controversia porque el cargo de quien la formula no permite dudar sobre los alcances del seguro, ya que no es posible determinarlos con mayor detalle en la medida que la norma que lo creó y que estaba vigente a la fecha que se produjo el evento, no ha sido publicada.

DÉCIMO CUARTO.- Se ha señalado que en la fecha del evento el servicio de TAC era prestado por tercero a quien el Hospital Hipólito Unanue facilitó un espacio dentro de sus instalaciones para que implementara un centro que lo prestara a determinadas tarifas, con la obligación de efectuar un examen gratuito por cada quince exámenes pagados, los que según la octava estipulación del contrato de fojas ciento cincuenta se debía prestar previa autorización del Servicio Social.

DÉCIMO QUINTO.- Según el informe de la TAC lo menor sufrió una hemorragia cerebral que fue causa de que las estructuras cerebrales se comprimiran al punto

de producirse desplazamiento de la línea media en sentido contralateral; caso que como lo estimó el médico de emergencias, era de urgente atención y por tanto, grave.

Por eso consideramos que al no realizarse la TAC en el servicio instalado en el mismo Hospital Hipólito y derivando a la paciente, para su práctica, de un hospital a otro se perdió tiempo que resultaba valiosísimo para la determinación del tratamiento médico que se debía aplicar para mantener su vida con el menor daño posible a su salud.

Es obvio, como lo dice el representante del órgano estatal demandado en su contestación a la demanda, que la oportunidad en que se tomó la TAC, por si misma, no causó la muerte pero, indudablemente, contribuyó a esa fatalidad porque la demora impidió un diagnóstico y tratamiento oportunos que pudieron, si no evitar que su salud quedara indemne, por lo menos, que se conservara su vida.

DÉCIMO QUINTO (SIC).- Al producirse el evento, la Ley de Emergencias 19609 había sido derogada por ley 26842, cuyo artículo 3 reconoció el derecho de las personas a recibir atención de emergencia pero remitió la regulación de los criterios para prestarla a un reglamento que a dicha fecha aún no se había sancionado, dado que el artículo fue modificado recién por ley 27604 -posterior al evento- estableciéndose que el reembolso de gastos se haría después de atendida la emergencia y conforme a la evaluación del Servicio Social.

Sin embargo ese vacío legislativo no justificó, dada la gravedad de! caso de la menor, que se demorara la TAC remitiendo a la menor al Hospital María Auxiliadora de Villa El Salvador, cuando en el hospital que se le atendía se brindaba el servicio por tercero, con quien se pudo tratar o negociar la atención urgentemente requerida” (el subrayado es mío).

Respecto de la responsabilidad del Estado se sostuvo que:

“DÉCIMO SEXTO.- Consideramos, vistos los fundamentos anteriores, que el Estado - Ministerio de Salud es responsable por las deficiencias que acusó el sistema de salud en la atención de emergencia de la menor Janet Sánchez Amador, porque ellas evidencian el incumplimiento de su deber constitucional de organizar los servicios hospitalarios y el sistema del seguro escolar a través del Ministerio de Salud cuya función, regulada en ese entonces por la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud decreto legislativo 584 y su reglamento aprobado por el decreto supremo 002-02-SA es proteger la salud de la persona humana en general y de los menores escolares, en particular, necesitados de la atención de emergencia que solicitó la menor Janeth Sánchez Amador.

DÉCIMO SETIMO. - Adherimos la tesis de Fernando de Trazegnies en el sentido que la responsabilidad del Estado por la organización de los servicios públicos, entre ellos los que se prestan en los hospitales públicos, es de naturaleza extracontractual y que se encuentra regulada por el artículo 1970 del Código Civil; sin embargo,

reconocemos con el mismo autor, que la línea que separa esta responsabilidad de la normada en el artículo 1969 es en ocasiones muy tenue, como sucede en este caso, pues, como veremos más adelante el personal médico y auxiliar encargado de atender a la menor actuó, administrativamente, en forma negligente al no aplicar el ordenamiento que regulaba la atención de emergencia de los menores en edad escolar y. por tanto, le alcanza también la responsabilidad vicaria prevista por el artículo 1981.

DÉCIMO OCTAVO.- Además, estimamos que la responsabilidad del Estado por la deficiente atención hospitalaria proviene de una obligación de medios, con lo cual disintimos de la opinión del mismo autor que afirma que esta solo opera en sede de la responsabilidad contractual.

En efecto, la distinción que hace la doctrina entre obligaciones de resultado y de medios parte de reconocer que la primera surge de la que tienen las personas de dirigir su actividad hacia un resultado determinado, resultando responsables si este no es obtenido; por ejemplo, el dueño de una fundición a quien la ley le impone el deber jurídico de ejercer su actividad sin causar daño, responderá civilmente de producirse este por emanaciones tóxicas. La segunda, se da cuando la persona se obliga a poner todos los medios a su alcance en pos de la obtención de un resultado, independientemente de que éste se obtenga o no; por ejemplo el médico que practica una apendicetomía no responderá civilmente si el paciente muere, en tanto haya cumplido con los procedimientos recomendados por la *praxis* médica.

Dicho de otro modo, la responsabilidad por una obligación de medios no se genera porque el resultado querido no se alcance sino porque no se cumple con proveer los medios o con realizar la conducta adecuada para alcanzarlo que es la responsabilidad que le cabe al Estado en el presente caso, en el que no responde por la muerte de la menor sino por no proveer un sistema de salud que de haber sido suficientemente eficiente pudo evitar ese resultado.

DÉCIMO SETIMO (SIC).- En efecto, el Estado al garantizar a los ciudadanos su derecho a la salud y a los escolares que ese derecho será cubierto por un seguro público, se obliga no solo a crear un sistema adecuado para esos propósitos sino a organizarlo de modo que resulte eficiente para la atención integral del paciente al margen de que el resultado sea que este conserve su salud o su vida, ya que se trata de bienes, ambos inapreciables, cuya conservación depende muchas veces de circunstancias aleatorias.

DÉCIMO OCTAVO (SIC).- Es evidente que el Estado Peruano debe cumplir este deber con sus propios recursos los que, como es de conocimiento general, son escasos. De ahí que sea comprensible que para atender los requerimientos del sector salud, por el artículo 18, cuarto punto, del decreto supremo 005-00 del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa, se haya facultado a los directores de los hospitales públicos que no cuenten con equipamiento en determinadas especialidades a contratar de terceros la prestación de servicios TACs.

Sin embargo no es aceptable que la normativa no haya cuidado de disponer la inclusión en los contratos que se celebren de cláusulas que garanticen, siquiera mínimamente, la prestación gratuita de los servicios en casos como el presente; o que, en su caso, sin perjudicar el interés privado propongan alternativas de solución como podría ser la atención gratuita de un número determinado de esos pacientes corriendo el Hospital con el exceso a costo preferencial; renovación de los contratos en función al número de atenciones gratuitas, etcétera.

DÉCIMO NOVENO.- Si bien es cierto que la cláusula octava del contrato de fojas ciento cincuenta contiene el acuerdo por el cual la concesionaria debía dar una atención gratuita por cada quince pagadas, también lo es que dicha estipulación no satisface la finalidad a la que debe dirigir el Estado sus contrataciones de tercerización de los servicios de salud porque no garantiza la atención de casos como el de Janeth Karen, dado que no especifica si esas emergencias se considerarían necesariamente entre las gratuitas que se pactaron; tampoco cómo se atenderían si así se calificaban: en la frecuencia convenida o en el momento que ellas se presentaran; y, finalmente, cómo se procedería si las emergencias excedían a las atenciones gratuitas pactadas.

VIGÉSIMO.- También existe responsabilidad del Estado porque el Seguro Escolar se creó en febrero de mil novecientos noventa y nueve resultando inexplicable que desde esa fecha hasta la del requerimiento de la cobertura por los padres de la menor, la Coordinación General del Hospital Hipólito Unanue no hubiera implementado algún sistema para que la concesionaria prestara el servicio a favor de sus beneficiarios y que recién por oficio de fojas veintiuno del ocho de setiembre del dos mil uno después de producido el evento, solicitara a la Dirección General que efectuara coordinaciones tendientes a ese propósito.

VIGÉSIMO PRIMERO.- A igual conclusión llegamos si examinamos la responsabilidad del Estado desde la perspectiva de la atención por emergencia porque tampoco se explica, frente a la situación en que se encontraba la menor, que la Asistente Social del Hospital Hipólito Unanue se hubiere limitado a levantar la información del documento de fojas setenta y nueve sin informar al médico responsable del área sobre la necesidad de coordinar la forma en que el concesionario pudiera prestar el servicio, sea gratuitamente, al costo que los padres pudieran pagar o en el peor de los casos con cargo a que se regularizara el pago posteriormente, por los padres o por el mismo Hospital. Esa conducta omisiva infringió no solo los deberes de función sino también el deber de solidaridad que tenemos todas las personas frente a casos como el citado y que el artículo IV de la Ley de Salud entonces vigente imponía al individuo, la sociedad y el Estado.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Además, cabe resaltar la incongruencia del informe social porque, primero, señala que la paciente ingresó a emergencia conducida por su madre y, seguidamente en el rubro observaciones, que “no hay familiares”. Esto permite afirmar que la Asistente pese a que le constaba el mal estado de la paciente (así lo dejó indicado en su propio informe) negligentemente no hizo mayor indagación ni

se entrevistó con el médico de emergencias que la atendía, de quien hubiera podido obtener información sobre las dificultades que se presentaba para hacer la TAC y de ese modo, hacer las gestiones necesarias para removerlas.

VIGÉSIMO TERCERO.- Lo mismo sucede con el médico que atendió a la menor de emergencia porque aun cuando su actuación médica no es cuestionable ni ha sido cuestionada por la demandante, no resulta satisfactoria su conducta desde que tampoco realizó gestión alguna ante el funcionario administrativo responsable del área, para que se realizara la prestación que se requería teniendo en cuenta que él mismo había calificado de urgente que la paciente pasara con la TAC al consultorio de neurología para su evaluación y diagnóstico definitivo.

VIGÉSIMO CUARTO.- Estos hechos, apreciados en conjunto producen convicción que en que en el caso de autos los encargados de la atención de emergencia del Hospital Hipólito Unanue no cumplieron con las normas que regulaban en dicha época la atención de emergencia y la del Seguro Escolar, así como que no existían directivas de los órganos ni el sector salud ni en el mismo Hospital Hipólito Unanue, sobre la forma de atender las de los menores en edad escolar que no estuvieren en condiciones de pagar el servicio de TAC prestado por terceros; deficiencia de la cual es responsable el Estado, como ha quedado dicho, sin que pueda alegarse en contrario la escasez de recursos porque estos deben administrarse priorizando el cumplimiento del deber de proteger la vida y salud de las personas y de proteger al menor en edad escolar.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 05.09.05, confirmó la decisión.

Nos encontramos frente a un caso de un seguro (formalmente absorbido por el SIS; pero en realidad “extinto”) que fue solemnemente proclamado y groseramente incumplido. Ahora bien, el no haberse practicado oportunamente la tomografía axial computarizada en una situación de emergencia, bajo la “cobertura” del seguro escolar gratuito ¿es un supuesto de responsabilidad civil contractual o extarcontractual? Téngase en cuenta que durante el proceso no se discutió la existencia de tal seguro. Entonces, el Estado, al haber creado el Programa de Administración de Riesgo de Salud Escolar (ARSE) “encargado de implementar, conducir, administrar y desarrollar” el SEG, asume la **obligación (legal)** frente a “la población escolar a partir de los tres (03) hasta los diecisiete (17) años inclusive, matriculada en centros y programas educativos públicos, a nivel nacional”.

Segundo caso: Johnny Reusche Flores y Eduardo Fernando Reusche Tejero, interpusieron una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Banco de Crédito del Perú - Sucursal Sullana; pretendiendo que se les pague una suma no menor de doscientos cuarenta y cuatro mil quinientos seis y 79/100 dólares americanos por concepto de los daños y perjuicios, así como los intereses legales y las costas y costos del proceso. Los demandantes, en esencia, sustentaron las pretensiones en lo siguiente:

- a) Alegaron que la demandada incumplió sus obligaciones como entidad financiera y les perjudicó en sus derechos a acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado mediante el Decreto de Urgencia N° 059-2000, ya que dicha entidad bancaria no tramitó sus solicitudes de acogimiento a tal programa, generándoles daños.
- b) Sostuvieron que, como daño emergente, el codemandante Eduardo Fernando Reusche Tejero perdió la propiedad de su bien inmueble valorizado en la suma de ciento sesenta y cinco mil cuarenta y dos y 00/100 dólares americanos, al habérselo adjudicado la demandada en la suma de sesenta y cinco mil quinientos setenta y 95/100 dólares americanos; por ello, la diferencia de noventa y nueve mil cuatrocientos setenta y uno y 05/100 dólares americanos le debe ser restituida.
- c) Indicaron que por lucro cesante, los recurrentes perdieron la posibilidad de reestructurar y reducir su deuda total de cien mil cincuenta y nueve y 57/100 dólares americanos a cuarenta mil veintitrés y 83/100 dólares americanos, esto es, beneficiarse con la deducción del sesenta por ciento (60%) de ella en un monto de sesenta mil treinta y cinco y 74/100 dólares americanos, al encontrarse calificada su deuda como pérdida por el propio Banco demandado.
- d) Afirmaron que por daño moral se les debe pagar la suma de ochenta y cinco mil y 00/100 dólares americanos, no solo por el incumplimiento en que incurrió la demandada al no calificar oportunamente sus solicitudes de acogimiento al Programa de Rescate Financiero creado por el Decreto de Urgencia N° 59-2000, sino también por la pérdida de su propiedad, el resquebrajamiento del estado de salud de Eduardo Fernando Reusche Tejero, la detención de la que fue víctima Johnny Reusche Flores, así como su mala calificación financiera en las centrales de riesgo.
- e) Refirieron que todos esos daños son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento en que incurrió la demandada al omitir calificar las solicitudes que, en diversas oportunidades, desde el cuatro de setiembre del año dos mil, le presentaron para acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por el Decreto de Urgencia 059-2000

- f) Acusaron a la demandada que en forma dolosa, o cuanto menos negligente, incurrió en inexecución de lo dispuesto por dicha norma legal, y prosiguió con la ejecución de las garantías que otorgaron para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asumieron frente al Banco hasta culminar con el remate de la parcela dada en garantía hipotecaria por Eduardo Fernando Reusche Tejero, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se haya recibido respuesta alguna sobre las referidas solicitudes de acogimiento.
- g) Imputan al ente demandado haber llevado a cabo todos los medios procesales y extraprocesales para evitar que los recurrentes se acojan al Programa de Rescate Financiero Agropecuario, no obstante corresponderles dicho beneficio, lo que les generó la pérdida de la propiedad de su inmueble, la imposibilidad de reestructurar los pasivos del recurrente Johnny Reusche Flores, la imposibilidad de obtener los beneficios económicos y financieros de las normas de rescate financiero que se introdujeron a su relación contractual.

El Banco de Crédito del Perú dedujo la **excepción de prescripción extintiva** de la acción al estimar que:

- a) El petitorio está constituido por una pretensión indemnizatoria por presuntos daños y perjuicios que supuestamente habría ocasionado el Banco a los demandantes.
- b) Tal pretensión se sustenta en el supuesto perjuicio ocasionado por el Banco al no valorar el Informe de Riesgo elaborado el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho y el Informe Técnico del ingeniero Roger Farfán del mismo año, a través de los cuales los demandantes hubieran podido refinanciar sus obligaciones en el marco del Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por el Decreto de Urgencia N° 059-2000 para que accedan a los beneficios que contempla dicho régimen.
- c) Se debe tomar en cuenta la fecha de expedición de tales documentos a fin de poder analizar si la pretensión indemnizatoria de los actores se encuentra dentro del plazo legal para ser ejercitada; pues, afirma que tal pretensión ha prescrito en virtud de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 2001° del Código Civil, ya que a la fecha transcurrió en exceso el plazo legal de dos años a fin de poder accionar una indemnización en base a dichos documentos por el supuesto actuar negligente o, doloso del Banco.

El Primer Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana emitió resolución, con fecha once de mayo de dos mil doce, en la cual declaró fundada la excepción de prescripción extintiva, en conse-

cuencia nulo todo lo actuado y concluido el proceso, al determinar lo siguiente:

- a) En el caso existía una relación contractual entre los demandantes, Jhonny Reusche Flores y Eduardo Fernando Reusche Tejero, y el Banco demandado, al ser aquellos clientes de éste; en virtud de esta relación contractual los demandantes tenían créditos pendientes de pago con el Banco, producto de los contratos de prenda agrícola suscritos entre ellos y de las líneas de créditos concedidas por el ente demandado con el respaldo de garantías hipotecarias y pagarés.
- b) La imposibilidad del pago de tales obligaciones por parte de los actores motivó que éstos soliciten al Banco acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por Decreto de Urgencia N° 059-2000; por ello, el hecho de no haberse atendido esas solicitudes es lo que les ocasionó el daño cuya indemnización reclaman los actores.
- c) La dación del referido decreto de urgencia generó en el Banco una obligación nueva, no existente en el inicio de las relaciones contractuales entre las partes, esto es, generó una obligación impuesta por ley; por lo que, su inobservancia, no acarrea un incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales que surgen entre las partes, sino el incumplimiento de un deber específico que le viene impuesto por el ordenamiento jurídico y, en cuanto perjudica al interés de otro viciándolo, ocasiona un daño que en contraposición al contractual se conoce como extracontractual; por ello, debe interpretarse que la acción indemnizatoria ejercitada es la de la responsabilidad civil extracontractual cuyo plazo de prescripción es de dos años, de conformidad con lo previsto en el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil.
- d) Al acontecer el evento dañino en el año dos mil, y por tener los demandantes dos años para ejercitar su acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, al año dos mil diez, en que se interpuso la demanda, el plazo de prescripción transcurrió en exceso, por lo que debe ampararse la excepción deducida.

En segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana emitió la resolución de vista de fecha seis de setiembre de dos mil doce, que confirmó la resolución apelada por similares fundamentos. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, (CAS. N° 252-2013 SULLANA) declaró infundado el recurso de casación en atención a que:

- “1. En el recurso, básicamente, los demandantes denuncian que se infringió el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil, ya que éste se aplicó indebidamente al caso, sin tener en cuenta que la pretensión indemnizatoria que ellos plantearon es una de responsabilidad civil contractual y no así una extracontractual.

2. El citado artículo 2001°, inciso 4, establece el plazo de dos años en que prescribe, entre otras acciones, la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual.
3. En ese orden de ideas, era conveniente determinar si en el caso los demandantes ejercitaron la acción indemnizatoria por responsabilidad civil contractual como lo alegan o si, por el contrario, ejercitaron la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual como lo determinaron las instancias de mérito.
4. Ahora bien, luego de examinarse la resolución impugnada, se aprecia que ésta confirma la apelada, que declara fundada la excepción de prescripción extintiva, al considerar esencialmente que el petitorio indemnizatorio tiene como causa de pedir el incumplimiento de una obligación que surge no de los contratos de préstamo dinerario y línea de crédito a los que aluden los demandantes sino del Decreto de Urgencia N° 059-2000, que aprueba el Programa de Rescate Financiero Agropecuario cuyo objeto fue contribuir a la refinanciación de las deudas por créditos agropecuarios con instituciones del Sistema Financiero.
5. Esta Sala Suprema estima que la determinación realizada por las instancias de mérito respecto a cuál es la causa de pedir que sustenta el petitorio en este proceso es acorde a lo que los propios demandantes señalaron no solo en su escrito de demanda, al alegar que “(...) el demandado incumplió sus obligaciones como entidad financiera y les perjudicó en sus derechos de acogerse al Programa [citador, sino también en su escrito de absolución de la excepción, en que indicaron que el hecho dañoso lo constituye “la no atención de la solicitud de acogimiento al [referido] Programa de Rescate Financiero Agropecuario”.
6. De modo que si ello es así y la conducta antijurídica que le imputan los demandantes al Banco demandado es por no atender las diversas solicitudes que le presentaron aquellos para acogerse a tal programa de rescate financiero, según sus solicitudes de fechas cuatro de setiembre de dos mil, veintiocho de junio de dos mil uno y veinticinco de enero de dos mil dos, obrantes a fojas quince, diecinueve y veinte de autos, respectivamente, es evidente que no se incurrió en error al interpretar que el evento dañino se produjo como consecuencia de un hecho concreto (falta de evaluación de las solicitudes de acogimiento al Programa de Rescate Financiero Agropecuario) que no se deriva de las prestaciones expresamente estipuladas en los contratos de préstamo y línea de crédito que los demandantes tenían suscrito con el Banco, sino del marco normativo que se implementó con el objeto de contribuir a la refinanciación de las deudas por créditos agropecuarios con instituciones del Sistema Financiero según las disposiciones de dicho Decreto de Urgencia N° 059.-2000.
7. En tal contexto, lo que se aprecia es que en el caso no existía una relación obligatoria entre los demandantes y el Banco, sino deberes jurídicos que le impuso el Decreto de Urgencia N° 059-2000, tanto a las instituciones financieras que

participen en el citado programa como a los beneficiarios que soliciten su acogimiento al mismo.

8. Por ende, no se advierte que el evento dañino se origine de la inexecución de prestaciones derivadas de una relación obligatoria existente entre los demandantes y el Banco; por lo que, siendo esto así, las instancias de mérito actuaron adecuadamente al interpretar que la acción indemnizatoria ejercitada por los demandantes es por responsabilidad civil extracontractual.
9. Ante tal determinación era evidente que el plazo de prescripción que se debió aplicar para resolver la excepción de prescripción extintiva deducida por el Banco demandado era el de dos años previsto en el artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil.
10. Es conveniente puntualizar que en los casos de responsabilidad civil extracontractual la acción indemnizatoria que se ejercita es por el daño causado por dolo o por culpa, o por el uso de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y sin que el autor del daño y la víctima hayan estado vinculados, previamente, por una relación jurídica de naturaleza contractual o de otra naturaleza, pues como consecuencia del daño causado se entabla recién la relación jurídica que constituye a la víctima en el sujeto pretensor de la indemnización¹.
11. En el caso, respecto de las obligaciones que impuso el Decreto de Urgencia N° 059-2000, se advierte que son las solicitudes de acogimiento al referido programa presentadas por los demandantes al Banco, y no atendidas por esta entidad financiera, la que recién entabla una relación jurídica entre las partes derivada de la falta de evaluación y calificación de su solicitud que le habría permitido a los demandantes gozar de los beneficios que otorgó el marco legal establecido por dicho decreto de urgencia, y esta relación es completamente distinta a la que tenían ya anteriormente aquellos como consecuencia de estar vinculados por el aludido contrato de préstamo.
12. Por todo lo expuesto, no se evidencia que en el caso se incurra en infracción normativa del artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil por ser la norma pertinente al caso, toda vez que la causa de pedir que sustenta el petitório indemnizatorio corresponde a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Por tal razón, debe desestimarse por infundado el recurso”.

EL COMENTARIO

La decisión del segundo caso resulta curiosa y “creativa”, por decir lo menos:

- a. El art. 5 del Decreto de Urgencia N° 059-2000, por el que se autoriza la emisión de bonos del Tesoro Público que se utilizarán para apoyar programas de rescate financiero agropecuario (RFA) y de fortalecimiento patrimonial de empresas (FOPE), del 15.08.00, establece que:

“La elegibilidad de los beneficiarios del RFA y del FOPE dependerá de la evaluación que realicen las IFIs (Instituciones del Sistema Financiero), la que deberá centrarse en la viabilidad económica y financiera de dichos beneficiarios.

Los programas aprobados por la presente norma son excluyentes entre sí, razón por la cual los beneficiarios sólo podrán acogerse a uno de ellos.

El plazo para acogerse a los programas vence el 30 de junio de 2001“ (el agregado es mío).

- b. La responsabilidad alegada por la parte demandante se basa en que entre el Banco de Crédito y aquella ya existía una relación contractual. Sin embargo, para las instancias (primera y segunda), se trata de una obligación “nueva” impuesta por ley, que escapa del marco contractual entre las partes. Para la Corte Suprema es un “deber jurídico”.
- c. En verdad, si la razón de ser de esta ley es la de refinanciar la situación de las empresas del sector agropecuario y se encarga a las mismas entidades del sistema financiero (con las cuales ya tienen una relación contractual) hacer la evaluación crediticia, no se entiende cómo la responsabilidad por la falta de dicha evaluación y calificación de la solicitud de refinanciación escapa de la órbita contractual. ¿Qué “varita mágica” ha transformado lo contractual en extracontractual?

Atenta doctrina nacional estima que “ante casos de duda o en los que la fuente de la obligación sea la ley y esta no diga que será considerado contractual, la regla a aplicar por defecto sería la del sistema de responsabilidad contractual”¹⁸. Contrariamente se afirma que, “con la dación del mencionado decreto de urgencia lo que se estableció era una verdadera obligación (de fuen-

18 José GABRIEL RIVERA, *Obligaciones de fuente legal: ¿contractual o extracontractual?*, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 26, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, 214.

té legal) para las entidades bancarias de tramitar los planes de refinanciamiento que les soliciten, siempre que los solicitantes cumplan con los requisitos de ley”¹⁹, agregando que “si bien estamos ante una nueva obligación (como lo señala la Corte Suprema), no nos queda duda de que la referida obligación, al ser imperativa, se integró a los diversos contratos existentes entre los particulares y a entidades bancarias referidas a créditos agropecuarios, por lo que, con mayor razón, lo que debió haberse aplicado es la responsabilidad contractual”²⁰.

El pecado de haber tratado (históricamente) de manera distinta lo que es en esencia una sola unidad, ha llevado a una suerte de maldición secular que se arrastra por generaciones de juristas y operadores jurídicos. En efecto, en el particular caso del **incumplimiento de las obligaciones que nacen *ex lege***, existe discusión en doctrina y en jurisprudencia si debe ser tratado en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. El problema —como se puede apreciar en este último caso— es de importante trascendencia práctica, tanto es así que, de ser considerado como un supuesto de responsabilidad extracontractual, el plazo prescriptorio ya venció.

Como ya se advirtió al inicio, no se debe caer en automatismos en la respuesta por el sólo hecho que la obligación nazca por ley: es menester analizar el caso concreto para determinar si la naturaleza es contractual o extracontractual. En efecto, la fórmula “obligaciones que nacen de la ley” “mas que designar un tema homogéneo, constituye una sugestión: un transversal y problemático renvió al dualismo entre hecho y norma”²¹. Así, “en las leyes que —a través del “otorgamiento” del dinero público— pretenden incentivar y promover determinada actividad, es posible, aunque no muy frecuente, que los criterios de individualización de los beneficiarios sean directa y exhaustivamente establecidos: en tales supuestos, pueden ser utilizadas las normas del código civil en materia del promesa al público (arts. 1989-1991 c.c.ita.)”²². En el Código civil peruano, las normas de **promesa al público** están contenidas en los artículos 1959 y 1960. El primero de estos regula lo siguiente:

19 Héctor CAMPOS GARCÍA, *Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal (ex lege). ¿responsabilidad contractual o extracontractual?.* *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 30, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, 163-164.

20 Héctor CAMPOS GARCÍA, *op. cit.*, 164.

21 Donato CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, ESI, Napoli, 2004, 7.

22 Donato CARUSI, *op. cit.*, 62.

“Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública”.

Entonces, al haberse comprometido públicamente el Estado, sea a través de una resolución ministerial o de un decreto de urgencia, a ofrecer el seguro escolar gratuito o de apoyar económicamente a las empresas agropecuarias, y no cumplir (o cumplir inexactamente) con ello, se estaría incurriendo en responsabilidad contractual (*rectius*, obligacional). En efecto, este tipo de anuncio que se da a través de una norma es fuente de obligaciones. Está bajo el denominado régimen contractual, porque se incumple (o cumple inexactamente) una obligación previamente asumida (en este caso, bajo la forma de una promesa unilateral al público ex art. 1959 c.c.) . En efecto, este artículo regula:

“Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública”.

Con acierto se advierte que el artículo 1959 del Código Civil no dice “recompensa”, sino “prestación”; esto es, aquella conducta que el deudor debe realizar en interés del acreedor que puede consistir en un dar, hacer, no hacer (o no dar)²³. Diferente es el escenario de la responsabilidad civil extra-contraccional, por cuanto la obligación de reparar surge con la lesión del deber genérico de no dañar.

Téngase presente que del género **promesa unilateral**, se encuentra el supuesto de la promesa al público. El art. 1956 c.c., el cual establece que:

“Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.

23 Henry HUANCO PISCOCHE, *La promesa de pública recompensa*, *Advocatus*, No. 24, Lima, 2012, 212.

Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa”.

Sin embargo elemento indispensable para que dicha promesa sea fuente de obligaciones es que conste por ley o sea producto de un acuerdo *inter partes*. Así el art. 1957 norma que:

“La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas”.

Entonces, el requisito de la previsión legislativa está presente tanto en el seguro escolar obligatorio (resolución ministerial) como en el apoyo económico a las empresas agropecuarias (decreto de urgencia), se entiende, si se maneja el sentido formal de la ley, es decir, como toda norma con carácter de generalidad y obligatoriedad emanada por una autoridad competente (que no es necesariamente el Poder Legislativo). La promesa al público “vincula a su autor apenas se haya hecho pública. Al respecto se discute si la obligación, si bien *in incertam personam*, surja inmediatamente, o si ésta se perfecciona sólo cuando se verifique el estado de cosas divisado por el promitente. Esta segunda hipótesis es preferible, no porque la indeterminación de la persona del acreedor obsta la configuración de una relación obligatoria (a tal efecto es suficiente que la persona del acreedor sea determinable), sino porque la situación o la acción indicadas en la promesa no podrían verificarse”²⁴. Se agrega que, “la una y la otra, operan como **condición legal** de eficacia del negocio: por lo que, hasta cuando esta última no se verifica, el vínculo que grava sobre el promitente –según el esquema del efecto preliminar reconducible a un supuesto de formación progresiva- se agotará en la **irrevocabilidad** de la promesa”²⁵.

Entonces, el caso de la falta de ejecución inmediata del seguro escolar gratuito es de responsabilidad contractual. Sin embargo, en el segundo caso el afectado no demanda al Estado, sino a la entidad financiera que debió hacer la evaluación y calificación crediticia. Aquí es imperativo tener presente lo siguiente:

24 Luca NIVARRA, *Limeamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 179.

25 Luca NIVARRA, *op. cit.*

- a. El Estado se está haciendo valer de un banco para hacer la evaluación y calificación a efectos de otorgar la subvención a la cual se ha obligado. En mi opinión, este supuesto se debería aplicar el art. 1325 c.c., el cual norma que:

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

De esta manera, el Estado sería objetivamente responsable de los daños causados por el banco del cual se ha hecho valer.

- b. En línea de principio, si se quisiera demandar sólo al tercero del cual se valió el deudor, la naturaleza de su responsabilidad sería extracontractual, por cuanto no hay una relación jurídica patrimonial asumida previamente con dicho tercero, el cual viene a ser una suerte de *longa manu* del deudor. En efecto, “el acreedor ostenta un derecho a la prestación sólo con respecto al deudor, mientras, por regla general no tiene pretensión alguna con el auxiliar (salvo una eventual; pero diversa, responsabilidad directa de naturaleza aquiliana -extracontractual- en cabeza a este último)”²⁶.
- c. Sin embargo entre el demandante y el banco ya existía una relación jurídica contractual. Es por eso que no se puede compartir la decisión asumida en esta casación: en efecto, no se trataba de un tercero extraño al solicitante del apoyo económico, justamente, el Estado facultaba (no obligaba) a las instituciones financieras a efectuar la evaluación y clasificación por su particular posición jurídica con el solicitante. Si bien puede entenderse que se trataría de una obligación “nueva”, esta surge de la relación jurídica existente entre el banco y el solicitante. El dato de hecho, que dicha obligación o prestación (evaluar y clasificar) naciera *ex lege*, no transforma –en este caso- la relación jurídica ente el banco y el cliente-solicitante.
- d. Incluso, aun en el escenario que se entienda que esta nueva obligación está fuera del programa contractual cliente-banco, el incumplimiento de

26 Alessandro D’ADDA, Comentario al art. 1228 c.c.ita., en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Enrico GABRIELLI, *Delle Obbligazioni*, a cura de Vincenzo CUFFARO, arts. 1218-1276 c.c.ita., UTET, Torino, 2013, 329.

este sería “contractual” si se tiene presente la teoría del **contacto social**. En efecto, este consiste en “una relación que se deriva del hecho que una de las partes pone su propia esfera jurídica en contacto con la de otra parte. Esta intersección entre dos zonas de interés es considerada suficiente a efectos que surja la relación obligatoria que impone a una parte la protección de la persona y los bienes de la otra”²⁷.

CONCLUSIONES

1. En el particular caso del **incumplimiento de las obligaciones que nacen *ex lege***, existe discusión en doctrina y en jurisprudencia si debe ser tratado en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. El problema es de importante trascendencia práctica, como por ejemplo, en materia del cómputo del plazo prescriptorio.
2. No se debe caer en automatismos en la respuesta por el sólo hecho que la obligación nazca por ley: es menester analizar el caso concreto para determinar si la naturaleza es contractual o extracontractual.
3. Al haberse comprometido públicamente el Estado, sea a través de una resolución ministerial o de un decreto de urgencia, a ofrecer el seguro escolar gratuito o de apoyar económicamente a las empresas agropecuarias, y no cumplir (o cumplir inexactamente) con ello, se estaría incurriendo en responsabilidad contractual (*rectius*, obligacional).
4. En efecto, este tipo de anuncios que se dan a través de una norma constituye fuente de obligaciones. Está bajo el denominado régimen contractual, porque se incumple (o cumple inexactamente) una obligación previamente asumida (en este caso, bajo la forma de una promesa unilateral al público ex art. 1959 c.c.). Diferente es el escenario de la responsabilidad civil extra-contractual, por cuanto la obligación de reparar surge con la lesión del deber genérico de no dañar.
5. En el segundo caso, la posición del banco es la del tercero del cual se vale el deudor (Estado) para cumplir con su obligación; pero por su particular relación (contractual) la (nueva) prestación de evaluación y calificación se integra a la situación jurídica pre-existente. *Ergo*, el plazo prescriptorio era de 10 años.

²⁷ Stefano FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, CEDAM, Padova, 2004, 7.

Calificación Liminar de las demandas en los procesos judiciales

Juan Eulogio Morales Godo*

Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
jmg@telefonica.net.pe

SUMARIO: Resumen. 1.- Noción jurídica de la demanda. Los casos. 2.- Fundamento constitucional de la demanda. 3.- Calificación de la demanda "IN LIMINE". 3.1. Planteamiento del problema. 3.2. Antecedentes de la calificación de la demanda "in limine" y la posibilidad de su rechazo. 3.3. Fundamento constitucional del rechazo "in limine" de la demanda. 3.4. El derecho de acción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la calificación "in limine" de la demanda y el eventual rechazo de la misma. 3.5. Necesaria diferenciación del rechazo "in limine" de la demanda entre los presupuestos procesales y los presupuestos materiales. 3.6. La calificación de la demanda "in limine" y el saneamiento procesal. 3.7. Deber o facultad del juez de rechazar una demanda "in limine". 3.8. Rechazo "in limine" de la demanda y la cosa juzgada. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Director del Centro de Responsabilidad Universitaria y Proyección Social y Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

La demanda es la forma como se materializa el derecho de acción. Todo justiciable tiene derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela y, ello lo hace a través del derecho de acción, pero éste es un derecho abstracto que se materializa cuando el demandante presenta su demanda, con lo cual se da inicio a un proceso. La demanda, a su vez, debe cumplir con una serie de requisitos de carácter procesal (presupuestos procesales) para que tenga viabilidad y provoque un pronunciamiento sobre el fondo de la causa. El examen de estos requisitos lo debe hacer el juez en la etapa de postulación, para dejar expedita la causa, para la actuación de las pruebas y el pronunciamiento sobre el fondo.

A lo indicado en el párrafo anterior, nuestro sistema jurídico procesal, ha agregado la posibilidad de que el juez examine, también, los presupuestos materiales que, realmente, no constituyen requisitos para la validez de la relación jurídica procesal, sino que otorga eficacia al proceso.

El tema central consiste en determinar si tiene justificación que el juez examine en la etapa de postulación, ambos requisitos y, específicamente, que lo haga "*in limine*", esto es, al calificar la demanda para poder admitirla.

La calificación "*in limine*" tiene un fundamento constitucional y el mismo se sustenta en la tutela jurisdiccional efectiva, entendido este derecho constitucionalmente reconocido, como el derecho de todo justiciable que se le haga justicia a través de un proceso, con un conjunto de garantías procesales mínimas y que la decisión sea efectiva. Si ello es así, es preocupación de las partes y, especialmente, del demandante y del juez, que la demanda cumpla con todos los requisitos a que se ha hecho referencia, para evitar pronunciamientos inhibitorios, que no resuelven los problemas de fondo, retardando la eficacia de los procesos.

PALABRAS CLAVES

Demanda, derecho de acción, tutela jurisdiccional efectiva, saneamiento procesal, calificación de la demanda "*in limine*", presupuestos procesales, presupuestos materiales, cosa juzgada.

1.- NOCIÓN JURÍDICA DE LA DEMANDA

La acción es entendida como el derecho que tenemos los justiciables de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, pero éste es un derecho abstracto que se materializa con una demanda, que es el instrumento adecuado que traduce, a la vez, la voluntad de solicitar amparo jurisdiccional y que se resuelva determinadas peticiones.

Quien presenta una demanda no se limita a solicitar al Juez que dé inicio a un proceso y que dicte sentencia oportunamente (acción), sino que dicha sentencia le resuelva determinadas peticiones para satisfacer su interés (pretensión). Por ello, DEVIS ECHANDIA, define la demanda como "acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado"¹.

De lo expresado podemos extraer dos objetivos simultáneos de la demanda que fueron avizorados, en su tiempo, por CHIOVENDA²; por un lado, un objetivo inmediato que persigue la iniciación de un proceso; y por otro, un objetivo mediato, en cuanto se pretende lograr un pronunciamiento jurisdiccional definitivo concreto. Este último objetivo está vinculado a la pretensión que, generalmente, se plantea conjuntamente con la demanda, aun cuando no hay que confundirla con ésta ni equipararlas necesariamente³.

1 DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General del Proceso" T.II. "Teoría General del Proceso". Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina- 1984. Pág. 463.

2 CHIOVENDA, José. "Principios de Derecho Procesal Civil". T.II. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1990. Pág. 75. El notable procesalista italiano, señalaba que toda demanda contiene» a) una declaración de voluntad, la voluntad de que sea actuada la ley; b) y, a tal fin, la invocación de un juez.» Encontramos, también, estas mismas ideas en su obra «Instituciones de Derecho Procesal Civil» T.III. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1989. Pág. 74.

3 Es necesario señalar que el binomio demanda-pretensión que la mayoría de los autores considera como inseparables, no siempre se produce de manera inexorable en algunos sistemas procesales, donde la demanda constituye únicamente el acto de iniciación procesal y con posterioridad a dicho acto se plantea la pretensión. Si precisamos darle un contenido universal a la definición habría que incidir en el acto de iniciación procesal; a diferencia de la pretensión, no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto.

En esta misma línea de pensamiento, DEVIS ECHANDIA, señala que los tres aspectos de la demanda son: como acto de introducción del proceso, como instrumento para formular la pretensión y como objeto del proceso⁴. Sobre este último aspecto no es pacífica la doctrina.

La demanda, como primer acto procesal, tiene una trascendental importancia en el desarrollo de la relación jurídica procesal⁵. Además de constituir el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones, constituye una limitación a los poderes del Juzgador, pues éste deberá limitarse a resolver lo que está planteado en la demanda; no puede ir más allá de la voluntad del actor, y correlativamente a la del demandado quien tiene similar derecho (principio de congruencia); los hechos descritos en la demanda y en la contestación, están limitando la admisión y actuación de los medios probatorios; los defectos de forma, advertidos por el Juez o por la parte demandada, a través de las excepciones respectivas, impiden el avance del proceso.

En los procesos verbales que diseña el Código de Procedimientos Civiles Uruguayo (art. 610), la demanda es el pedido al Juez para que cite a una audiencia al demandado y recién allí se deduce la pretensión. El procesalista Uruguayo VESCOVI, Enrique, señala, además, en esta misma línea de pensamiento, que la pretensión puede variarse, mientras que la demanda ya cumplió su finalidad con su presentación. En *"Teoría General del Proceso"*, Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1984. Pág. 76.

- 4 DEVIS ECHANDIA, Hernando. *"Teoría General del Proceso"*. T. II. Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1984. Pág. 464.
- 5 La demanda es el acto constitutivo de la relación procesal, sin embargo, se considera que existe desde el momento que es puesta en conocimiento de la parte demandada, por el principio del contradictorio. Sin embargo, las últimas tendencias apuntan a considerar que la relación procesal nace con la presentación de la demanda. No hay que confundir la comparecencia con la citación. La primera constituye una carga procesal, mientras que la segunda es una garantía del debido proceso. REDENTI, Enrico, señala "Si no viene a ser citada en juicio la parte contra quien se propone la demanda (*idest* la acción-pretensión alegada por el actor), las consecuencias son perfectamente simétricas a las del caso en que la demanda (*idest* acción-pretensión) no sea propuesta por aquel a quien, según su mismo esquema, corresponda el proponerla. Es decir, nacerá el proceso y podrá conducir a un juicio del juez, pero éste no podrá ser más que negativo (de rechazo por defecto esencial de contradictorio). Entretanto, podremos poner en correspondencia a la regla tradicional (*nemo iudex sine actore* -nadie Juez sin actor-) otra regla de nuestro propio cuño (y también ésta con sus respectivos valores de *iure processus* o de *iure actionum*, según el término de referencia): *nemo iudex sine reo* (nadie Juez sin demandado)." En: *"Derecho Procesal Civil"*. T.I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1957. Pág. 233.

De lo expuesto anteriormente, podemos vislumbrar la íntima vinculación que existe entre demanda y sentencia. Con la primera se inicia el proceso, se genera la relación jurídico procesal y, consecuentemente, la litispendencia; con la segunda, se pone fin al proceso. La demanda, que es la forma como se materializa el derecho de acción, contiene una o más pretensiones que deben ser resueltas a través de una sentencia. En realidad, es el acto procesal más importante de la parte actora. El órgano jurisdiccional, por su parte, resuelve la pretensión planteada en la demanda pronunciando una sentencia, con lo que atiende al justiciable brindándole tutela, pero, a su vez, resuelve la petición concreta. El Juez no puede pronunciarse fuera de los límites fijados por la demanda y la contestación de la misma, por el principio de congruencia. No existe libertad para que el juez incorpore, de oficio, otros temas distintos de los planteados por las partes. La sentencia resulta ser el acto fundamental del Juez, pero está vinculado, necesariamente, a la demanda, por cuanto debe resolverse –necesariamente- la pretensión planteada y no otro tema. Este es uno de los límites del juez. No es extraño, por ello, que ROSEMBERG definiera la demanda como “la solicitud de otorgamiento de tutela jurídica mediante sentencia”⁶.

El brocárdico “*Sentencia debet conformis libello*”, es la expresión de la autonomía que goza el sujeto de derecho para plantear sus pretensiones ante el juez, y es una consecuencia lógica de otro precepto más general “*ne procedet iudex ex officio*”. Significa que la sentencia se relaciona con la demanda directamente, por cuanto el juez está constreñido por lo que en ella se plantea. Por un lado, no puede pronunciarse sobre situaciones no planteadas, pero, por otro lado, no puede dejar de pronunciarse sobre lo que le han planteado. Estos principios constituyen una protección de los justiciables frente a las posibles arbitrariedades del juzgador⁷.

Por nuestra parte, en base a lo expuesto, podemos intentar definir la demanda como *el acto procesal, a través del cual, el justiciable haciendo uso del derecho de acción, acude al órgano jurisdiccional planteando una o más pretensiones, sobre las cuales solicita se emita resolución definitiva*.

6 ROSEMBERG, Leo. “Tratado de Derecho Procesal Civil” T. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1955. Pág. 3.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. “Ensayos de Derecho Procesal Civil” Vol. I. Ed. EJEA. Buenos Aires- Argentina. 1949. Pág. 274.

2.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DEMANDA

La demanda es el acto postulatorio que tiene todo demandante. Es la forma como se concretiza el derecho de acción y ella contiene la o las pretensiones, que son los pedidos sobre los cuales el juez tiene que pronunciarse de manera definitiva. La forma como se accede al órgano jurisdiccional en busca de tutela es con una demanda. La tutela jurisdiccional efectiva se manifiesta de manera plena ante las peticiones contenidas en la demanda. El justiciable tiene derecho a que se le haga justicia a través de los mecanismos que establece el Estado para resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares y de éstos con el Estado mismo.

El derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva se expresa ante las peticiones concretas contenidas en toda demanda. El deber que tiene el Estado de atender a los justiciables se concretiza a través de la demanda, debiendo emitir pronunciamiento resolviendo el conflicto de intereses.

El fundamento constitucional de la demanda es indiscutible, teniendo en consideración que el ser humano y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución Política del Estado) y, que los derechos fundamentales constituyen la columna vertebral de toda sociedad con pretensiones democráticas, siendo uno de ellos la tutela jurisdiccional efectiva (inciso 3 del artículo 139, de la Constitución Política del Estado), a lo que se agrega el derecho a formular peticiones individual o colectivamente ante las autoridades competentes (inciso 20 del artículo 2 de la Carta Magna).

3.- CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA “IN LIMINE”.

3.1 Planteamiento del problema.

La demanda, hemos indicado, es una manifestación de voluntad por la cual el justiciable, haciendo uso de su derecho de acción, acude al órgano jurisdiccional planteando una o más pretensiones sobre las cuales exige un pronunciamiento definitivo. Es la forma como el justiciable accede al sistema de justicia que tiene el Estado para resolver conflictos. Es la forma como el justiciable puede solicitar que se le brinde tutela y se haga justicia en su reclamo. Los jueces, por su parte, tienen el deber de atender a los justicia-

bles, de escucharlos en sus reclamaciones, en los conflictos de intereses que ponen a su consideración.

Debe tenerse presente que la demanda es el punto de partida con que se da inicio a un proceso. La demanda, a su vez, es la materialización del derecho de acción que, como sabemos, es el derecho abstracto de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. El proceso, que se inicia con la demanda, es el mecanismo que utiliza el Estado para la solución de los conflictos que se presentan entre los particulares. El gran derecho constitucional que comprende todos los aspectos señalados anteriormente es la tutela jurisdiccional efectiva, que viene a ser el derecho que tenemos todos a que se nos haga justicia, a través de un proceso con las garantías mínimas que el sistema constitucional nos brinda y dicho proceso se inicia con una demanda.

Siendo así, los jueces, por principio y regla general, deben admitir las demandas que son la expresión de voluntad de los justiciables, que acuden a los órganos jurisdiccionales, ante la renuncia del uso de la fuerza, ante la renuncia a la acción directa. Lo que está en juego no son simples derechos, son derechos fundamentales que todo sujeto de derecho tiene, por lo que su protección adquiere un nivel de alta jerarquía en una sociedad con pretensiones democráticas, donde los derechos fundamentales se convierten en la columna vertebral del sistema, diríamos más, su razón de ser como sistema político.

Sin embargo, aquello que, por principio y regla, nos lleva a la convicción en favor de la admisión de las demandas, por ser ésta la forma como los justiciables acceden al órgano jurisdiccional planteando sus pretensiones, se relativiza de alguna manera, si la demanda no cumple con los requisitos de forma y de fondo que las leyes exigen. Siendo así, existe la posibilidad de que el juez al calificar la demanda observe la omisión o defecto de algún presupuesto procesal o material y, por lo tanto, rechace la demanda. Pero, ¿pueden las leyes establecer requisitos para el acceso a la justicia? ¿Pueden las leyes establecer requisitos que contradigan la tutela jurisdiccional efectiva? ¿Serían inconstitucionales los requisitos que establecen las leyes para la admisión y procedencia de las demandas? ¿No es recomendable que la regla absoluta sea la admisión de la demanda y que los requisitos de forma y de fondo sea materia de examen al momento de sentenciar? ¿O acaso podríamos establecer diferencias en el tratamiento de los requisitos de forma

(presupuestos procesales) de los de fondo (presupuestos sustanciales o materiales), dejando que estos últimos sean materia de examen al momento de sentenciar y que los primeros si sean materia de examen liminar?

Es indudable que las respuestas a estas preguntas implican las opciones legislativas. El legislador tiene que asumir una posición y lo hará en la medida de sus respuestas a las preguntas formuladas. No es ajeno a este tema el grado de intervención que se le permita al juzgador y, por lo tanto, no es ajeno al tema las ideologías imperantes en las sociedades⁸.

Es pacífica la Doctrina en lo que se refiere a la existencia de presupuestos procesales para que el proceso tenga validez; en otras palabras, para que la relación jurídica procesal sea válida es necesario que se cumplan con un conjunto de requisitos que se conocen como presupuestos procesales⁹. Estos presupuestos procesales deben ser objeto de examen, en la etapa de postulación, por parte del juez y de las partes, lo que se conoce con el nombre de saneamiento procesal. En ese sentido, para que la relación jurídica procesal tenga validez, debe examinarse la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos de la demanda. ¿En qué momento? Durante el desarrollo de todo el proceso, pero, fundamentalmente, en la etapa de postulación, de tal forma que, para ingresar a la etapa de la prueba, ésta esté destinada a examinar, únicamente, el tema de fondo del proceso.

8 CAPPELLETTI, Mauro. *"Proceso, Ideologías, Sociedad"*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1974. Págs. 5-6. El Maestro italiano, con la genialidad que lo ha caracterizado, nos da una explicación de la influencia de las ideologías imperantes en las sociedades en el Derecho y, específicamente en el Derecho Procesal. Nos dice: "La instrumentalidad del Derecho Procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. AL igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad.

Es esta verdaderamente la primera "puerta" y, quisiera decir, la puerta grande a través de la cual las ideologías penetran en el proceso. Aludo evidentemente a las ideologías que forman la base del derecho sustancial, público y privado, y de sus institutos".

9 GOZAINI, Osvaldo. *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*. Editorial La Ley. Buenos Aires-Argentina. 2009. Pág. 712.

Ahora bien, se entiende que tanto el juez como las partes, deben interesarse para que en el proceso se cumplan con los requisitos de validez, para que el proceso pueda cumplir sus finalidades. Ello implica el interés de todos los sujetos del proceso de que se cumplan con los presupuestos procesales y, si ello es materia en la etapa de postulación, ésta se inicia desde el momento que se interpone la demanda¹⁰. ¿Existe razonabilidad en que se faculte al juzgador hacer una calificación de la demanda en función a la existencia o no de los presupuestos procesales y tomar una determinación al respecto “*in limine*”? La respuesta es afirmativa. No tiene sentido continuar con un proceso donde se advierte que el juez, al cual se ha recurrido, no es competente para el conocimiento de la causa o, que el demandante carezca de capacidad procesal o, que se haya omitido un requisito de la demanda. Es indudable que, en aras de la economía procesal y la performatividad del proceso, es preferible rechazar la demanda “*in limine*” para que el demandante subsane el error o supla la omisión de alguno de los presupuestos procesales que ha sido materia de observación por el juez. Como señala VESCOVI: “El Juez, se ha dicho, hace un “proceso sobre el proceso”, examina la regularidad de este como requisito previo a poder examinar la cuestión de fondo. Solo si el proceso se ha desenvuelto regularmente, el juez podrá entrar al estudio de la cuestión de fondo, a dictar una sentencia sobre el problema planteado”¹¹.

Hasta aquí, considero, existen razones que justifican el rechazo “*in limine*” de una demanda, como consecuencia de la calificación que realiza el juez, respecto de los presupuestos procesales. Como se trata de aspectos formales procesales, el juez no da por concluido el proceso, sino que concede un plazo para que la parte corrija el error incurrido o subsane la omisión, sin perjuicio que el juez de oficio corrija el error cuando ello así lo dispone la ley.

-
- 10 ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Derecho Procesal Civil*”. 8va edición. Editorial Thomson-Aranzadi. Navarra-España. 2008. Pág. 297. Nos dice el autor español: “El cumplimiento de los presupuestos procesales y de determinados requisitos del acto de demanda no sólo condiciona que, al término del proceso, pueda dictarse pronunciamiento sobre el fondo, sobre la pretensión procesal interpuesta, sino que también puede influir en que el juez deba negarle a la demanda, desde su presentación, el efecto que acabamos de exponer”. En parecidos términos se pronuncia GIMENO SENDRA, Vicente, en “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo I. Editorial Colex. Madrid-España. 2007. Pág. 307.
- 11 VESCOVI, Enrique. “*Teoría General del Proceso*”. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1999. Pág. 81.

El problema mayor que nos presenta la calificación "*in limine*" de la demanda, está referido a los presupuestos materiales. En estricto, éstos no determinan la validez de la relación jurídica procesal, su omisión o defecto no determinan que el proceso sea inválido. En realidad, son requisitos para que el juez emita un pronunciamiento sobre el fondo de la causa. En buena cuenta, son presupuestos para que el proceso sea eficaz, es decir, que resuelva el conflicto de intereses planteado a través de las pretensiones. La legitimidad para obrar y el interés para obrar, conocidos como presupuestos materiales o sustanciales, están relacionados con el fondo de la causa. El primero, versa sobre la titularidad de la relación jurídica sustancial o se trata de la habilitación de un sujeto por mandato de la ley. Lo que habilita a un sujeto para intervenir en un proceso, como demandante o como demandado, es que es titular de la relación jurídica procesal que se discute en el proceso. Ello, en consecuencia, implica una vinculación con el fondo de la causa. Propiamente no es el fondo mismo, no es el mérito de la causa, pero se trata de la titularidad de la relación jurídica sustancial. También puede ser habilitado un sujeto por mandato de la ley. No es titular de la relación jurídica sustancial, pero por mandato de la ley se le habilita para que actúe como demandante o como demandado. Y, en cuanto al interés para obrar, el mismo surge como consecuencia de la violación de un derecho o del incumplimiento de alguna obligación de una relación contractual. En ambos casos, surge un interés de segundo grado, interés de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela y exigir un pronunciamiento sobre la pretensión que se plantea. Parecería que se trata de un aspecto netamente procesal, pero, su origen viene de la transgresión de un derecho.

Ahora bien, ¿se justifica la calificación "*in limine*" de los presupuestos materiales o sustanciales? En general, se puede decir que estos aspectos deberían ser examinados al momento de dictar sentencia, teniendo en consideración que el juez se encuentra en mejores condiciones para examinar dichos aspectos con las pruebas actuadas y, por lo tanto, con convicciones mucho más firmes. Sin embargo, hay que tener presente que existen casos donde la falta o defecto de alguno de los presupuestos materiales es tan clara y evidente, que no tiene sentido esperar hasta la etapa decisoria para emitir un pronunciamiento sobre ello. La justificación para un examen "*in limine*", estará determinado por la claridad del defecto u omisión, que no

deja lugar a duda alguna¹². Por lo tanto, el rechazo “*in limine*” por un tema de algún presupuesto material, debe tener carácter excepcional, porque la regla siempre debe ser la admisión de la demanda.

3.2 Antecedentes de la calificación de la demanda “*in limine*” y la posibilidad de su rechazo.

¿Cuáles han sido los antecedentes que sirvieron de base y fundamento para determinar que el Código Procesal Civil Peruano, considere como deber del juez el calificar “*in limine*” la demanda? El antecedente más directo es el artículo 307 del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Alayza y Paz Soldán, al comentar el referido Código y, refiriéndose a la demanda y a los requisitos que se establecen en él, indicaba que “y si careciese de alguno de ellos, el juez la devolverá precisando en el decreto de devolución el requisito que se ha omitido, pudiendo también devolverla si carece de firma de Letrado que la autorice (art. 307)”¹³. En otras palabras, los jueces estaban investidos del poder de rechazar la demanda “*in limine*”, si es que no se cumplía con alguno de los requisitos señalados en el Código. Sin embargo, en verdad, los jueces, no solían aplicar este dispositivo. Las demandas eran admitidas con el tradicional proveído “traslado de la demanda”, si se trataba de un proceso ordinario, o “cítese a las partes a comparendo...”, si se trataba de un proceso de menor cuantía.

El Código del Proceso Civil Portugués de 1939, el Código Procesal Civil Brasileño de 1973 y el Código-Tipo para Iberoamérica, se convierten en los antecedentes legislativos determinantes. Es preciso señalar, como nos refiere ARIANO DEHO, que el Código Portugués de 1939, tuvo como antecedente la propia legislación portuguesa, ya que en 1926 se formularon una serie de reformas relacionadas con el aumento de poderes al juez, inspirados en el pensamiento del procesalista portugués Jose Alberto Dos Reis, entre las cuales se encontraba el dotar de facultades al juez para rechazar la demanda “*in limine*”. Reproduciendo a Dos Reis, la procesalista peruana,

12 REDENTI, Enrico. Citado por GOZAINI, Osvaldo. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Editorial La Ley. Buenos Aires-Argentina. 2009. Pág. 726-727.

13 ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio. “El Procedimiento Civil en el Perú”. Impreso en los Talleres de SESATOR. Lima-Perú. 1975. Pág. 86-87.

hace el recuento de los supuestos: "a) cuando la reconoce inadmisibile; b) cuando es manifiesta la incompetencia del Tribunal por razón de materia; c) cuando no hay duda que el proceso iniciado no es idóneo a la finalidad perseguida; d) cuando la injusticia de la pretensión del actor sea tan evidente que resulte inútil cualquier instrucción de la causa. En todos estos casos el planteamiento de la acción en juicio representa un tentativo destinado a naufragar: el éxito de la causa está irremediamente comprometido. Y desde el momento que se trata de vicios que se denuncian a la simple lectura de la demanda inicial, el legislador ha considerado deber dar al juez el *poder de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso*. De este modo se ahorran al actor inútiles gastos y molestias y al Tribunal un ejercicio de una actividad destinada a quedar estéril"¹⁴. Estas y otras ideas que apuntaban a dotar al Juez de más poderes en su actuación en el proceso, se perfilaban en la concepción publicista del proceso.

Esta forma de concebir el proceso tuvo gran influencia en Latinoamérica. Como no podía ser otro modo, inspiró al Código Procesal Brasileño de 1973 que, en el artículo 295, replicó la facultad del juez del control inicial de la demanda.

El Código-Tipo para América Latina, preparado por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, por los procesalistas uruguayos Vés-covi, Gelsi Bidart y Torello, señala en el inciso 1, del artículo 33, lo siguiente: El Tribunal está facultado para rechazar "*in limine*" la demanda cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido.

Como es posible apreciar, los dos Códigos -portugués y brasileño- y el Código-Tipo para Latinoamérica, estuvieron fuertemente influenciados por la visión publicista del proceso, concediendo al juez amplios poderes de dirección del proceso y, una de cuyas manifestaciones, es el poder de calificar la demanda "*in limine*" y la eventual posibilidad de su rechazo. Sin embargo,

14 ARIANO DEHO, Eugenia. "Problemas del Proceso Civil". Juristas Editores. Lima-Perú. 2003. Pág. 75.

es preciso recalcar que los tres códigos regulan el tema, colocándose en situaciones excepcionales, haciendo referencia expresa a situaciones evidentes, manifiestas, y, por lo tanto, que no dejan lugar a dudas de la inviabilidad de la demanda.

3.3 Fundamento constitucional del rechazo “*in limine*” de la demanda.

Una sociedad democrática se caracteriza por la división del poder. El Poder es uno, pero éste se divide en funciones para que no sean las mismas personas que ejerzan todas las funciones propias del poder. Así, tenemos la función legislativa encargada de dictar las normas que regulan la vida del ser humano en colectividad; por otro lado, tenemos la función ejecutiva encargada de la seguridad de la colectividad y procurar el bienestar general; y, por último, tenemos la función jurisdiccional, encargada de brindar solución a los conflictos que surgen entre los particulares y, en algunos casos, al Estado mismo. Otro dato característico de una sociedad democrática es la existencia de una norma suprema, que se convierte en un verdadero proyecto de vida colectivo. Esta norma es la Constitución que, modernamente, recoge los derechos fundamentales que la sociedad quiere proteger y privilegiar, así como los mecanismos y garantías para la defensa de dichos derechos y, por otro lado, la forma como se estructura el Estado.

La jurisdicción es un poder-deber que asume el Estado para solucionar los conflictos que se presenten en la colectividad. Poder, porque lo que define el Estado debe cumplirse, aún con la fuerza coactiva, en caso de resistencia. Pero, también es un deber, porque el Estado debe atender a los particulares que acuden a él en busca de tutela, toda vez que se ha hecho renuncia al uso de la fuerza y se debe acudir al tercero, en este caso, al Estado, para que resuelva las pretensiones que se plantean como consecuencia de la existencia de un conflicto.

En consecuencia, cuando un sujeto de derecho tiene un conflicto con otro sujeto, debe acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela a través del derecho de acción, y éste se concretiza a través de una demanda que contiene una o más pretensiones sobre las cuales el órgano jurisdiccional debe emitir pronunciamiento. El juez, por principio, debe admitir y resolver el pedido que se le hace a través de la pretensión planteada en la demanda.

No necesariamente que se ampare la pretensión, pero sí que se escuche al justiciable. Que se le otorgue la razón o no, dependerá del desarrollo del proceso y, fundamentalmente, de las pruebas que se actúen y que provoquen convicción en el juzgador.

En ese sentido, todos los sujetos tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, el derecho a que se les haga justicia cuando acuden al órgano jurisdiccional, como demandantes o como demandados. Tienen derecho de acceder al órgano jurisdiccional en busca de tutela cuando transgreden sus derechos o para eliminar alguna incertidumbre jurídica, como también para ser escuchados cuando son demandados. Tienen derecho a un proceso, con las garantías constitucionales contenidas en el debido proceso y, tienen derecho a que lo decidido por el juez se haga efectivo. En buena cuenta, tienen derecho a que se les haga justicia.

Que se haga justicia, a través de un proceso justo, implica no sólo el cumplimiento de las garantías constitucionales, sino también el cumplimiento de los presupuestos procesales y de los presupuestos materiales, sin los cuales no habría un proceso válido, ni el pronunciamiento sobre el fondo tendría la eficacia buscada. En otras palabras, la tutela jurisdiccional efectiva, derecho fundamental reconocido constitucionalmente, no tendría vigencia ni eficacia, si no se cumplen con los requisitos que otorgan validez al proceso, no sólo en lo que se refiere a su estructura procesal, sino –también– en lo relacionado con los requisitos para que el juez emita un pronunciamiento sobre el fondo de la causa. Por ello, decíamos línea arriba, que es de interés del juez y de las partes que el proceso sea válido a través del cumplimiento de los requisitos que implican los presupuestos procesales y materiales.

En ese sentido, el examen de los requisitos para la validez de la relación jurídica procesal, así como los requisitos para un pronunciamiento sobre el fondo de la causa, se convierte en una tarea de suma importancia para el Juez y para las partes. No hacerlo así, no podría brindarse una tutela jurisdiccional efectiva.

En consecuencia, el principal fundamento de la calificación de la demanda "*in limine*", la encontramos en el propio derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, porque no sería posible brindar justicia a los justi-

ciables, si no se cumplen con los requisitos, conocidos como presupuestos procesales y materiales, para que el proceso tenga validez y eficacia.

En la misma línea, encontramos lo señalado por PRIORI POSADA, quien precisa: “Lo trascendente es que llegado el momento de dictar sentencia, se dicte una resolución que ponga fin a la controversia y no una resolución que señale que no puede existir pronunciamiento sobre el fondo, pues se ha advertido recién en ese momento que en el proceso no se presentaba un presupuesto procesal. Llegar al final del proceso para recién en esa oportunidad declarar que no puede existir una resolución sobre el fondo del asunto, es lesionar el segundo grado de efectividad. De este modo, que el juez continúe con un proceso que resulta de manera manifiesta y evidente, desde su inicio, que no va a llegar a una decisión sobre el fondo del asunto, debido a la ausencia de un presupuesto procesal, es exigir a las partes que transiten innecesariamente por un proceso sabiendo que jamás se obtendrá una decisión que resuelva el problema planteado. Dejar hasta el término del proceso la decisión acerca de la procedencia o no de la demanda, supone por ello afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, precisamente en su rasgo esencial, ello es, la efectividad. Dicho de otro modo, el rechazo liminar de la demanda encuentra sustento constitucional pues tiene como propósito proteger el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional evitando llegar al término del proceso obteniendo una decisión que diga que no puede existir un pronunciamiento sobre el fondo, en la medida que desde el inicio del proceso existía un defecto grave, insubsanable y evidente”¹⁵.

3.4. El derecho de acción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la calificación “in limine” de la demanda y el eventual rechazo de la misma.

En nuestro medio, mucho se ha cuestionado la calificación “*in limine*”, especialmente, en lo relacionada con los presupuestos materiales o sustanciales, por las consecuencias que trae consigo la declaración de improcedencia de la demanda. En efecto, mientras que tratándose de los presupuestos procesales, la consecuencia es la declaración de inadmisibilidad de la demanda y ello implica que el juez concede un plazo al demandante para que subsane

15 PRIORI POSADA, Giovanni. “*El Derecho de acceso a la Justicia y el rechazo liminar de la demanda*”. THEMIS. Revista de Derecho. N° 57. Lima. 2009. Pág. 111.

la omisión o corrija el defecto y, sólo si el demandante no cumple con ello se ordena el archivamiento de la causa; en lo que se refiere a los presupuestos materiales, la declaración de improcedencia determina el archivamiento de la causa.

El cuestionamiento respecto a las facultades que se le brinda al juez para que "*in limine*", calificando la demanda, pueda declarar la improcedencia de la demanda y, consecuentemente, el archivo del proceso, tiene como fundamento que tratándose de temas vinculados de alguna manera al fondo de la causa, éstos deben ser examinados en la etapa decisoria. Declarar la improcedencia de una demanda "*in limine*", se estaría violentando el derecho de acción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante.

No compartimos los cuestionamientos antes referidos. El derecho de acción, es el derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. Es el derecho a ser escuchado por el juez, ante la renuncia que ha hecho del uso de la fuerza. Los conflictos que se presenten tienen que ser resueltos por el órgano jurisdiccional. El justiciable debe acudir al órgano jurisdiccional con la seguridad y garantía que será escuchado. La forma como se concretiza el derecho abstracto de acción es a través de una demanda, que contiene la o las pretensiones que deben ser resueltas por el juzgador.

Sin embargo, el derecho a ser escuchado no implica que necesariamente se nos dé la razón. No todas las demandas son declaradas fundadas. Por otro lado, el juez lo que recibe es una demanda con la o las pretensiones que traducen el conflicto de intereses, ya que a través de ellas se quiere sujetar a otro a lo decidido por el Juez, y la demanda debe cumplir con un conjunto de requisitos para que el proceso, que se inicia con ella, tenga validez, como hemos expresado líneas arriba.

Que el juez declare la inadmisibilidad de la demanda, no violenta el derecho de acción ni la tutela jurisdiccional efectiva; antes bien, se trata de que se corrijan o subsanen los errores u omisiones respecto de los presupuestos procesales. Lo que se pretende es que la relación jurídica procesal no tenga defectos u omisiones, es decir, que sea válida, para de esta forma continuar con el desarrollo del proceso respecto del fondo de la causa.

Pero, como hemos afirmado líneas arriba, los mayores cuestionamientos están referidos a las declaraciones de improcedencia de las demandas, en especial, los vinculados a los presupuestos materiales. ¿Se violenta el derecho de acción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva cuando se declara la improcedencia de la demanda “*in limine*” por falta de legitimidad para obrar activa, o por falta de interés para obrar? La respuesta es negativa. En efecto, Si el derecho de acción es el derecho a ser escuchado, lo que hace el juez es escuchar al demandante y por ello evalúa la demanda. Sólo que le está diciendo que la demanda presentada, evidentemente, carece de legitimidad para obrar o, manifiestamente, carece de interés para obrar. Nótese que con las palabras evidentemente o manifiestamente, utilizadas expresamente por el Código Procesal Civil Peruano, se expresa el carácter excepcional de la declaración de improcedencia en dichos aspectos. En otras palabras, la regla es la admisión de la demanda y sólo si se presentan las circunstancias excepcionales, en ambos temas, el juez declarará la improcedencia de la demanda. Con ello, el Juez le dice al demandante, no que no quiere escucharlo, sino que escuchándolo le dice que su demanda tiene un defecto que va a impedir que se pronuncie sobre el fondo y dicho defecto es insubsanable. ¿Tiene sentido admitir una demanda que, a todas luces, porque es evidente o manifiesta, la falta de legitimidad para obrar del demandante o la falta de interés? La respuesta sigue siendo negativa. Por ello, nuestra coincidencia con PRIORI POSADA, cuando señala: “La inadmisión o improcedencia de la demanda, es entonces absolutamente excepcional. Esa consideración ha llevado a que precisamente se hable del principio *pro actione, o favor actione o favor processum*, que significa que, en caso de duda, el juez debe admitir la demanda. Dicho principio ha sido expresamente recogido en la ley que regula el proceso contencioso administrativo y el Código Procesal Constitucional”¹⁶.

Por su parte, el procesalista español, Ortells Ramos, pese a considerar que la inadmisión de la demanda no parece lo más razonable; sin embargo, considera que pueden existir supuestos de inadmisión evidentes y que no tendría sentido continuar con un proceso donde no será posible darle la razón al de-

16 PRIORI POSADA, GIOVANNI. “*El Derecho de acceso a la Justicia y el rechazo liminar de la demanda*”. THEMIS. Revista de Derecho. N° 57. Lima. 2009. Pág. 110.

mandante. Textualmente dice lo siguiente: “La justificación de los mismos consiste en que sí, de un modo evidente, la tutela pedida no tiene amparo en el ordenamiento, de modo que no podría ser concedida aunque se probaran sus fundamentos, resulta adecuado no realizar un proceso en el que el actor en absoluto podrá obtener lo que pretende”¹⁷.

Si el derecho de acción es el derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela y la tutela jurisdiccional que la comprende es, además, el derecho a que se le haga justicia a través de un proceso y que lo que se define en él se haga efectivo, indudablemente, la declaración de improcedencia por falta o deficiencia de uno de los presupuestos materiales, no contraría el sentido y razón de ser de ambos derechos constitucionales; antes bien, se procura que el proceso tenga no sólo validez sino eficacia en su resultado.

Es indudable que la preocupación brota de la experiencia judicial, en el sentido, de la existencia de gran cantidad de casos en que se ha declarado la improcedencia de las demandas erróneamente, generando malestar en el justiciable.

3.5. Necesaria diferenciación del rechazo “*in limine*” de la demanda entre los presupuestos procesales y los presupuestos materiales.

De lo expresado en los ítems anteriores, podemos vislumbrar la necesidad de un tratamiento diferenciado entre los presupuestos procesales y los materiales, básicamente, por las consecuencias que acarrearán en los supuestos de omisión o defecto, en lo que se refiere a la relación jurídica procesal. En efecto, los presupuestos procesales están referidos a aspectos formales de la demanda, tienen un contenido netamente procesal, por lo que la omisión o defecto pueden ser subsanados, de allí que el juez declara la inadmisibilidad y le concede un plazo para que subsane el defecto u omisión en los casos pertinentes y una vez subsanada las observaciones se admite la demanda. La calificación “*in limine*” de los aspectos relacionados con los presupuestos procesales es perfectamente razonable.

¹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Derecho Procesal Civil*”. Editorial ARANZADI - A. THOMSON COMPANY. Navarra-España. 2002. Pág. 321.

El tema problema son los presupuestos materiales, como ya lo hemos indicado anteriormente, básicamente por las consecuencias que trae su inobservancia. El juez declarará la improcedencia de la demanda y dispondrá el archivamiento de la causa. No llegó a nacer el proceso. Por ello la cautela que debe observar el legislador al regular el tema y, mucho mayor cautela del operador, en la aplicación razonable y sensata de las normas que facultan la declaración de improcedencia.

Son dos situaciones perfectamente diferenciadas. Una, relacionada con los aspectos formales procesales –presupuestos procesales- y que, realmente, son los que determinan la validez de la relación jurídica procesal. Mientras que la otra, los presupuestos materiales o sustanciales, mal denominadas condiciones de la acción, en realidad, lo que determinan es la eficacia del proceso, en el sentido, que son presupuestos para que el juez emita un pronunciamiento sobre el fondo de la causa¹⁸.

Es preciso establecer esta diferencia, porque nuestro Código Procesal Civil, erróneamente, señala que ambas situaciones determinan la validez de la relación jurídica procesal.

3.6. La calificación de la demanda “*in limine*” y el saneamiento procesal.

El principio procesal del saneamiento, está presente en todo el proceso pero, fundamentalmente, en la etapa de postulación. Uno de los objetivos centrales de la etapa de postulación es el saneamiento procesal. Sanear el proceso es fiscalizar que se cumplan a cabalidad con los presupuestos procesales y los materiales; que la relación jurídica procesal sea válida, para que pueda a pasarse a la siguiente etapa del proceso relativa a las pruebas a efectos de que el Juez se dedique al fondo de la causa y, finalmente, emita un pronunciamiento sobre la o las pretensiones planteadas.

En el sistema jurídico procesal peruano, el saneamiento procesal se cumple a través de tres momentos específicos en la etapa de postulación. El primero, cuando el juez califica la demanda para poder admitirla a trámite.

18 GOZAINI, Osvaldo. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Editorial La Ley. Buenos Aires-Argentina. 2009. Pág. 722.

Esta calificación "*in limine*" está referida a la observación respecto de los presupuestos procesales y materiales. En otras palabras, el juez evalúa si es el competente para conocer de la causa, si las partes tienen capacidad procesal que les permita actuar por sí mismos en el proceso, pudiendo también hacerlo por apoderado, si se cumplen con los requisitos de forma de la demanda, si las partes tienen legitimidad para obrar, es decir, si son titulares de la relación jurídica procesal que se discute en el proceso, o están habilitados por ley y, si el demandante tiene interés para obrar.

Un segundo momento, es cuando el demandado interpone excepciones procesales, denunciando un defecto u omisión en algún presupuesto procesal o material. Aquí la observación la formula la parte demandada y el juez deberá darle el trámite correspondiente.

El tercer momento es cuando el juez emite resolución declarando la validez de la relación jurídica procesal, luego de analizar nuevamente los presupuestos procesales y materiales. Si el demandado ha interpuesto excepciones, el juez las resolverá también en dicho momento a través de la resolución pertinente.

En consecuencia, la calificación "*in limine*" de la demanda forma parte de la aplicación del principio del saneamiento procesal. Sea que se admita la demanda o se rechace la misma, lo que ha hecho el juez es examinar la existencia de una relación jurídica procesal válida o defectuosa, según sea el caso, y ello implica el cumplimiento o no de los presupuestos procesales y de los presupuestos materiales.

3.7 Deber o facultad del juez de rechazar una demanda "*in limine*".

En general, es un deber del juez calificar la demanda para poder admitirla a trámite y, específicamente, así lo dispone nuestro Código Procesal Civil en los artículos 426 y 427. No es una mera facultad, el juez debe calificar la demanda para admitirla. El interés de que el proceso sea válido y eficaz no sólo es de las partes, también lo es del juez, porque de lo que se trata es que los procesos sean útiles, que resuelvan los problemas que se plantean. Considerarlo como una facultad, es dejar a la discrecionalidad del juzgador, sin tener en consideración los resultados del proceso. Si el juez observa que existe un defecto o se ha omitido un presupuesto procesal debe declarar la

inadmisibilidad de la demanda para que se subsane dicho error, lo mismo ocurre tratándose de los presupuestos materiales. La discrecionalidad es importante en la interpretación de las normas, pero comprobado, fehacientemente, el defecto o la omisión de algún presupuesto procesal o material, el juez debe rechazar la demanda "*in limine*". No hacerlo es perjudicar los derechos de las partes y desacreditar la eficacia de los procesos, porque se está condenando a que dicho proceso sea declarado inadmisiblemente o improcedente en cualquier momento, no sólo en la primera sino también en la instancia superior, según sea el caso.

La mejor demostración de la ineficacia en el manejo del tema del saneamiento procesal es cuando el juez dicta una sentencia de carácter inhibitoria, declarando inadmisiblemente la demanda por falta de algún presupuesto procesal o improcedente por falta de un presupuesto material, que pudieron haber sido advertidos en la etapa de postulación y, en algunos casos, al examinar la demanda, cuando la omisión o defecto eran evidentes.

3.8 Rechazo "*in limine*" de la demanda y la cosa juzgada.

Se discute si el rechazo "*in limine*" de la demanda genera cosa juzgada. Indudablemente, no serán los casos de inadmisibilidad de la demanda, cuyos errores u omisiones pueden, perfectamente, ser subsanados. El tema está referido a los casos de declaración de improcedencia, donde se ordena el archivamiento del proceso, porque se considera que se trata de defectos insubsanables. La resolución que pone fin al proceso, como consecuencia de la declaración de improcedencia de la demanda "*in limine*", sea que no fue apelada o que ha sido emitida en última instancia, genera cosa juzgada.

Si el motivo de la declaración de improcedencia está relacionado, por ejemplo, con la falta de legitimidad para obrar del demandante, éste no puede plantear la misma demanda ante otro juzgado; lo mismo ocurre si su derecho hay caducado o si carece de interés para obrar. Su situación procesalmente hablando no ha variado, consecuentemente, dicha resolución surte los efectos de la cosa juzgada. Lo contrario, sería admitir que el demandante puede volver a plantear la misma demanda, con la misma pretensión y contra el mismo demandado, ante otro juez.

Por ello la gravedad de una declaración de improcedencia de la demanda "*in limine*". Las consecuencias son terminantes, debiendo los jueces tener presente que la regla debe ser la admisión de la demanda y, sólo, si es evidente el defecto u omisión, deberá declarar la improcedencia de la misma.

CONCLUSIONES

1. La demanda es la manifestación de voluntad del demandante, por medio del cual se materializa el derecho de acción y, a su vez, plantea una o más pretensiones sobre las cuales, el órgano jurisdiccional, debe emitir pronunciamiento definitivo.
2. La demanda debe ser calificada por el juez, para que se genere una relación jurídica procesal válida y, para ello, debe verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y, en nuestro sistema jurídico procesal, además, los presupuestos materiales.
3. La calificación de la demanda es la verificación que realiza el juez de los presupuestos procesales (competencia del juez, capacidad procesal y requisitos de la demanda establecidos en el Código Procesal Civil) y, de los presupuestos materiales (legitimación para obrar e interés para obrar).
4. Es pacífica la doctrina, en lo que se refiere a los presupuestos procesales, en el sentido de que sean objeto de calificación en la etapa de postulación y, concretamente, que puedan ser objeto de calificación *in limine*.
5. Nuestro sistema jurídico procesal, considera que también debe ser objeto de calificación en la etapa de postulación y, también, *in limine* lo relativo a los presupuestos materiales.
6. Tal como está planteado en nuestro sistema jurídico procesal, el tema de la verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales y de los materiales, tienen como fundamento constitucional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendida éste, como el derecho que tenemos todos a que se haga justicia, a través de un proceso donde se cumplan las reglas del debido proceso y que, el resultado final sea efectivo.

7. La calificación *in limine* de la demanda, constituye un deber del juez, porque si se trata de brindar tutela efectiva a los justiciables, los procesos deben ser eficaces, esto es, que se resuelva el conflicto de intereses, en uno u otro sentido y que no se produzcan pronunciamientos inhibitorios.
8. La calificación *in limine* de la demanda puede producir resoluciones con efectos de cosa juzgada, especialmente, en lo que se refiere a los presupuestos materiales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio. "El Procedimiento Civil en el Perú". Impreso en los Talleres de SESATOR. Lima-Perú. 1975.
- ARIANO DEHO, Eugenia. "*Problemas del Proceso Civil*". Juristas Editores. Lima-Perú. 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. "*Proceso, Ideologías, Sociedad*". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1974.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. "*Teoría General del Proceso*". T. II. Editorial Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1984.
- GOZAINI, Osvaldo. "*Tratado de Derecho Procesal Civil*". Editorial La Ley. Buenos Aires-Argentina. 2009.
- LEDESMA, Marianella. "*Comentarios al Código Procesal Civil*". 2 tomos. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú. 2008.
- MORALES GODO, Juan. "*Instituciones de Derecho Procesal*". Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú. 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. "*Derecho Procesal Civil*". Editorial ARANZADI - A. THOMSON COMPANY. Navarra-España. 2002.
- PRIORI POSADA, GIOVANNI. "*El Derecho de acceso a la Justicia y el rechazo liminar de la demanda*". THEMIS. Revista de Derecho. N° 57. Lima. 2009.
- REDENTI, Enrico. "*Derecho Procesal Civil*". T.I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1957.
- ROSEMBERG, Leo. "*Tratado de Derecho Procesal Civil*" T. II. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires-Argentina. 1955.
- VESCOVI, Enrique. "*Teoría General del Proceso*". Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1999.

Nociones sobre el contrato de Leasing Financiero y sus variantes

Raúl Bladimiro Canelo Rabanal*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
estudio@epclawperu.com*

SUMARIO: *Palabras Claves 1.- La autonomía de la voluntad en el Leasing. 2.- Aproximaciones al concepto de Leasing. 3.- Figuras similares al contrato de Leasing. 3.1. Leasing operativo. 3.2. Leasing broker. 3.3. Lessoragent. 3.4. Lease back. 3.5. Leveraged Lease o arrendamiento financiero apalancado. 3.6. Leasing inmobiliario y mobiliario. 3.7. Arrendamiento financiero industrial. 3.8. Leasing promocional.*
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Profesor de Derecho Civil I "Derecho de Personas" en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor de Derecho Civil X "Derecho de Garantías" en la Universidad de Lima. Ex miembro de la Comisión reformadora del Código Procesal Civil y ex vicepresidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Autor de de diversas obras jurídicas.

PALABRAS CLAVES:

CONTRATO, LEASING FINANCIERO, CAPITAL.

1.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL LEASING

El Derecho, como toda disciplina social es un campo de estudio que, entre otros aspectos, busca maximizar el bienestar de la comunidad: establecer pautas para mejorar las relaciones sociales (en nuestro caso, las relaciones socio-jurídicas). Va creando instituciones jurídicas para lograr dichos fines dependiendo de variables contextuales y políticas.

La materia del Derecho Civil y Comercial no es la excepción a lo mencionado. Lo vemos desde lo estudiado en Derecho de las Personas hasta lo estudiado en Responsabilidad Civil. Una manifestación de ese carácter evolutivo lo podemos encontrar también en la tendencia unificadora del derecho civil y comercial, sin pretender –claro está– desconocer ciertos caracteres especiales de ambas subdisciplinas, pues ambos, como vemos, no son campos aislados que se construyen sobre meras especulaciones o disquisiciones puramente teóricas y/o abstractas, afán del positivismo y de su preocupación por el estudio de la norma. Se evidencia también como estas y otras instituciones se explican en un plano socio político.

Dentro de ello, el Derecho de los contratos, tanto civiles como mercantiles, tiene una funcionalidad contextual que ha ido variando a medida que la sociedad cambiaba. Es fácil darse cuenta de ello, pues no es lo mismo hablar de contratos hoy que hace quinientos años: se han desarrollado nuevas formas de contratación básicamente por los cambios en el surgimiento y formación de la revolución industrial y del capitalismo. Por ello, no menos que acertada es la apreciación de ARIAS-SCHREIBER al considerar que el momento esencial de la economía es la transacción, y esta sólo es posible gracias al contrato, de ahí que el contrato haya sido considerado como un sistema de transacciones cuya función básicamente consiste en permitir la planificación del intercambio y hacer posible la transacción en caso de incumplimiento¹.

1 ARIAS-SCHREIBER, MAX. Contratos Modernos. Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima: 1999, p. 7.

En este proceso evolutivo, el concepto de autonomía privada se modificó adquiriendo así, nuevos matices; no obstante, sin nunca dejar de ser una fuente creadora de nuevas formas de contratación. Pues el contrato, como bien se ha señalado, “es un instrumento destinado a viabilizar, a través de la programación de reglas privadas, la satisfacción de las necesidades individuales de diversa índole, sean o no económicas”².

La autonomía privada, como mencionamos, ha sido fundamental a la hora de constituir nuevas formas de contratos en diferentes momentos de la historia. Una de esas nuevas formas la encontramos en el *leasing* financiero que ha tenido repercusión en muchos países, entre ellos el nuestro.

En el derecho romano la convención era la base y elemento esencial del contrato; no obstante, la simple convención o pacto no era suficiente para producir obligaciones entre las partes, sino que estas debían estar revestidas de ciertas solemnidades exigidas por el derecho civil. Así, en el derecho romano se utilizó la categoría de contratos de nominados para fijar de modo cerrado la posibilidad de crear obligaciones, siendo así que solo en los casos permitidos por ley podían surgir obligaciones de fuente contractual. Posteriormente el derecho justiniano incorporó los contratos innominados con la finalidad de flexibilizar la evidente rigidez³.

Por su parte, el *leasing* fue creado y pensado para satisfacer las necesidades de crecimiento de las empresas⁴ en periodos en las que éstas se encuentran con capital limitado o insuficiente. Así, las empresas ven en esta modalidad de financiamiento una oportunidad para obtener liquidez y hacerse de bienes de capital o recursos rápidamente, sin desembolsar para ello fuertes sumas de dinero al contado, todo ello les permite; por ejemplo, solucionar posibles de-

-
- 2 VASQUEZ, Walter. Contrato, autonomía privada e intervención de la justicia constitucional. Gaceta constitucional N° 69. Lima, 2013, p. 222.
 - 3 LORENZETTI, Ricardo Luis. Derecho Contractual: nuevas formas contractuales. Palestra. Lima, 2001, p. 21.
 - 4 Podemos concebir a la empresa como una organización que se encuentra durante todo el periodo de su existencia en la búsqueda constante de la eficiencia y productividad sustentada estas sobre los costes de transacción. En palabras de COASE: *las empresas existen a causa de los costes de transacción, esto es, de los costes de organizar la producción mediante transacciones en el mercado*. Citado por ARIAS-SCHREIBER, óp. cit, p. 8.

ficiencias o problemas de equipamiento e innovación tecnológica. En consecuencia, las partes al ejercer su autonomía contractual, ponen una vez más al descubierto lo fundamental de la autonomía y libertad contractual en el crecimiento empresarial.

Por lo dicho, podemos fácilmente notar que una parte principal (si no la más importante) en la que centra sus inversiones la empresa, están representadas por la infraestructura en general de la misma, las cuales naturalmente se encuentran materializadas en propiedades, llámense fábricas, equipo, maquinarias, en otras palabras, los llamados bienes del activo fijo tangibles, que han de emplearse por un período largo en las operaciones regulares de la empresa, sea en la producción o para el suministro de bienes y servicios, también para arrendarlos a terceros o utilizarlos en labores administrativas, pero que normalmente no suelen destinarse a la venta⁵.

La obtención de los mencionados bienes del activo fijo, generalmente representan una fuerte inversión de dinero del cual una determinada empresa puede —como se mencionó anteriormente— no disponer, motivo que impulsa a ésta a recurrir a las diversas opciones de financiamiento que el mercado oferta ante una necesidad de capital de inversión. Una de esas opciones es la que analizaremos: el arrendamiento financiero, llamado también contrato de leasing⁶, que viene a ser en resumidas cuentas, un contrato con derecho de compra, en donde, en un primer momento, el arrendador adquiere un bien para traspasar

-
- 5 Los activos fijos tangibles a excepción del terreno o planta trasladan su valor en forma gradual a los bienes producidos o a los servicios prestados hasta el término de su periodo de utilidad. El valor de los intangibles de la misma manera se traslada también al valor final del producto o servicio; sin embargo, los activos intangibles son la fuente más importante de la organización pues otorgan **ventajas competitivas** sobre otras empresas. Estudios de mercado han dejado en evidencia el crecimiento del valor de los intangibles frente a los tangibles, así el realizado por el Instituto de Brooking muestra que los activos tangibles en 1982 representaban el 62 % del valor del mercado de las organizaciones industriales, 10 años después en 1992 la proporción había bajado hasta el 38%, estudios más recientes estiman en un 10 % el valor de los mismos.
 - 6 En doctrina existe un gran debate sobre si encuadrarlo o no como arrendamiento financiero, compra-venta a plazos, entre otros. Para algunos autores lo correcto sería tratarlo con Leasing propiamente dicho, sin alteraciones o absurdas adaptaciones a la legislación regional o local, debiendo comprender que en realidad al ser una institución jurídica extranjero no debería recibir nombre ni significación distinta a la originaria.

los derechos de uso del mismo al solicitante a cambio del pago de determinadas cuotas durante un plazo convenido, al término del cual, el arrendatario tiene la opción de comprar el bien arrendado pagando el valor residual⁷ en el contrato (opción de compra); o simplemente, no ejercer la opción de compra y por tanto devolver el bien al arrendador.

2.- APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE *LEASING*

En el Perú el *leasing* financiero no está regulado, en principio, por el Código civil, sino por diversas leyes especiales (siendo la columna vertebral el DL 299). Las cuales se fueron emitiendo por necesidades que la sociedad moderna ha ido teniendo a lo largo de los últimos años.

Desde una perspectiva etimológica, la expresión *leasing* proviene del verbo *to lease* en inglés⁸. El que podría traducirse, literalmente, como *arrendar* o *dar en arriendo*; sin embargo, tomando en cuenta variables económicas y contextuales, el término presenta una mayor complejidad, por lo que ha tenido diversas traducciones en cada ordenamiento jurídico como veremos⁹.

-
- 7 El mismo que viene a ser la diferencia entre el precio de adquisición inicial que tuvo el arrendador más los gastos e intereses, y las cantidades abonadas por el arrendatario
 - 8 Desde un enfoque histórico, se ha explicado que “la primera aplicación del *lease* con fines financieros, recuerda GIOVANOLI, recién se llevó a cabo en 1936, fecha en la que la cadena de supermercados de California celebró un contrato de *sale and lease back* con una empresa bancaria. Por entonces, igualmente, en Ohio una empresa almacenera vendió el inmueble en el cual operaba a una empresa bancaria, que intervino a título de *trustee*, es decir, por cuenta de unos inversionistas privados. A continuación, el *trustee* entregó el inmueble en *lease* a la empresa usuaria, que fue la vendedora, por un plazo de 99 años acompañada de una opción de compra. Esta técnica, inspirada en los procedimientos de financiación de bienes ferroviarios, practicada desde 1880 con el nombre de *Equipment trust agreements* o *Philadelphia plan*, alcanzó pronto gran auge en el Estado de Ohio como consecuencia de las elevadas tasas de impuestos para la constitución de hipotecas”. LEYVA SAAVEDRA, José. El *leasing* y su configuración jurídica. En: Universitas, N° 106, Bogotá, p. 747.
 - 9 Así, en los países anglosajones se utiliza extensamente el término *Leasing*. Por su parte Francia utiliza el término *crédit bail*, a su vez Bélgica adopta el término *location-financement*, mientras que España se ha propuesto diversas nominaciones tales como: préstamos en arrendamiento, alquiler-financiación, préstamo locativo, préstamo alquiler, crédito arrendamiento, locación venta, etc. Para más información: BRAVO, Sydney. Contratos Modernos, contratos atípicos e innominados, Segunda Edición, Ediciones Legales, Lima: 2010, p. 308.

En cuanto a nuestro tema, nos enfocaremos en el llamado *leasing* financiero. No profundizaremos en otras especies de *leasing* como por ejemplo (en una clasificación general) el llamado *leasing* operativo.

En cuanto al término usado en castellano, se ha señalado que “en la búsqueda de la expresión más apropiada en nuestro idioma, se ha propuesto llamarla *locación financiera, crédito-locación*; aunque bien se ha observado que estas denominaciones anteponen la locación como elemento principal de este contrato, lo que es un equívoco, pues en verdad se trata de un contrato de crédito y no de un contrato de locación, ya que esta figura jurídica es solo un medio para instrumentar el préstamo¹⁰. En otras palabras el *leasing* viene a ser un contrato entre el arrendador, que en este caso es la entidad financiera y el arrendatario o sea la empresa que requiere el servicio, para la adquisición de inmuebles, maquinarias o equipos bajo la modalidad de arrendamiento, en el cual se pactan las cuotas a pagar dentro de un determinado período por la financiación efectuada.

Por otro lado, si intentamos acercarnos a un concepto, la doctrina nacional ha mencionado que “es un contrato por el cual una empresa o persona natural, que desea usar y disfrutar de un bien, acude, a una empresa de *leasing*, para que esta última la adquiera con tal propósito”¹¹.

Dado un concepto aproximado, es necesario subrayar que el contrato de *leasing* tiene repercusiones no solo en el plano contractual o comercial, sino, como veremos, también lo tiene en otras disciplinas como el de los derechos reales y otros.

En este orden de ideas, desde una perspectiva teleológica se podría preguntar sobre la utilidad de la estudiada institución. Pues bien, la utilidad de esta institución radica, esencialmente, en ser una forma segura, moderna y eficiente de financiamiento. Ello es así, pues el *leasing* explica una modalidad de endeudamiento a mediano o largo plazo para que, en principio, se adquieran activos fijos para proyectos personales o empresariales.

10 FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos*. 2° ed. Editorial Astrea. Buenos Aires 1999, p. 525 y 526.

11 CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos Típicos*. Tomo I. Palestra, Lima, 2010, p. 370.

Sin embargo, en el caso peruano, con la reciente modificación legislativa¹², la utilidad de la estudiada institución ha adquirido particulares objetivos. Así un punto medular vendría a ser la adquisición de vivienda por parte de familias con una renta baja.

No obstante para algunos autores como MORELLO o GHERSI el leasing “no es un buen instrumento para la adquisición de inmuebles destinados a viviendas, porque es un contrato de empresa, poco apto para las finalidades protectorias del adquirente. De allí que se ha considerado inapropiado incluirlo dentro de una ley que se dicta con esa finalidad (Ley 24441), lo cual ha sido confirmado por las costumbres, que dieron poca cabida al leasing inmobiliario destinado a viviendas”¹³, además que “también se ha considerado que regular al leasing como garantía de bienes muebles es inapropiado, porque es una técnica antigua, superada por la posesión y la inscripción registral”¹⁴.

3.- FIGURAS SIMILARES AL CONTRATO DE *LEASING*.

A partir del contrato de leasing, en términos generales, se han ido desarrollando nuevas versiones de arrendamiento financiero. Por ello, es necesario distinguir al *leasing* financiero de la otra especie de *leasing* (dentro de la clasificación general): el leasing operativo. Asimismo, también se la debe distinguir de otras figuras similares o variantes a fin de evitar confusiones.

12 Nos referimos al Decreto legislativo N° 1177 el cual establece “un régimen especial y facultativo para la promoción, facilitación y seguridad jurídica del arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda; así como promover la inversión en la construcción de inmuebles destinados al arrendamiento para vivienda, en el marco de la política de Estado de reducción del déficit cualitativo y cuantitativo de viviendas en el país. (artículo 1). Analizaremos con posterioridad dicho decreto.

13 MORELLO, AUGUSTO, aspectos procesales de la ley 24441, de financiamiento y construcción de viviendas, J.A. 1995-II-765; GHERSI, CARLOS, La ley 24441 de financiamiento y construcción de viviendas y la reforma a los códigos civil y comercial-economía y derecho. Los nuevos lineamientos del neoliberalismo”, L.L. 1995-B-1112. Citado por: LORENZETTI, Ricardo. *Derecho Contractual, Nuevas formas contractuales*. Contratos de larga duración, contratos de crédito y financieros, leasing, fideicomiso. Lima: Palestra Editores, 200, p. 167.

14 LE PERA, AERGIO. Salvedades del Doctor Sergio Le Pera, al proyecto de reformas del Código civil, comisión 468/92. Citado por: LORENZETTI, Ricardo. *Ibidem*.

Por otro lado, la expresión *leasing*, en el campo comercial o mercantil, suele venir acompañado de otros términos haciendo referencia a diversos significados que tendrán uso dependiendo de tal o cual contexto. Estos pueden presentar alguna similitud con la institución aquí estudiada, sin embargo, no se identifican con ella.

Desde el punto de vista legal, el *leasing* es un contrato flexible, porque admite modalidades y subtipos, y no homogéneo desde el punto de vista causal, ya que admite que las partes lo celebren teniendo fines diferentes: financiero, garantía, compra, locación. Por esta razón conviene distinguir elementos generales del tipo¹⁵, *que son los contemplados en la definición dada por el proyecto de 1998, de otros especiales que regula la Ley 24441.*

3.1. *Leasing* operativo

Como primer punto, se suele contraponer el *leasing* operativo al *leasing* financiero. Ambos como subtipos de *leasing* en una clasificación general. Pues bien, ¿qué es el *leasing* operativo y qué lo diferencia del *leasing* financiero?

En realidad el concepto fundamental del *leasing* operativo es similar al financiero, esto es el hecho por el cual se ceden en uso unos determinados bienes a cambio del pago de unas cuotas periódicas.

Buscando una aproximación, se ha mencionado que el *leasing* operativo "es una modalidad contractual de comercialización por la cual una empresa, habitualmente fabricante o proveedora, denominada arrendadora, se obliga a ceder, durante un plazo determinado, el uso de un bien o bienes a otra empresa, denominada arrendataria, a cambio de una renta periódica como contraprestación"¹⁶.

En palabras de ARIAS-SCHREIBER La distinción entre un *leasing* financiero y un operacional radica en el tipo de obligación asumida por el tomador. Cuando el efecto de las estipulaciones contractuales es tal que el toma-

15 LORENZETTI, Ricardo. Op. Cit., p. 174.

16 LEYVA SAAVEDRA, José. Op. Cit., p. 757.

El tomador garantiza que el dador recuperará su inversión, el propósito primario del contrato es usualmente el de proveer un método de financiación para el tomador¹⁷.

Como características distintivas del *leasing* operativo podemos mencionar¹⁸:

- El arrendador es el fabricante o distribuidor y no una entidad financiera especializada.
- El canon de arrendamiento comprende todos los gastos que pueda tener el bien.
- El contrato generalmente es de corta duración (1 a 3 años).
- El bien se devuelve, no hay opción de compra.
- La elección del bien la efectúa el arrendatario, entre los que tenga el arrendador.
- El contrato tiene función esencialmente operativa: el uso del bien.

Si hablamos en términos de importancia en cuanto número de operaciones realizadas, el *leasing* operativo más relevante es el que se desarrolla en torno a los bienes vehiculares¹⁹ sean estos livianos o pesados, el cual incluye también su gestión y administración.

3.2. *Leasing broker*.

Es un corredor intermediario de *leasing*, el cual aporta asistencia al posible tomador y ofrece sus relaciones financieras para hallar los medios para el arriendo del bien que desea. El tomador selecciona el bien y concluye el trato con el proveedor mediante la intervención de la empresa de *leasing* que realiza el financiamiento. El proveedor está respaldado por la entidad financiera (empresa *leasing*) y esta conserva el título de propiedad del bien adquirido como una forma de garantía real. La compañía de *leasing broker* percibe una comisión como intermediaria²⁰.

17 ARIAS-SCHREIBER, Max. Óp. cit., p.25.

18 MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. Derecho comercial. Tomo III. Grijley. Lima, 2006, p. 357.

19 El valor residual de este tipo de *leasing* es alto y suele ser el precio posterior del vehículo en el mercado de ocasión generando por lo tanto una cuota reducida.

20 FARINA, Juan. Op. Cit., p. 526.

3.3. *Lessoragent.*

Se presenta en los casos en que la empresa de *leasing* compra directamente a los fabricantes o distribuidores (sin intervención del cliente frente a ellos) el bien que el tomador necesita usar. Simultáneamente lo alquila a este por un periodo de tiempo. La compañía arrendadora es propietaria del bien, el que debe serle devuelto al culminar el alquiler. Esta figura es distinta al *leasing* tradicional²¹.

3.4. *Lease back.*

Por este contrato el futuro arrendatario financiero vende a una persona (la futura arrendadora financiera) un bien de su propiedad, y de inmediato, simultáneamente, lo toma en arrendamiento financiero. En otras palabras es el propio cliente el que vende el bien de su propiedad a la empresa de *leasing* y luego la alquila, consiguiendo de esta manera tanto transformar una deuda de corto plazo a largo plazo así como obtener una liquidez inmediata en las ventajas fiscales y una mayor rapidez en términos de amortización. Así el *Lease back* se constituye como una técnica de asistencia financiera que se materializa o concretiza mediante la adquisición previa de un bien de capital, su venta a un tercero y su coetáneo goce o uso del mismo²².

Como bien menciona FARINA: “La expresión *leasing* (*leasing back*) en este caso está utilizada en un sentido amplio y no en el específico que hemos tratado precedentemente (*leasing*)”²³. Se evidencia así que existen ciertas diferencias con la institución tratada.

Sin embargo, sin perjuicio de lo señalado, el *leasing back* se encuentra en el art. 27 del DL 299²⁴, lo que nos puede llevar a la conclusión que es una forma o derivación de *leasing*, sin embargo, quedan claros los caracteres distintivos.

21 *Ibíd.*, p. 527.

22 LEÓN TOVAR, Soyla. El Arrendamiento financiero en el Derecho mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1989, p. 132.

23 *Ibíd.*, p. 539.

24 Artículo 27º.- En todos los casos en que la locadora adquiera de una empresa un bien, para luego entregárselo a ella misma en arrendamiento financiero, dicha transferencia está exonerada del impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo en su caso.

3.5. Leveraged Lease o arrendamiento financiero apalancado.

Su elemento diferenciador es la presencia del tercero, además de la clara presencia de la empresa de leasing y el arrendatario. Esta tercera persona es en realidad un prestamista que junto con la empresa comparte los gastos de adquisición del producto.

La ley prevé que en caso de incumplimiento del pago de los préstamos por parte del arrendador, los prestamistas (también llamados *lenders*) no pueden actuar sobre él sino únicamente sobre el bien objeto del arrendamiento sobre el que evidentemente tienen un derecho preferente²⁵.

3.6. Leasing inmobiliario y mobiliario

La diferencia es como su mismo nombre indica una cuestión de naturaleza. El primero regirá en los casos de bienes inmuebles y su duración será relativamente larga (diez años como mínimo), en tanto que el segundo aplicará en casos de bienes muebles como equipos, mobiliario, entre otros que por la obvia razón de ser bienes fácilmente desgastables tendrá como consecuencia una duración del contrato mucho menor que el primero.

En opinión de OBIOL “el leasing inmobiliario, en especial el habitacional, es la técnica contractual ideal para solucionar los problemas de vivienda familiar de los sectores de menores recursos en la sociedad actual”²⁶.

3.7. Arrendamiento financiero industrial.

Se puede considerar al arrendamiento financiero industrial un leasing de grandes proporciones, ya que se van a someter a arrendamiento equipos como aviones, buques, trenes y grandes máquinas en general, relacionándose muchas veces con el leasing internacional, llamado *crossborder leasing*, en el cual es muy importante considerar al momento de contratar –qué duda cabe– la legislación de los países contratantes²⁷.

25 CASTILLO VÁSQUEZ, Cynthia. Leasing, Actualidad Financiera, N 243, noviembre, 2011. VII-2

26 OBIOL ANAYA, Erik. Contratos Mercantiles, contratos modernos. Grijley, Lima: 2016, p. 46.

27 CASTILLO VÁSQUEZ, Cynthia. Óp. Cit.

3.8. Leasing promocional.

Este tipo de leasing surge el siglo pasado en Europa. Teniendo a Italia como uno de sus principales impulsores. Este país en respuesta a la descapitalización creciente de su industria nacional y a las dificultades que atravesaban sus pequeñas y medianas empresas en busca de un fácil acceso al crédito, ha impulsado mediante su actividad legislativa la búsqueda de nuevos y más eficaces instrumentos de actuación en la economía. De esta manera surgió una institución nueva con el objeto de satisfacer dichas necesidades y -claro está- como derivación del Leasing que ya conocemos: el leasing promocional.

OBIOL ANAYA nos informa sobre dos modalidades al respecto: el leasing promocional directo y el indirecto. El primero se genera cuando es el Estado el que directamente interviene en el mercado y es indirecto cuando este leasing de promoción es operado por empresas privadas²⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS-SCHREIBER, MAX. Contratos Modernos. Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima: 1999.
- BRAVO, Sydney. Contratos Modernos, contratos atípicos e innominados, Segunda Edición, Ediciones Legales, Lima: 2010.
- CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de los contratos Típicos. Tomo I. Palestra, Lima, 2010, p. 370.
- CASTILLO VÁSQUEZ, Cynthia. Leasing, Actualidad Financiera, N 243, noviembre, 2011. VII-2
- FARINA, Juan. Contratos Comerciales Modernos. 2º ed. Editorial Astrea. Buenos Aires 1999.
- LEÓN TOVAR, Soyla. El Arrendamiento financiero en el Derecho mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1989

28 OBIOL ANAYA, Erik. Óp. Cit., p. 47.

- LEYVA SAAVEDRA, José. El leasing y su configuración jurídica. En: Universitas, N° 106, Bogotá.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Derecho Contractual: nuevas formas contractuales. Palestra. Lima, 2001.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. Derecho comercial. Tomo III. Grijley. Lima, 2006.
- OBIOL ANAYA, Erik. Contratos Mercantiles, contratos modernos. Grijley, Lima: 2016.
- VASQUEZ, Walter. Contrato, autonomía privada e intervención de la justicia constitucional. Gaceta constitucional N° 69. Lima, 2013.

La Constitución Multicultural Peruana

José Félix Palomino Manchego*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
palominomanchego@gmail.com*

SUMARIO: Resumen. Palabras Claves. 1.- Multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad. 2.- El Estado multicultural y los derechos fundamentales. 3.- El derecho a la identidad cultural y étnica stricto sensu. 4.- El multiculturalismo a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Jurisprudencia Constitucional.

-
- * Magister y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

RESUMEN

La dinámica de la globalización ha conllevado procesos de universalización y de homogenización cultural, es por ello que, tomando como norte el marco constitucional, se procura comprender estas realidades cambiantes a fin de dar un reconocimiento al tema materia de investigación: *Multiculturalismo* complementado con otras categorías tales como *pluralismo e interculturalidad*.

Asimismo, las realidades cambiantes deben ser analizadas en correlación con el nivel de participación de los órganos jurisdiccionales, tales como el Poder Judicial (impartición de justicia) y el Tribunal Constitucional, quienes a través de la interpretación, promoción y reafirmación del valor e importancia de la sociedad multicultural, reafirman los lazos que unen a ésta con la pluralidad sociocultural y sociedad globalizada.

El Estado constitucional reconoce los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad estatal, y atiende las particulares exigencias (culturales, religiosas, lingüísticos, nacionales, etc.) que puedan reclamar algunos miembros de la colectividad. Ello en razón de que en la Constitución Política del Perú de 1993, se opta por la tutela constitucional vía reconocimiento de la diversidad cultural de la nación peruana y se apuesta por una integración.

Por último, el autor sostiene que lo álgido del Estado constitucional multicultural es el referente a la naturaleza de los derechos reclamados por los pueblos indígenas, que en su mayoría son de índole colectiva: a la consulta previa, a la autodeterminación, al ejercicio de justicia propia, a la propiedad comunal, entre otros, haciendo hincapié en que el derecho a la identidad étnica no sólo cuenta con protección a nivel constitucional, sino también cuenta con tutela internacional, puntualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que el fenómeno cultural es inherente a todo grupo humano.

PALABRAS CLAVE

Multiculturalismo; pluralismo; interculturalidad; Estado multicultural; derechos fundamentales; identidad cultural; identidad étnica; Convenio N° 169 OIT; Constitución Política del Perú de 1993.

1.- MULTICULTURALISMO, PLURALISMO E INTERCULTURALIDAD

Los cambios sociales emergentes han abierto paso en todos los niveles de los saberes culturales: económico, social, político, religioso, jurídico, lo cual trae como consecuencia que la dinámica de mundialización ha conllevado procesos de universalización y de homogenización cultural. En ese orden de ideas, la globalización de las industrias culturales a nivel mundial ha fomentado la homogenización del consumo de la cultura que traspasa las fronteras de los Estados nacionales y cuya identidad y ámbito de actuación están en permanente proceso de redefinición en espacios territoriales, donde las fronteras geográficas nacionales se difuminan por la constitución de mercados más globales en ámbitos tan distantes como la Unión Europea..., o el Mercosur.

Por eso es que, instrumentos culturales como la música, el cine, la publicidad o las series televisivas configuran los referentes audiovisuales de las nuevas generaciones que consumen, en gran medida, productos culturales que traspasan las fronteras nacionales, tal como ha significado con gran acierto Mary Nash¹.

Y los Estados latinoamericanos (véase, por ejemplo, las constituciones de Guatemala, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia), tomando como norte el marco constitucional, han sabido comprender estas realidades cambiantes a fin de dar un reconocimiento al tema materia de investigación: *Multiculturalismo* complementado con otras categorías tales como *pluralismo* e *interculturalidad*. Es más, como consecuencia de ellos, y a modo de complemento, los órganos jurisdiccionales, como el Poder Judicial (impartición de justicia) y el Tribunal Constitucional, como se presenta en el caso peruano, también han complementado a modo de interpretación, promoción y reafirmación, el valor y la importancia que reviste en el bloque occidental la sociedad multicultural, que va de la mano entre pluralidad sociocultural y sociedad globalizada. Por eso, no cabe duda que América Latina es un laboratorio en plena ebullición

1 Cfr. Prefacio de Mary Nash al libro de Kincheloe, Joe L. y Steinberg, Shirley R.: *Repensar el multiculturalismo*, traducción del inglés de José Real y revisión técnica de Fernando Hernández, Ediciones Octaedro, S.L., Barcelona, 1999, p. 10. Antecede Prólogo de Peter J. McLaren.

que se expresa en la diversidad cultural², y que a través de la historia de la humanidad se ha venido agrupando por múltiples grupos étnicos y culturales. Y como producto de la esclavitud africana y de la migración europea y asiática, en el contexto latinoamericano se presenta cerca de medio millar de idiomas indígenas u originarios.

De ahí que los numerosos conflictos sociales entre, por un lado, el Estado y las empresas extractivas y, por otro lado, las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, que en la actualidad afrontamos, tienen su origen en el reconocimiento de la diversidad, que numerosos grupos reclaman, pues consideran que éstas son relevantes a fin de desarrollar sus proyectos de vida, que no es otra cosa que el derecho a la vida, en su aspecto material.

Los enfrentamientos también evidencian que estos grupos no pretenden sólo un ambiente de tolerancia, sino que aspiran a un espacio multicultural, en el cual puedan desarrollar sus modos de vida, diversos a los del grupo mayoritario. Pensemos en los homosexuales, quienes reclaman el respeto a su libertad en la elección de su orientación sexual; empero, también demandan el reconocimiento de un matrimonio civil homosexual. Es pertinente señalar que la naturaleza de las diferencias que hoy son reivindicadas, pueden ser culturales, étnicas, lingüísticas, religiosas, modos de vida, etc.

Según lo indicado, en nuestros días observamos que existe un gran número de países que cobijan diversos grupos nacionales, siendo difícil encontrar un país mono-grupal; en consecuencia, mono-cultural. Si las diferencias, cuyo reconocimiento se pretende, pueden ser de distinta índole, entonces el conjunto de los grupos que reclaman dicho reconocimiento es bastante dispar.

Sin embargo, coincidimos con Bhikhu Parekh cuando certeramente hace observar que “aunque sean demasiados diferentes entre sí los grupos que reclaman el reconocimiento de sus diferencias, como para poder compartir una agenda filosófica o política común, todos ellos se sienten unidos en la medida

2 *Vid. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

A modo de complemento, *vid. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*, Serie sobre la Diversidad Cultural N° 1, Johannesburgo, 2002.

en que se resisten a aceptar la *homogeneización y asimilación en sociedad más amplias*³.

Pero este reclamo de reconocimiento de la diversidad de grupos, ¿qué relación tiene con la Teoría del Estado, con la Teoría general de los derechos fundamentales, etc.? ¿Es acaso el multiculturalismo el responsable de esta crisis? o ¿es el multiculturalismo una forma de solución? Efectivamente, son muchas las interrogantes y reducidas las respuestas.

Atendiendo a ese fin, el multiculturalismo es un concepto que proviene de las ciencias sociales, ha sido estudiado desde diversas perspectivas, y si bien es necesario un concepto útil, a efectos del presente ensayo, no deseamos caer en la simplicidad de las ideas, por ello señalaremos algunas apreciaciones teórico-dogmáticas.

Como se deduce de las indicaciones hechas, hay quienes dirán que, por multiculturalismo, se debe entender la convivencia de diversas culturas⁴. Otros, como Bhikhu Parekh, sostendrán que el multiculturalismo no se refiere a la diferencia y a la identidad *per se*, sino a aquellas que se subsumen en una cultura y son sostenidas por ésta⁵. Añade el profesor Parekh, con meridiana claridad, que el multiculturalismo trata de la diversidad cultural o de las diferencias culturales, puesto que existen otros tipos de diferencias⁶. De lo manifestado, entendemos que el multiculturalismo está vinculado a las diferencias culturales presentes en una sociedad.

El profesor peninsular José Julio Fernández refiere que, en realidad, el multiculturalismo es la coexistencia que se manifiesta en la convivencia en sociedad de diversas culturas⁷. El profesor y magistrado del Tribunal Consti-

3 Vid. Parekh, Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política*, Istmo, Madrid, 2005, p. 13.

4 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Lima, 2005.

5 Parekh, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política*, op. cit., p. 15.

6 Ídem, p. 16.

7 Vid. Fernández Rodríguez, José Julio y Arguello Lemus, Jacqueline: "Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas", en: *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XVI, Febrero, N° 16, Lima, 2012, p. 119.

tucional peruano, Gerardo Eto Cruz, recogiendo lo señalado en la obra titulada *Mundialización, multiculturalismo y derechos humanos*, coordinada por D. Medina y M. Albert, refiere que el multiculturalismo no es un fenómeno nuevo, pero sí lo son sus alcances, y como tal alude a situaciones que, para los países occidentales contemporáneos, se expresan en la convivencia en el seno de una misma sociedad tanto de personas como de grupos procedentes de ámbitos culturales diversos⁸.

Como no podía ser menos, la mayoría de aportes jurídicos sobre los retos que involucra este reconocimiento de la diversidad, hacen referencia a un concepto diferente: el pluralismo. El pluralismo se encuentra íntimamente vinculado a la práctica, y reiterando lo señalado por otros, diremos que pluralismo, en su sentido filosófico, a diferencia del multiculturalismo, ostenta sus propios principios, acepta las diferencias y no busca eliminarlas; pero tampoco genera diferencias adicionales, toda vez que el pluralismo buscará la integración.

Es sabido que, en el campo del Derecho, el pluralismo es un principio del Estado constitucional. La Constitución peruana vigente de 1993 reconoce el pluralismo político, por ello promueve la libre participación en los asuntos públicos (artículo 30°), así como un pluralismo económico, optando por una economía social de mercado (artículo 58°).

Más, por otra parte, el pluralismo político tiene como actores principales a los partidos políticos, entendido éstos como una versión superada de las facciones políticas⁹, ya que sólo buscan meros intereses económicos de grupo. Algunos estudiosos refieren que es recomendable este término en lugar de multiculturalismo, toda vez que sobre el pluralismo existe mayor concordancia y no presenta tantas objeciones a los conceptos base del constitucionalismo.

8 Vid. Peña Jumpa, Antonio: *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2009, p. 14.

9 Cfr. Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*, traducción del italiano de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Editorial Grupo Santillana, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 24.

Por ello, durante el “Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional” celebrado en agosto de 2012¹⁰, se escucharon muchas voces afirmando que para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, resulta mejor usar el término interculturalidad al momento de abordar temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas. Entendemos que la interculturalidad involucra no sólo el reconocimiento de las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad).

2.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL MULTICULTURAL Y LOS DE-RECHOS FUNDAMENTALES

Como lo expresamos al inicio, en la actualidad enfrentamos numerosos conflictos étnicos, sociales, nacionales, los cuales requieren de un nuevo Estado o una respuesta diferente de éste. El Estado constitucional reconoce los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad estatal, y atiende las particulares exigencias (culturales, religiosas, lingüísticos, nacionales, etc.) que puedan reclamar algunos miembros de la colectividad.

Los atributos esenciales que los grupos étnicos reclaman en la actualidad, en Latino América entre otros, son: a la libre determinación del desarrollo, a la participación, a la consulta previa, a los derechos lingüísticos, a la autonomía comunitaria pudiendo ser regional, departamental, distrital etc., al ejercicio de la justicia propia dentro de su jurisdicción¹¹, a la educación intercultural bilingüe y demás afines; los cuales forman parte de un *corpus de derechos* en su mayoría colectivos enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y las minorías culturales, nacionales, lingüísticas, religiosas, etc.

10 Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto de 2012 en Lima, Perú, ponencia del Dr. Rolando Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.

11 Entiéndase indígena, comunal andino o comunal amazónico.

En la región andina la problemática que el multiculturalismo nos plantea es un tema viejo, pero con connotaciones nuevas; esto es, la posición del indígena (andino y/o amazónico) en las sociedades sudamericanas. Es conocido que a partir de la conquista, los pueblos originarios de la región sudamericana y de manera puntual, los pueblos originarios peruanos, quedaron en una posición económica, racial, lingüística, etc., subordinada, en permanente situación de maltrato en su dignidad, sufriendo despojos de sus territorios y siendo objetos de explotación continua.

La lesión a su dignidad ha sido justificada mediante la denominada ideología de la *"inferioridad natural de los indios"*, de base aristotélica. El Derecho se encargó de formalizar tal ideología; así, en materia constitucional hasta la Constitución Política de 1979, prescribió que: "(...) El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes", evidenciándose de esa forma dicha postura. En el área del Derecho Penal se estableció que los *indios* fueron definidos jurídicamente como *"menores, rústicos y miserables, hermanos menores de los colonizadores"*. Dicha inferioridad, a nivel jurídico, ha sido desechada en la Constitución Política de 1993, en la que se opta por la tutela constitucional vía reconocimiento de la diversidad cultural de la nación peruana y se apuesta por una integración.

De lo expuesto se colige que en América Latina los reclamos de reconocimiento a la diversidad cultural, étnica, etc., tienen rostro indígena (andino o amazónico)¹². Debido a ello es relevante señalar que el corpus de derechos que le son inherentes a dichos pueblos, ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante, a partir de la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y de la promulgación de numerosas constituciones latinoamericanas en la década de los noventa del siglo anterior hacia adelante. El citado corpus de derechos se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

12 Si bien en la literatura internacional se habla de los derechos de los pueblos indígenas, es pertinente señalar que en el caso peruano dicho vocablo tiene una fuerte connotación peyorativa en la región andina, situación diversa se presenta en la región amazónica.

Es de notar que el Estado constitucional es un instrumento para que todas las personas gocen de sus prerrogativas en la mayor medida posible. Coincidimos con Robert Alexy, en el sentido que los derechos fundamentales son la base del Estado constitucional. Empero, el Estado constitucional no sólo debe reconocer atributos esenciales individuales, sino también aquellas prerrogativas de índole colectiva, siendo indispensable para empezar, entonces, un Estado constitucional con rasgos multiculturales que tenga en el diálogo intercultural su principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas.

Por consiguiente, se puede colegir que el Estado constitucional que reconoce el componente multicultural de su sociedad deja atrás las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y desculturalización que caracterizaron la era pasada. Por el contrario, acepta que no basta con atribuir los mismos derechos a todos, sin atender las particularidades de determinados grupos, porque admite que el derecho a la igualdad ante la ley, tal como lo entendemos hoy, era una ficción, adicionalmente reconoce y vela porque se reconozcan derechos complementarios a las minorías, pudiendo ser de índole individual o colectiva. Sin embargo, el Estado establece condiciones para que los derechos no tradicionales exigidos por los grupos minoritarios sean coherentes con los derechos fundamentales.

Aun otra observación: lo álgido del Estado constitucional multicultural es el referente a la naturaleza de los derechos reclamados por los pueblos indígenas, que en su mayoría son de índole colectiva: a la consulta previa, a la autodeterminación, al ejercicio de justicia propia, a la propiedad comunal, por mencionar algunos. Así, creemos, para los fines propuestos, que resultan insuficientes las teorías absoluta y relativa de los derechos fundamentales, ya que han sido elaboradas pensando únicamente en los atributos de ejercicio individual.

Más específicamente, el Convenio N° 169 de la OIT y la Constitución peruana de 1993 constituyen el marco jurídico a fin de otorgar respuesta a la difícil interrogante: ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el citado Convenio? La citada norma internacional manda que se identifique a los pueblos indígenas por dos tipos de elementos: los objetivos y el subjetivo. *Los*

*elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual)*¹³.

De ello se infiere, que el elemento *objetivo* ordena que serán pueblos indígenas aquellos que descienden de pueblos que pre-existen a los Estados actuales y que hoy conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida. Resulta oportuno referir que la exigencia de conservación de las instituciones sociales, políticas, culturales o modos de vida, es de naturaleza parcial, no total, ello explica por qué en el Perú muchas comunidades campesinas, pese a que han perdido el idioma propio (quechua, aymara, etc.) y mantienen a las rondas campesinas, afirman ser titulares de los derechos consagrados en el Convenio 169 y en la Constitución Política de 1993.

No está demás decir que, el criterio *subjetivo* se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena, esto es, que descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias. Este criterio suele ser determinante en el caso peruano, toda vez que la opresión y el estigma social creado alrededor de lo indígena generó que muchos peruanos negaran dicha condición; sin embargo, afortunadamente en la actualidad la auto-identificación como indígena, sea andino, amazónico, rural o urbano se está incrementando de manera lenta pero firme.

Dentro del contexto descrito resta señalar que las diferencias culturales, lingüísticas o étnicas, obligan a que el contenido de los derechos esenciales, fundamentales, y/o humanos, sea replanteado a fin de que responda a las necesidades de las sociedades multiculturales; por ejemplo, pensemos en lo que nosotros conocemos como derechos de género, el rol de la mujer en el mundo occidental difiere de aquel que desarrolla en el islámico, así como de aquel que tiene en las diversas comunidades campesinas o amazónicas de América Latina. Así, una denuncia por maltrato familiar debe ser atendida considerando las

13 Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, Lima, 2009, p. 2.

diferencias culturales, claro está, respetando la coherencia mínima del núcleo esencial que toda sociedad civil debe conservar.

En relación a este núcleo esencial, en el caso peruano ha sido la Corte Suprema de Justicia de la República, la que a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009-/CJ-116, ha señalado que ante la existencia del pluralismo jurídico reconocido en nuestra Constitución resulta indispensable señalar los mínimos jurídicos que deben ser respetados por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Es justo, pues, señalar que los mínimos jurídicos a respetarse en una sociedad multicultural implica haber otorgado respuesta a una interrogante mayor: ¿la tensión entre el universalismo de los derechos humanos con el multiculturalismo? Al respecto, Miguel Giusti sostiene que es necesario que el multiculturalismo y el universalismo abandonen fundamentalismos y establezcan permanentemente consensos dialécticos, tal como aparece en los instrumentos internacionales¹⁴.

3.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y ÉTNICA *STRICTO SENSU*

Se ha dicho que en materia constitucional no existe una jerarquización de los derechos constitucionales o fundamentales¹⁵; sin embargo, existen atributos que, debido a un contexto determinado, despiertan mayor interés en la comunidad. Lo descrito viene sucediendo con el derecho a la identidad cultural, pues el reclamo de numerosos grupos por un reconocimiento a sus diversas particulares manifestaciones culturales, implica que dicha prerrogativa sea re-estudiada a fin de establecer su contenido y su alcance, de manera particular

14 *Cfr.* Giusti, Miguel: "Las críticas culturalistas de los derechos humanos", en *Justicia Global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores, Lima, 2007, p. 307.

15 Resulta importante referir que en el presente trabajo, usaremos los términos derechos constitucionales, derechos fundamentales e incluso derechos humanos en calidad de sinónimos, dicha postura se funda en el mandato constitucional recogido en el artículo 3° de nuestra Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase la sentencia recaída en el Exp. N° 0410-2002-AA.

este fenómeno se presenta en la región andina. Lo expuesto se corrobora con las recientes constituciones aprobadas en países sudamericanos, tales como Ecuador, Bolivia, por citar algunos.

Coincidimos con Fernández Sessarego cuando sostiene que “lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos es el derecho a ser uno mismo”. El derecho a la identidad tiene dos dimensiones:

- a) La dimensión objetiva de la identidad. El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 19°, regula el derecho al nombre, debiéndose entender por nombre como la palabra o el conjunto de palabras que sirve para designar o identificar a cada persona física individualizándola de los demás, es la reafirmación del yo, es el derecho a la individualidad, esto es como una manifestación del derecho a la identidad personal.

En ese orden de ideas se puede colegir que el nombre cumple una función de individualización y de identificación de la persona. El nombre, claro está, comprende prenombrados y apellidos; en suma, el nombre constituye una verdad objetiva que se materializa en la partida de nacimiento. El prenombre es la denominación del recién nacido, el cual es el resultado de la libre elección de los padres. Los apellidos hacen referencia a la pertenencia a una determinada estirpe, a una familia. Es menester mencionar que la legislación peruana prescribe la inscripción de los apellidos de ambos progenitores, siendo primero el apellido del padre, luego el apellido de la madre. Los elementos que integran la dimensión objetiva de la identidad son aquellos datos evidentes, productos del nacimiento de la persona que resultan ciertos en ese momento.

- b) La dimensión subjetiva de la identidad. En realidad, la dimensión subjetiva de la identidad hace referencia a que el ser humano es un ente único, singular, irreplicable y complejo. Único en tanto lo biológico como en lo psicológico que comprende nuestro mundo interno. Singular, ya que por tener racionalidad el hombre (en un sentido amplio del vocablo) puede expresar a través de las letras o el arte, cuestiones que lo hagan singular. Irreplicable, ya que día a día se va gestando con los cambios propios de su desarrollo; y complejo, ya que diariamente nos vamos cuestionando cosas, revelándose la complejidad de nuestro ser.

En resumen, somos la suma de defectos, virtudes, creencias, filosóficas y religiosas, convicciones políticas, etc.

Obsérvese, por ejemplo, que respecto al derecho a la identidad cultural tenemos que es un derecho inherente a toda persona humana, por el cual tenemos la prerrogativa de vivir según nuestra cultura; entonces, por este derecho podemos mantener características culturales propias como son *idioma, religión, modos de vida*. Para nuestro propósito, es importante entender que puede ser considerado dentro de la frase *vivir según nuestra cultura*. Así pues diremos que *la cultura* expresa la manera de vivir, de pensar y de sentir de un pueblo, en consecuencia cada miembro de un pueblo tiene el derecho de vivir acorde con sus valores y principios, que regularán sus relaciones dentro de la familia, escuela y la comunidad.

De igual manera, vivir de acuerdo con nuestros valores y principios podría generar situaciones difíciles de ser resueltas, toda vez que dentro de un Estado, como el peruano, donde coexisten grupos humanos con culturas dispares, que reclaman igual reconocimiento, tendríamos situaciones que inicialmente nos invitarían a considerar el *relativismo cultural*¹⁶ como una solución. Sin embargo, estimamos que el relativismo ocasionaría tanto daño como la *criticada jerarquización de culturas*, ello porque si bien los derechos humanos o fundamentales son un aporte de la cultura occidental, no son una imposición cultural toda vez que la finalidad de los *derechos humanos* es constituir una base de reglas que garanticen el respeto de la dignidad humana. Por lo tanto, no consideramos que se pueda fundar una lesión del derecho a la vida, a la integridad física en pro de tutelar el derecho a la identidad cultural.

Es conocido que en materia de derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización¹⁷, resulta imposible señalar de manera taxativa su contenido, ya que será la casuística la que nos indique que se incluirá

16 El relativismo cultural considera que no existen derechos absolutos y los pueblos indígenas no deben ser víctimas de ninguna imposición cultural, entendiéndose que los derechos humanos son una imposición occidental. Vid. Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*, 2ª. edición, APRODEH, Cuzco, 2010, p. 54.

17 Cfr. Alexy, Robert: *Tres escritos sobre derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 51.

como contenido del atributo materia de estudio; empero, como lo hemos realizado en el párrafo anterior, podemos establecer que no puede estar incluido como contenido del derecho constitucional objeto de comentario.

Un tema estrechamente relacionado con la *identidad cultural* es la *identidad étnica*, ambas esenciales para justificar el presente ensayo. La *identidad étnica* está referida a las características (idioma, modos de vestimenta, modos de vida, instituciones organizativas, etc.) que una persona comparte con otras que pertenecen a su etnia.

Por otra parte, la *identidad étnica* es relevante para determinar políticas de Estado en materia de educación intercultural bilingüe, ya que nos dirá qué etnias hablan determinada lengua y con ello podremos establecer el número de docentes necesarios para atender la demanda de los estudiantes de dichas etnias. De lo manifestado se evidencia la necesidad de establecer cuando menos criterios que nos permitan identificar quiénes son sujetos de derechos colectivos de naturaleza étnico-culturales; sin embargo, es curioso que en un país como el nuestro, de orígenes indígenas, resulte difícil encontrar peruanos que se autoidentifiquen como indígenas.

En resumidas cuentas, la ausencia de *identidad indígena*, sobre todo en la región andina del Perú, con excepción de los aymara presentes en Puno, Arequipa y Tacna, se debe a la fuerte represión ejercida sobre ellos desde la conquista. Otro punto a subrayar es el siguiente: la situación varía en la región amazónica, donde los indígenas tienen mayor consciencia de su identidad, esto no se debe a un trabajo organizado de la sociedad civil o del Estado, sino a la lejanía de esta región a la capital del país.

4.- EL MULTICULTURALISMO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Siendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Perú un referente necesario para todo trabajo de investigación en temas constitucionales, creemos importante señalar en primer lugar como el máximo intérprete de la constitucionalidad ha reconocido en la Constitución peruana un esencial componente multicultural:

Constitución, multiculturalismo y realidad social

13. El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.
14. Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad* contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.
15. Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanía diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada

cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad.

16. Es por ello que el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48º que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89º, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149º permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191º de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el diálogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.
17. Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa.

18. Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido convenio. O por el solo hecho de que tal convenio internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación.
19. Es por ello que el Tribunal debe estar atento al referido contexto a fin de repensar categorías jurídicas y derechos desde la perspectiva multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas, en procura de maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios [artículo 1b) del Convenio 169]. Esto implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de tal comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional”.

(Caso Tres Islas, STC N° 01126-2011-PHC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012, FJ. 13-19).

El Tribunal Constitucional peruano por vez primera se refirió al derecho consagrado en el artículo 2º, inciso 19) de la Constitución de 1993 en la STC N° 00872-1999-AA precisando algunos contenidos del derecho a la identidad cultural. En el precitado caso, la parte demandante solicitó que se suspendiera el traslado del monumento de Leoncio Prado, ubicado en la plazuela conocida como Santo Domingo, al parque llamado Gregorio Cartagena o a cualquier otro lugar, por considerar que este traslado ordenado por la Comuna Provincial de Huánuco atentaba contra su *identidad cultural*. En dicha ocasión el TC refirió que el derecho a la identidad cultural es *el derecho de las personas a tener su*

*propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica*¹⁸.

En cuanto a la relación entre el derecho a la identidad cultural y el de la identidad étnica, el máximo Colegiado Constitucional expresó que las citadas identidades mantienen una relación de especie a género¹⁹.

Además, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la identidad étnica no sólo cuenta con protección a nivel constitucional, sino también cuenta con tutela internacional, puntualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Precisó además que la vida cultural a la que tienen derechos los grupos minoritario también debe ser prerrogativa del grupo mayoritario, toda vez que el fenómeno cultural es inherente a todo grupo humano²⁰.

18 Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el Exp. N° 0872-1999-AA, fundamento 4.

19 Tribunal Constitucional, Exp. N° 00006-2008-PI: "(...) La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la *identidad cultural* como a la *identidad étnica*. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de "(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico"; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.

20 Tribunal Constitucional, Exp. N° 00006-2008-PI, fundamento N° 20: "(...) La identidad étnica, como especie del género 'identidad cultural', ha merecido también atención de la comunidad internacional. Así, el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: 'Artículo 27.- (...) a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma'".

El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término "vida cultural" utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que la existencia del fenómeno cultural es inherente a cualquier agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos.

En jurisprudencia reciente el alto órgano constitucional peruano ha señalado en relación a la identidad cultural:

8.1. El derecho a la identidad cultural

18. El derecho a la identidad cultural fue introducido como “novedad” en el texto constitucional de 1993, al establecerse en su artículo 2º, inciso 19), el derecho de toda persona:

“19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

19. La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la *identidad cultural* como a la *identidad étnica*. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.

20. La identidad étnica, como especie del género “identidad cultural”, ha merecido también atención de la comunidad internacional. Así, el artículo 27º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

“Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

21. El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos.

22. A partir de esta consideración, y conforme lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esto significa, considerando lo hasta aquí expuesto, que el artículo 2º, numeral 19) de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, se robustece en su interpretación a la luz del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, supone al mismo tiempo, un compromiso del Estado peruano con la comunidad internacional, en la medida que el Perú ha ratificado dicho Pacto con fecha 28 de abril de 1978 y, en la medida también, que conforme al artículo 55º de la Constitución, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional”.

(STC N 0006-2008-AI, de fecha 11 de junio de 2008, FJ. 18-22).

A la luz de lo manifestado, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado en relación a la identidad étnica, expresando que es aquella “facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”²¹.

El máximo intérprete de nuestra Constitución hace suya la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de derecho a la identidad étnica. Así, la precitada resolución reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa”. Y que tal derecho comprende: “a) El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b) El respeto a sus formas de organización. c) El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d) El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e) El derecho a no ser discriminados por razones de índole

21 Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-AA, fundamento 29º.

étnico-cultural. *f)* El derecho a expresarse en su propia lengua. *g)* El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. *h)* El respeto a sus estilos de vida. *i)* El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. *j)* El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. *k)* El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. *l)* El respeto a las tierras que comparten en comunidad. *m)* El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. *n)* El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda”²². Lo señalado evidencia que a nivel de jurisprudencia constitucional el Perú ha contado con interesantes pronunciamientos que permiten una mejor comprensión del tema en comentario.

Siendo un elemento esencial de la identidad cultural la lengua es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

(...)

13. Cabe tener presente, respecto al derecho lingüístico, lo siguiente: “(...) *se proclaman como derechos individuales, no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de expresar una identidad y un sentir colectivo*”.

14. De esta manera y buscando la defensa de este importante derecho, la Constitución Política del Perú, en el artículo 2º, inciso 19), reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, e incluso en el segundo párrafo establece que “*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*”. Y precisamente lo establece para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa.

STC N° 4719-2007-HC FJ. 13 -14

22 Tribunal Constitucional, Exp. N° 03343-2007-AA, fundamento 30º. Consulta: 15 de noviembre de 2012 <<http://www.tc.gob.pe>>

Ahora bien, un derecho que ocasiona tensión entre la clásica teoría general de los derechos fundamentales y la exigencia de los pueblos indígenas es el derecho a la consulta previa reconocido en el artículo 1.1 del Convenio N° 169 de la OIT, siendo la madre del cordero, pues numerosos conflictos sociales acaecidos entre comunidades y el Estado tienen como bandera el cumplimiento del citado atributo. El Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia ha señalado que la precitada prerrogativa le es inherente a las comunidades campesina y/o nativas del Perú, y ha expresado también que su naturaleza es colectiva. Así tenemos que:

“(…) El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, siendo constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En abstracto no corresponde determinar cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, es posible distinguir cuando menos tres modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21]. Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta.

7. Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado

internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta.

STC N° 0024-2009-AI FJ. 4-6

CONCLUSIONES

1. En realidad, los diversos conflictos sociales que operan tanto a nivel del Estado como de las empresas extractivas y las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, tienen como punto de partida en común el reconocimiento de la diversidad, la cual es reclamada por diversos grupos, reivindicando que la misma es relevante a fin de desarrollar sus proyectos de vida, materializando de esta forma el derecho humano a la vida.
2. En este contexto surge la noción de multiculturalismo, concepto de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias, no busca eliminarlas, teniendo como meta la integración.
3. Recientemente se ha venido proponiendo que para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, es más propicio emplear el término interculturalidad cuando se aborden temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas. Este concepto involucra no sólo el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad).
4. Hemos de significar que, en el actual contexto, los atributos esenciales que son reivindicados principalmente por las minorías se refieren

a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa, derechos lingüísticos, derecho a la autonomía comunitaria pudiendo ser regional, departamental, distrital etc., el derecho al ejercicio de la justicia comunitaria dentro del territorio indígena, a una educación intercultural bilingüe. Se tiene así un corpus de derechos de carácter colectivo, principalmente, enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y las minorías culturales, nacionales, entre otras.

5. En América Latina, los reclamos de reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, etc., son ubicuos en las minorías indígenas y pueblos autóctonos. Debido a ello es relevante señalar que el corpus de derechos que le es inherente a dichos pueblos ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante a partir de la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en 1989; así como en las constituciones políticas de los países de la región promulgadas en la década de los noventa en adelante. El contenido esencial de los derechos se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.
6. Además, los derechos fundamentales son, sin duda alguna, la base del Estado constitucional. Es deber del Estado asumir una posición de fomento y respeto a la multiculturalidad, que tenga en el diálogo intercultural su principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas. Ello no está exento de dificultades, como desarrollar los derechos de los pueblos indígenas: consulta previa, autodeterminación, ejercicio de justicia comunitaria por citar algunos, los cuales tienen un carácter colectivo, lo que colisiona con la dogmática limitada de los atributos de ejercicio individual, por lo que es impostergable una propuesta de replanteamiento de los derechos fundamentales, procurando que se respeten los derechos colectivos.
7. Más en detalle, los problemas que se afrontan bajo estas condiciones pueden resumirse en las siguientes interrogantes: ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el Convenio 169 de la OIT? y ¿cómo

resolver la tensión entre el universalismo de los derechos fundamentales con el multiculturalismo?

8. En este plano, debe valorarse adecuadamente el derecho a la identidad cultural, en virtud del cual las personas tenemos la prerrogativa de vivir según nuestra cultura, manteniendo nuestras características culturales propias como son el idioma, religión, modos de vida. Afirmar que se vive según nuestra cultura quiere decir vivir acorde con los valores y principios propios de ésta, que regulan sus relaciones dentro de la familia, escuela y la comunidad.
9. Relacionado con la identidad cultural encontramos a la identidad étnica. Esta última se refiere a las características (idioma, modos de vestimenta, modos de vida, instituciones organizativas, etc.) que una persona comparte con otras que pertenecen a su etnia. Es relevante para determinar, por ejemplo, políticas de Estado en materia de educación intercultural bilingüe.
10. Por consiguiente, en el Perú, el supremo intérprete de la Constitución, es decir, el Tribunal Constitucional, ha desarrollado en sus sentencias los temas relativos a la identidad cultural, al cual ha definido como “el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica”. En cuanto a su relación con la identidad étnica, el máximo Colegiado Constitucional ha referido que existe una relación de especie a género.
11. Por último, el Tribunal Constitucional agrega que el derecho a la identidad étnica no sólo cuenta con protección a nivel constitucional, sino también cuenta con tutela internacional, puntualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; ha precisado, además, que la vida cultural a la que tienen derechos los grupos minoritario también debe ser prerrogativa del grupo mayoritario, toda vez que el fenómeno cultural es inherente a todo grupo humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert: *Tres Escritos sobre derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*, 2ª. edición, APRODEH, Cuzco, 2010.
- Boven, Theodor C. van: “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. “Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos”*, Vasak, Karel (editor), vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
- Fernández Rodríguez, José Julio y Arguello Lemus, Jacqueline: “Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”, en: Revista *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, Febrero, N° 16, Lima, 2012.
- Gutiérrez, Ignacio: *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- Jiménez, Pablo: “El Amparo Colectivo”, en: AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Editorial Universidad, S.R.L., Buenos Aires, 2005.
- Kymlicka, Will: *Ciudadanía multicultural*, Editorial Paidós, Barcelona, 1996.
- Maiorano, Jorge L.: “Amparo colectivo, legitimación del defensor del pueblo”, en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional*, Masciotra, Mario (Director) y Enrique Antonio Carelli (Coordinador), AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 2006.
- Parekh, Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo- Diversidad Multicultural y Teoría Política*, Istmo, Madrid, 2005.
- Peña Jumpa, Antonio: *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2009.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 4ª. edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005.
- Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto 2012. Ponencia de Rolando

Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.

- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Publicada por *El Comercio*, Lima, 2005.
- Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*, traducción del italiano de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Editorial Grupo Santillana, Santa Fe de Bogotá, 2001.
- Vasak, Karel: “Los derechos humanos como realidad legal”, en: VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. “Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos”*, Karel Vasak (editor), Vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

- Exp. 0018-1996-I Sevicia
- Exp. 0872-1999-AA
- Exp. 4232-2004-AA
- Exp. 0042-2004-AI Toros
- Exp. 0020-2005-PI y 0021-2005-I hoja de coca
- Exp. 6167-2005-HC
- Exp. 4719-2007-HC Derechos lingüísticos
- Exp. 4611-2007-AA
- Exp. 3343-2007-AA
- Exp. 6316-2008-AA
- Exp. 0006-2008-PI
- Exp. 0006-2009-PI Carrera Judicial
- Exp. 0022-2009-PI
- Exp. 0023-2009-PI
- Exp. 0025-2009-PI
- Exp. 0028-2009-AI
- Exp. 5427-2009-PC

Breves apuntes sobre el Sistema Electoral Peruano

Los abusos del poder por un lado y las malas costumbres por otro, ejercen tal presión sobre la voluntad de los electores que casi nunca el escrutinio general de las ánforas expresa el verdadero sentimiento popular. En estas jóvenes repúblicas hay que proceder a la Reforma Electoral destruyendo preocupaciones inveteradas y formando buenos hábitos por medio de la instrucción de sus masas, resultado fácil de alcanzar atendiendo a su poca población.

José María Quimper. Derecho Político General, (1887)

Raúl Roosevelt Chanamé Orbe*

*Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
abogado@terra.com*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes históricos del sistema electoral peruano. 3.- La organización electoral en las constituciones del Perú. 4.- El sistema electoral: órganos integrantes. 5.- El Jurado Nacional de Elecciones (JNE). 5.1. Conformación y miembros. 5.2. Funciones. 5.3. Instancias en materia electoral. 5.4. Instancia final. 5.5. El Recurso extraordinario. 5.6. Irrevisibilidad de las resoluciones del JNE. 6.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales. 7.- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). 8.- La reforma electoral: oportunidad impostergable. 9.- Principales puntos a reformar. 9.1. ¿Por qué un Código Único?. 9.2. La cuota paritaria. 9.3. Intangibilidad legislativa. 9.4. La cuota nativa. 9.5. Elecciones primarias y obligatorias. 9.6. Financiamiento de los partidos políticos. 9.7. Las Dádivas. **CONCLUSIÓN.**

* Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones. Abogado. Doctor por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Posee Postgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza y Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, España. Diplomado en Políticas Públicas por la George Washington University, EE. UU. Profesor Honorario de la Universidad Autónoma de México. Es profesor principal de la cátedra de Historia del Perú en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1.- INTRODUCCIÓN

La vigencia y legitimidad de un régimen democrático se sustenta en el respeto irrestricto de las instituciones propias de un Estado Constitucional de Derecho, desde luego forma parte de esas instituciones, entre otras, la alternancia en el poder, el derecho al sufragio, y el pluralismo político; el respeto que se exige a esas instituciones requiere de procesos periódicos, transparentes y eficaces. Así como administrar justicia sobre las posteriores controversias generadas a partir de las solicitudes de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos de participación y control político. Todo ello da lugar al sistema electoral de un determinado Estado.

Intentar definir un sistema electoral es difícil en tanto identificar las reglas que de ella emanan a efectos de viabilizar un régimen político único e ideal que funcione cabalmente en una determinada sociedad.

Al respecto, refiere Diether Nolhen, que en relación al sistema electoral existe una literatura considerable, hoy bastante indiscutida, que los entiende como el procedimiento de conversión de los votos en cargos ejecutivos y legislativos. En América Latina, el concepto es usado a menudo de manera poco preciso. De esta forma se aplica, entonces, para todo lo que tenga que ver con elecciones y sus leyes y reglamentos como, por ejemplo, la organización electoral¹.

Por su parte, Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama señalaron que el sistema electoral se entiende como un conjunto de mecanismos y procedimientos que permiten trasladar la voluntad popular a la conformación de los principales niveles de dirección del Estado².

Ahora bien, el presente trabajo es una revisión y análisis de cómo se ha ido estructurando históricamente nuestro sistema electoral y como se encuentra

-
- 1 Nolhen, Dieter. *Sistemas electorales y gobernabilidad*. En http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_1_63.pdf?noga=1, p. 2. Fecha: 20.05.2017
 - 2 Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama. *Representación política para el Estado constitucional*. *Revista peruana de Derecho Constitucional*. Editorial Nueva Época. Tomo 3. Año-2010, p. 91

organizado actualmente, en tal sentido, daremos a conocer las normas y principios que rigen, guían y orientan nuestro sistema electoral vigente.

A propósito de ello, en el capítulo final se dará a conocer el empedrado camino en el cual se ha enrumbado los fallidos intentos por introducir una reforma electoral en nuestro país, asimismo, se desarrollará los principales puntos que a consideración nuestra y a propuesta del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) debería de tratarse con la nueva oportunidad que ha surgido para la aprobación en el Congreso de la República la tan ansiado Código.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SISTEMA ELECTORAL PERUANO

Una de las principales características de los sistemas democráticos viene dado por la titularidad del poder para la toma de decisiones sobre la cosa pública, dicho poder suele residir, teóricamente, en los integrantes de una determinada comunidad, que a su vez lo transmitirán a quienes consideran como los representantes legítimos de su voluntad.

Este camino de transmisión y representación supone reglas, procedimientos y es precisamente en donde actúa lo que inicialmente se denominó con la Constitución de 1823: el poder electoral.

Un rápido análisis de la historia de nuestro sistema electoral nos arroja hasta tres etapas marcadas de lo que ahora conocemos como sistema electoral. La primera etapa se inicia en 1822 y va hasta 1931 mientras que la segunda etapa se ocupa desde el año de 1931 hasta el año 1993, ese además es el año que da inicio a la tercera etapa hasta nuestros días.

El debate sobre sistemas electorales en el ámbito nacional en la gran mayoría de países tiene como punto de referencia casi exclusivo la propia historia electoral del país³.

3 Nohlen, Diether. Desarrollo internacional de los sistemas electorales y de su evaluación. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Democracia Representativa y Derecho Electoral. Nueva Época N° 03, p. 17

En tal sentido, veamos las circunstancias y los aspectos centrales que caracterizan a cada una de estas etapas para un mejor entendimiento acerca de la evolución y consolidación de nuestro sistema electoral.

a) PRIMERA ETAPA: INCIPIENTE

En 1822, convocados por don José de San Martín, se van a realizar las primeras elecciones para escoger a los representantes al Congreso Constituyente, cabe señalar que los procesos previstos para estos fines solo se realizarían en los departamentos que se encontraban ocupados por las fuerzas realistas⁴.

Una característica resaltante de este primer periodo venía dado por las cualidades del elector, es decir, el reconocimiento de la ciudadanía se otorgaba a aquellos que se encontraban casados o mayores de 25 años que contaban con una profesión o renta fija. El voto universal no es propio de esta primera parte, sino el sufragio censitario.

La descripción de las circunstancias del primer proceso eleccionario de 1822 para el Congreso Constituyente no es casual sino que con ello se va a manifestar la etapa inicial y perdurará hasta 1931, año en el que se promulga el Estatuto Electoral.

Este no solo será el primer periodo inicial sino el más extenso, durante este tiempo se dio la primera Ley Electoral en 1824, asimismo, se promulgaron hasta nueve constituciones.

Ha señalado Luis Maco que la creación de las Juntas Departamentales por parte de la Ley Electoral de 1824 constituye una primera tentativa de con-

4 Véase el Reglamento Provisional de 1821 en el cual su art. 1° señalaba que: el territorio que actualmente se halla bajo la protección del ejército Libertador se dividirá en cuatro departamentos, comprendido en estos términos, los partidos del Cercado de Trujillo, Lambayeque, Piura, Cajamarca, Huamachuco, Pataz y Chachapoyas formaran el departamento de Trujillo con las doctrinas de su dependencia: los de Tarma, Jauja, Huancayo y Pasco formaran el departamento de Tarma: los de Huaylas, Cajatambo, Conchucos, Huamalíes y Huanuco formaran el departamento de Huaylas: los de Santa, Chancay y Canta formaran el departamento denominado de la Costa.

formar una entidad que velara por la legalidad de las elecciones y por tanto puede considerárselas antecesoras del JNE.

b) SEGUNDA ETAPA: ESTATUTARIA Y ORDENADA

El punto trascendental de este periodo lo constituye la promulgación del Decreto Ley 7177, ley que crea el Estatuto Electoral y también el Jurado Nacional de Elecciones, consideramos relevante porque se diseñará un sistema de manera más organizado. Para Domingo García Belaunde esto constituye el primer esfuerzo técnico para crear un organismo electoral que permita que se reflejen en escaños lo que expresan los votos. Este mismo autor, citando a Jorge Basadre, dirá muy claramente que en el Perú nació científicamente el sistema electoral en 1931⁵.

La conformación y competencias del Jurado Nacional de Elecciones que emanaban de este Estatuto Electoral serán explicadas más adelante, por lo pronto señalaremos que el novísimo JNE llevó a cabo las elecciones presidenciales de ese mismo año en el que fue elegido el candidato Luis M. Sánchez Cerro.

El órgano electoral, en el cual se concentraban todas las actividades tendientes a convertir los votos en escaños, es decir a manifestar la voluntad de los ciudadanos por medio de la representación política, sería proclamado un ente autónomo, denominado como Poder electoral⁶.

En esta segunda etapa de nuestro sistema electoral se realizarían doce elecciones presidenciales generales y sobrevivirá a dos Constituciones la de 1933 que le dio autonomía y a la de 1979 que la desarrolló en 8 de sus 307 artículos.

c) TERCERA ETAPA: SISTEMA TRIPARTITO

Si la segunda etapa se inició con un Estatuto esta tercera y última etapa lo hará con la Constitución de 1993, lo dispuesto en esta Carta va a modificar

5 García Belaunde, Domingo. El nuevo sistema electoral en el Perú. Gaceta Jurídica; Lima, 1996, p. 36

6 Art. 88 de la Constitución de 1933: El Poder electoral es autónomo (...)

sustancialmente la forma como se había pensado la configuración del sistema electoral.

Para muchos, el nuevo sistema electoral que surge de este documento, ha nacido con un gran error pues va a separar o delimitar las competencias de los tres órganos que conforman el sistema electoral y los dota de autonomía, asimismo omite en señalar cuál de ellos será el ente rector o estará por encima de los mismos.

En este periodo, pese a lo señalado, se verá un mayor orden en la administración electoral, las competencias se van a definir según los órganos integrantes, los mismos que trabajarán de manera coordinada entre sí a fin de garantizar procesos electorales transparentes que preserven la institucionalidad y el orden democrático.

3.- LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

Si bien es cierto que al momento de analizar la periodificación de nuestro sistema electoral partimos desde 1822 este podría encontrarse aún más atrás pues si tomamos en cuenta el artículo primero de la Constitución de Cádiz de 1812 según el cual la nación española era la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios podríamos sostener que los efectos de esa constitución se extendían a todas las colonias regidas por España. Siendo así, el antecedente más remoto de la organización electoral la encontramos en su art. 34° en el cual se señalaba que para la elección de los diputados de las Cortes se celebrarán Juntas Electorales de parroquia, de partido y de provincia.

No obstante, la doctrina mayoritaria ha considerado la existencia del sistema electoral a partir de las doce cartas constitucionales que nos han regido tomando en consideración la de 1993⁷.

7 Respecto de las constituciones que ha tenido el Perú, Domingo García Belaunde señala que el Perú ha tenido solo once constituciones y son las siguientes: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979. (García Belaunde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones. Tercera Edición. Año-2016, p. 28)

En atención a ello, desarrollaremos en este acápite el sistema, en tanto organización electoral, que se ha ido empleando o estableciendo desde la Constitución de 1823, documento con el cual se inicia la vida republicana de nuestro país, hasta el actual de 1993.

Las dos primeras constituciones de 1823 y la de vitalicia de 1826 que inauguran nuestra etapa republicana contemplaban un Poder electoral a fin de organizar, administrar y dirigir los procesos electorales para escoger representantes ante el parlamento. Asimismo se va a dar inicio además a una larga tradición del voto indirecto a través de colegios electorales que durará hasta la Constitución liberal de 1856.

En lo sucesivo las constituciones de 1828, 1834 y 1839 van a contemplar la figura de los colegios parroquiales y provinciales. El artículo 12° de la Constitución de 1834 señalaba que los cuerpos electorales se componían de todos los ciudadanos con derecho al sufragio. Cada 200 individuos elegían un elector parroquial, a su vez los colegios electorales de provincias estaban conformados por la reunión de los electores parroquiales. Mientras que el artículo 27 de la Constitución de 1839 señalaba que las calidades de los elegibles, el modo de organizar los colegios electorales y la forma de sus procedimientos, los detallaría una ley.

La constitución liberal de 1856 introducía el sufragio directo⁸. La organización electoral se establecía por ley, no obstante en su art. 55° inc 7 señala que era una de las atribuciones del Congreso proclamar la elección del Presidente, asimismo su artículo 76° dispuso que el Congreso hará la apertura de las actas electorales, su calificación y escrutinio.

Las constituciones de 1860 y 1867 no solo conservarán el sufragio directo establecida por su antecesora sino además dispondrán en igual sentido el manejo por parte del Congreso respecto de las elecciones presidenciales. Es por ello que Valentín Paniagua Corazao, citando a Víctor Andrés Belaunde,

8 Art. 37° Constitución de 1856.- El sufragio popular es directo: lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen una propiedad raíz, o se han retirado, conforme a ley, después de haber servido en el ejército o armada.

señala que: se comprobaba, con amargura, que en el Perú no existía ni había habido jamás «verdad electoral» ni «sufragio libre» y que las elecciones habían sido siempre «una comedia» y «una imposición del gobierno y de la mayoría del Congreso». Era verdad en 1914 y lo sería también hasta muy entrados los años sesenta⁹.

Ya en siglo XX, la Constitución de 1920 no se va a diferenciar mucho de sus antecesoras; no obstante incorporará en su Título sexto las garantías electorales que no precisamente serán reglas para los procesos sino condiciones para el ejercicio del derecho al sufragio. El procedimiento en específico seguía residiendo en la ley, así lo estipulaba en su artículo 67°.

Con la Constitución de 1933 se va a recoger la novísima creación dispuesta por el Decreto Ley 7177 de 1931, se le va a denominar poder electoral y se le va a dotar de plena autonomía. Hará lo propio la Constitución de 1979, el cual dispondrá la conformación del único órgano encargado de la administración electoral¹⁰, así como delimitará sus funciones¹¹. El Jurado Nacional de Elecciones será regulado en 8 de sus 307 artículos.

9 Paniagua Corazao, Valentín. El derecho de sufragio en el Perú. Extraído de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/OED69473FA727103052575630065E5FF/\\$FILE/articulo_04abc.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/OED69473FA727103052575630065E5FF/$FILE/articulo_04abc.pdf). Fecha de consulta: 20.05.2017

10 **Artículo 287.**—El Jurado Nacional de Elecciones, con sede en la Capital de la República, está constituido por siete miembros:

- 1.- Uno elegido por la Corte Suprema de Justicia entre sus magistrados jubilados o suplentes quien preside el Jurado. art.287, Uno elegido por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.
- 2.- Uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima.
- 3.- Uno elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales y
- 4.- Tres elegidos por sorteo entre los ciudadanos propuestos por los Jurados Regionales de Norte, Centro y Sur de la República, de acuerdo a ley.
- 5.- Al tiempo de designarse los miembros titulares se procede a nominar a los suplentes de cada uno de ellos.

11 **Artículo 286.**—El Jurado Nacional de Elecciones tiene a su cargo los procesos electorales. Le compete conocer las materias relativas al ejercicio del derecho del sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de credenciales, los procedimientos electorales y las demás señaladas en la ley.

Mención especial merece lo dispuesto por la Constitución de 1993 para nuestro sistema electoral, toda vez que no solo establecerá en el Capítulo XIII un Sistema Electoral sino además regulará las funciones y competencias de los tres órganos que formarán parte de este sistema, la inclusión del ONPE y el RENIEC posibilitan una coordinación entre sí para dotar de transparencia y dar mayor legitimidad a las autoridades electas.

4.- EL SISTEMA ELECTORAL: ÓRGANOS INTEGRANTES

El sistema electoral como capítulo XIII del Título IV de nuestra Constitución Política, en virtud del cual se regula la estructura del estado no obedece a un error conceptual como lo ha observado Blancas Bustamante, quien señala: Este artículo al referirse al sistema electoral, entendiendo por tal aquel cuya finalidad es planear, organizar y ejecutar los procesos electorales con la finalidad de que estos traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y, asimismo, que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector, incurre en un serio error conceptual y terminológico al bautizar como sistema electoral al conjunto de organismos encargados de realizar aquellos fines¹².

No obedece a un error, en tanto que el sistema electoral puede entenderse, desde una doble perspectiva, esto es desde una mirada amplia o extensa la cual tomará en cuenta los organismos que conforman un determinado sistema encargados de la organización que se requiere a efectos de concretizar procesos destinados a materializar la voluntad de los electores, de ahí que el artículo 177° de la Constitución señale que: El sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones; mientras que desde una perspectiva restringida o estricta se hará mención al sistema o las reglas pertenecientes a un determinado sistema para que las votaciones se traduzcan en escaños.

12 Blancas Bustamante, Carlos. Sistema Electoral. Constitución comentada artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica

Es en este segundo sentido, tal vez más difundido mas no el único, en el que Lijpharj va a definirlo como un conjunto de reglas electorales esencialmente inalteradas bajo las que se han celebrado una o más elecciones sucesivas en una democracia concreta. Si se produce un cambio significativo en una o más de una de las cuatro dimensiones de los sistemas electorales (la magnitud de circunscripción, el nivel mínimo de apoyo de los partidos, el número total de escaños de las cámaras legislativas) significa que debemos distinguir un nuevo sistema electoral. Este cambio significativo está en relación con la fórmula electoral¹³.

De modo que, el sistema electoral viene comprendido tanto para los organismos que lo conforman así como las reglas propiamente diseñadas para la traducción de votos en escaños.

5.- EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES (JNE)

En los 196 años de vida republicana que tiene el Perú ha sido gobernado en su mayor parte por gobiernos de facto o militares de ahí que en 1931, mediante el Decreto Ley N° 7177, Estatuto Electoral, la Junta de Gobierno Nacional decidiera crear el Jurado Nacional de Elecciones con sede en la capital.

Su composición originaria lo establecía el artículo 77° del Estatuto Electoral y se conformaba de la siguiente forma:

- a. El Fiscal más antiguo de la Corte Suprema como presidente.
- b. Un delegado de cada una de las universidades nacionales y
- c. Cuatro miembros designados entre los personeros de los Jurados departamentales.

El Jurado Nacional de Elecciones nació único y concentraba la aplicación de las normas y principios orientados a la organización de procedimientos que reflejarían la libre, fiel y transparente voluntad de los electores.

Su aparición, sostiene Francisco Távara, ayudó a dar estabilidad a la gran inestabilidad del momento, en ese periodo tuvimos como presidente a Mariano Gil Maldonado, quien se sentó en el sillón de Pizarro, el 01 de marzo

13 Lijphart, Arend (1995) *Sistemas electorales y sistemas de partidos*. Madrid, Centros de Estudios Constitucionales.

de 1931, tan solo por horas. ¡imagínense! Seis presidentes, seis gobiernos, en solo siete meses¹⁴.

El JNE, no solo es un organismo electoral constitucionalmente autónomo sino además es la máxima autoridad del sistema electoral tiene como finalidad garantizar el derecho de elegir y ser elegido, velando por el respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales.

Es el órgano fiscalizador del sistema electoral. No solo fiscaliza el padrón electoral elaborado por la RENIEC antes de enviarlo a la ONPE, sino también fiscaliza la legalidad de la realización de los procesos electorales y del ejercicio del sufragio. También vela por el cumplimiento de las normas sobre materia electoral, sobre organizaciones políticas etc.

Finalmente proclama a los candidatos elegidos y les expide las credenciales correspondientes.

5.1.Conformación y miembros

La conformación de los miembros del JNE, como se ha visto, ha ido variando desde que se creó en 1931. En sus inicios lo presidía el Fiscal más antiguo de la Corte Suprema, actualmente se hace en votación secreta entre todos sus miembros titulares.

El Pleno¹⁵ del JNE es la máxima autoridad según lo establece el art.179° de la CP se encuentra conformado de la siguiente manera:

-
- 14 Távora, Francisco. El modelo peruano. Retos y desafíos de la justicia electoral en el país. En Justicia Electoral en América latina. Mecanismos de Resolución de conflictos: Experiencias comparadas. Fondo editorial Jurado Nacional de Elecciones. Año-2016, p, 251
 - 15 **Artículo 180° de la Constitución Política.**- Los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no pueden ser menores de cuarenta y cinco años ni mayores de setenta. Son elegidos por un período de cuatro años. Pueden ser reelegidos. La ley establece la forma de renovación alternada cada dos años. El cargo es remunerado y de tiempo completo. Es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial. No pueden ser miembros del Pleno del Jurado los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación.

1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.
2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

5.2. Funciones

Las funciones que realiza el JNE emanan de la Constitución Política de 1993, así como de su ley Orgánica, la Ley N° 26859. Estas funciones o competencias van a ser diversas y se van a desarrollar en distintos campos.

i) Función administrativa

- a. Determina las circunscripciones administrativo-electorales y las sedes de los JEE.
- b. Acredita a los observadores electorales nacionales e internacionales, además de los personeros de las organizaciones políticas y a las encuestadoras electorales.
- c. Administra el servicio de dispensas por omisión al sufragio o inasistencia a la instalación de la mesa de sufragio.

ii) Función registral

- a. Mantiene y custodia el Registro de Organizaciones Políticas a través del Registro de Organizaciones Políticas.
- b. Mantiene el Registro de Encuestadoras Electorales, autoridades electas y otros.
- c. Mantiene el registro de Personeros, Candidatos y Observadores Electorales.

iii) Función jurisdiccional

La jurisdicción en su significado literal *juris dictio* consiste en declarar el derecho o decir el derecho, en ello consiste la administración de justicia que según la teoría de separación de poderes le correspondería al Poder Judicial. En efecto, el artículo 138° de nuestra Constitución así lo faculta.

Ahora bien, cuando el art. 139° señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: la unidad y exclusividad (...). Incurre en error, toda vez que ha quedado ampliamente demostrado y así se ha aceptado la existencia de tribunales que según su especialidad administran justicia en el ámbito de su especialidad.

Este error consiste en que no solo los tribunales militares y arbitrales pueden ejercer la jurisdicción. También lo hacen en materia de sus competencia y altamente especializada el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de Magistratura, el Tribunal Constitucional. La Constitución, en el segundo párrafo de este inciso abre la puerta para una apreciación equivocada de que estos tres órganos no tienen jurisdicción. A ello debemos añadir que las autoridades de las comunidades nativas y campesinas también ejercen función jurisdiccional bajo ciertas circunstancias y requisitos en atención a lo dispuesto en el artículo 149°¹⁶.

En ese sentido, habilitada la función jurisdiccional para el Jurado Nacional de Elecciones en materia de su competencia, podemos señalar que se encuentran comprendidos en el ámbito de sus competencias lo siguiente:

- a. Inscribe candidatos/a la Presidencia y Vicepresidencia de la República y representantes al Parlamento Andino.
- b. Resuelve las apelaciones sobre inscripción de candidatos/as para los cargos de congresista, presidente, vicepresidente y consejero regional, alcalde y regidor municipal.

16 Távora Córdova, Francisco. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Tomo III, p. 35-36

- c. Resuelve las apelaciones sobre tacha contra candidatos/as a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, representantes ante el Parlamento Andino, congresista, vicepresidente y consejero regional, alcalde y regidor municipal.
- d. Resuelve las apelaciones sobre actas electorales observadas y actas impugnadas.
- e. Declara las nulidades, totales o parciales, de los procesos electorales, de referéndum y otras consultas populares.
- f. Proclama los resultados electorales, a los candidatos electos y otorga credenciales correspondientes.
- g. Resuelve las apelaciones contra la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- h. Resuelve las apelaciones contra la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas.
- i. Resuelve las apelaciones contra las Resoluciones de los Jurados Electorales Especiales (JEE)
- j. Se pronuncia en última instancia en los procesos de vacancias y suspensión de autoridades regionales y municipales.
- k. Resuelve los recursos extraordinarios por afectación al debido proceso a la tutela procesal efectiva, respecto de sus propias resoluciones.

5.3. Instancias en materia electoral

El JNE posee competencias para administrar justicia en materia electoral, este ámbito de actuación del JNE no solo se restringe a los procesos electorales sino además se extiende permanentemente a la resolución de las controversias o incertidumbres jurídicas electorales que se susciten a raíz de las solicitudes de los ciudadanos ya sea en el ejercicio de sus derecho de participación política, ya sea realizando control sobre sus autoridades.

Veamos, la estructura orgánica del JNE contempla a la Dirección Nacional de Registro de Organizaciones Políticas estatuido por la Ley de Organizaciones Políticas, Ley 28094 y regulada por el Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas aprobado por la resolución N° 208-2015-JNE, en el cual se señala que la principal función del DNROP es, precisamente la inscripción de las organizaciones políticas, de manera que estas, una vez

reunidos los requisitos que exige la norma para su constitución se dirigirán a la DNROP y solicitarán su inscripción, la misma que puede ser aceptada o denegada, en el segundo caso se contempla una apelación.

Asimismo, en cuanto a los Jurados Electorales Especiales¹⁷, estos son de carácter temporal según lo dispuesto por el art. 31° de la Ley Orgánica del JNE y resolverán en primera instancia por ejemplo las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos, proclama candidatos, puede declarar, en primera instancia, la nulidad del proceso electoral, resuelve impugnaciones acaecidas durante las votaciones, etc. todas estas decisiones, si bien es cierto agotan la primera instancia, también es cierto que son recurribles por medio del recurso de apelación.

Ahora bien, cuando se trate de ejercitar los derechos de control ciudadano se podrá optar ya sea por la vacancia o suspensión de una autoridad municipal o regional siempre que se haya incurrido en algunas de las causales previstas en la Ley Orgánica 27972 para las municipales y la Ley Orgánica N° 27867 para las regionales. En este caso la primera instancia viene determinada por los miembros del consejo quienes en sesión de consejo y debidamente notificados con los puntos de agenda resolverán sobre la vacancia o suspensión de las autoridades que las componen, los resultados pueden ser distinto, pues se logrará la vacancia con dos tercios de la cantidad de consejeros e igual número para la suspensión de lo contrario se tendrá por rechazada, en ambos casos estas decisiones también son recurribles por medio del recurso de apelación.

-
- 17 Estos órganos transitorios o temporales se constituyen por cada departamento y van a estar conformados de la siguiente forma:
- a) Un juez superior titular en ejercicio de la corte superior bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del jurado electoral especial, quien lo preside.
 - b) Un miembro designado por el Ministerio Público, elegido entre sus fiscales superiores en actividad y jubilados.
 - c) Un miembro titular y un suplente designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco ciudadanos que residan en la sede del jurado electoral especial y que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Dicha lista es elaborada mediante selección aleatoria sobre la base computarizada de los ciudadanos de mayor grado de instrucción en cada circunscripción electoral.

5.4. Instancia final

El JNE resuelve en última instancia todo lo que se ha explicado en el ítem anterior, así lo dispone el artículo 181° de la Constitución.

Asimismo, cabe señalar que esta facultad se extiende para procesos que se hayan iniciado ante el ONPE o RENIEC.

Para la resolución de las controversias jurídicas electorales el JNE observará lo dispuesto, por ejemplo para el caso de vacancias municipales las causales previstas en los artículos 11° y 22° mientras que para la suspensión se remitirá al artículo 25° del mismo cuerpo de leyes.

Para el caso de las autoridades regionales hará lo propio con el artículo 30° para la vacancia, mientras que para la suspensión observará lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Cabe señalar además que el Pleno del JNE se remite a los criterios establecidos en su jurisprudencia, en ese sentido y en los procesos más recurrentes como son la vacancia por causal de nepotismo y por causal de restricción, el proceso se iniciará siempre que se acredite estar domiciliado en la región, provincia o distrito donde se encuentre la autoridad de quien se solicita su vacancia o suspensión.

En ese sentido, en la causal prevista en el inciso 8 del art. 22 (causal de nepotismo) de la Ley Orgánica de Municipalidades, el máximo órgano electoral ha dispuesto en la resolución 658-A-2009-JNE que para la configuración de esta causal deberá cumplirse con acreditar los siguientes tres elementos:

- (i) La existencia de una relación de parentesco en los términos previstos en la norma, entre el funcionario involucrado y la persona contratada.
- (ii) La existencia de una relación laboral o contractual entre la entidad a la cual pertenece el funcionario y la persona contratada, y,
- (iii) El ejercicio de influencia directa o indirecta por parte del funcionario involucrado para el nombramiento o contratación de tal persona.

Este criterio es el que se ha ido imponiendo en adelante tal como lo acreditan las resoluciones 787-2013- JNE, 601-2013- JNE, 218-2013 - JNE y 636-2013-JNE.

Por otra parte respecto a la causal prevista en el inc. 9° del art 22 de la LOM que prevé, conjuntamente con el art. 63 del mismo cuerpo de leyes, la causal de vacancias por restricciones a la contratación, el JNE ha establecido en la Resolución N° 144-2012-JNE que para la configuración de esta causal se deberá cumplir con acreditar los siguientes supuestos:

- a. Si existe un contrato, en el sentido amplio del término, con excepción del contrato de trabajo de la propia autoridad, cuyo objeto sea un bien municipal.
- b. Se acredite la intervención, en calidad de adquirente o transferente, de:
 - i) El alcalde o regidor como personal natural.
 - ii) El alcalde o regidor por interpósita persona.
 - iii) Un tercero (persona natural o jurídica), con quien el alcalde o regidor tenga un interés propio o un interés directo.

Interés propio: En caso de que la autoridad forme parte de la persona jurídica que contrata con la municipalidad en calidad de accionista, director, gerente, representante o cualquier otro cargo.

Interés directo: En caso de que se acredite interés personal del alcalde o regidor cuestionado con el tercero; para ello es necesario verificar si existe una evidente relación de cercanía, conforme se estableció en la Resolución N.º 755-2006-JNE, de fecha 5 de mayo de 2006, mediante la cual se vacó al alcalde al verificarse que el concejo municipal compró un terreno de propiedad de su madre.

- c) Si, de los antecedentes, se verifica que existe un conflicto de intereses entre la actuación del alcalde o regidor en su calidad de autoridad y su posición o actuación como persona particular.

En ambos casos el análisis que hace el máximo ente electoral, respecto de los criterios señalados, se caracteriza por ser secuencial y de existencia simultánea, de manera que de no concurrir el siguiente criterio o supuesto se deja sin efecto la revisión de los posteriores y se tiene por rechazado el recurso.

5.5. El Recurso extraordinario

El recurso extraordinario viene a ser un medio impugnatorio con el cual se recurre lo resuelto por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones a fin de salvaguardar los derechos del debido proceso y tutela procesal efectiva. Este recurso encuentra su origen en la jurisprudencia del máximo Tribunal Electoral, específicamente fue aprobado mediante la resolución 306-2005-JNE.

A diferencia de otros recursos extraordinarios como el de casación en la vía civil o el de agravio en el constitucional, el recurso extraordinario electoral es resuelto por el mismo órgano que emitió la decisión.

El plazo para la interposición de este recurso es de tres días y corre a partir del día siguiente de su notificación y si no se ha fijado domicilio procesal en el radio urbano señalado por la resolución N° 622-2013-JNE, el plazo se inicia desde que la resolución, que se pretende recurrir, fue publicada en la web del JNE.

Este recurso tiene por finalidad constituirse como un mecanismo de carácter excepcional que le permita al Jurado Nacional de Elecciones tutelar los derechos de orden procesal que pudiesen haber sido afectados en el marco de los procedimientos seguidos ante el referido órgano constitucional¹⁸.

18 Resolución N° 658-A.2009-JNE FJ 2

5.6. Irrevisibilidad de las resoluciones del JNE

En cuanto a este punto ha mencionado el Tribunal Constitucional que: las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142° y 181° de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal¹⁹.

No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva²⁰.

Como se puede apreciar, lo señalado por el Tribunal deja abierta la posibilidad de plantear amparos electorales para poder recurrir las decisiones del máximo ente electoral siempre que este mediante sus resoluciones afecte derechos fundamentales. Cabe señalar además que en el ejercicio de sus competencias no podrá el TC resolver controversias sobre el fondo, es decir, sobre materia electoral sino únicamente controlar la legalidad de la decisión y el respeto hacia los derechos fundamentales de los mismos.

19 Exp. N.° 5854-2005-PA/TC Fj 20 (Caso: Lizana Puelles)

20 Exp. N.° 5854-2005-PA/TC Fj 21 (Caso: Lizana Puelles). Así también se ha señalado: Este Colegiado ha establecido en reiterada jurisprudencia que es posible someter a control las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones cuando éstas, eventualmente, resulten violatorias de los derechos fundamentales, enfatizando que ningún poder público mediante acto u omisión puede afectar el contenido de los derechos fundamentales y encontrarse exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide en lo que a la materia constitucional respecta se ubica este Colegiado. Desde luego el referido órgano electoral no se halla al margen de este imperativo constitucional. (EXP. N.° 01064-2011-PA/TC FJ 2)

iv) Función normativa

- a. Propone proyectos de ley en materia electoral.
- b. Reglamenta las leyes electorales y aplicación de normas referidas a esta materia.

v) Función educativa

- a. Desarrolla programas permanentes de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía. Para tal efecto está facultada a suscribir convenios con diversas instituciones.
- b. Diseña y ejecuta programas de capacitación electoral dirigidos a los funcionarios del Jurado Nacional de Elecciones en cada proceso electoral.
- c. Desarrolla proyectos de investigación y estudios en materia electoral y municipal.
- d. Desarrolla programas de especialización en materia electoral a través de la Escuela Electoral y Gobernabilidad, reconocida mediante Ley N° 29688

vi) Función fiscalizadora

- a. Fiscaliza la legalidad de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares.
- b. Fiscaliza la legalidad del ejercicio del sufragio de la ciudadanía.
- c. Fiscaliza la legalidad en la elaboración de los padrones electorales, así como su actualización y depuración final previa a cada proceso electoral.
- d. Fiscaliza la elección de Consejos de Coordinación Local, Consejos de Coordinación Regional y afines. Asimismo, fiscaliza elecciones similares a solicitud de parte de las organizaciones que lo requieran.
- e. Fiscaliza la existencia de comités partidarios durante el proceso de inscripción de organizaciones políticas.
- f. Fiscaliza las declaraciones juradas de las hojas de vida de los candidatos.

6.- LA OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES

La oficina Nacional de Procesos Electorales es un organismo electoral constitucional autónomo que forma parte del Sistema Electoral Peruano.

En virtud del artículo 182° de la Constitución Política de 1993 será el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)²¹ quien se encargue, mediante concurso público, de designar al Jefe de esta institución por un periodo de (04) cuatro años los cuales pueden ser renovables. Los miembros de esta institución están afectos a las mismas incompatibilidades que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones.

Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala.

Entre otras funciones podemos señalar además que ONPE se encargará de i) dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la libertad personal durante la realización de los comicios, Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. (Art 186° CP) ii) establecer el número, ubicación y organización de las oficinas descentralizadas de Procesos Electorales de acuerdo con las circunscripciones administrativas electorales, iii) Obtener los resultados de los procesos electorales y remitirlos al Jurado Nacional de Elecciones y iv) verificar y controlar la actividad económica financiera de los partidos políticos.

21 El artículo 150° de la Constitución Política de 1993 señala que el CNM se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

7.- EL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL (RENIEC)

El RENIEC también es considerado un organismo constitucionalmente autónomo integrante del sistema electoral peruano.

El artículo 183° de la Constitución Política indica que: El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Asimismo, señala que le corresponde al RENIEC:

La inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad.

8.- LA REFORMA ELECTORAL: OPORTUNIDAD IMPOSTERGABLE

Las últimas elecciones generales celebradas en junio del año 2016, estuvieron a punto de derrotar a nuestra incipiente democracia. Es una paradoja, pues históricamente la democracia sucumbió cuando no se efectuaban las elecciones; en nuestro caso, la legislación electoral fue tan deficiente que casi se lleva de encuentro a todos los candidatos y con ello el propio derecho de elegir.

Conspiró el Poder Legislativo con una nefasta ley (30014) y el Poder Ejecutivo con su permanente injerencia en la campaña electoral. Si a eso le sumamos un sistema de partidos carentes de prácticas democráticas, de financiamiento no bancarizado y dádivosos en ofertas electorales; atrapado por

recurrentes tachas en plena campaña proselitista que generaron desconcierto mayúsculo entre los electores que estaban formando su voluntad política.

Por tanto, se hace impostergable el debatir la reforma de la legislación electoral para reconstituir nuestro sistema democrático. Mucho más aún, cuando en menos de 24 meses tenemos nuevos comicios regionales-municipales que serían inmanejables con la actual normatividad electoral.

Consideramos que tres son las prioridades a innovar: I) Aprobación del Código Electoral, II) Que se cierre con anticipación a los comicios el Registro de Organizaciones Políticas, y III) Que el Congreso se abstenga de legislar en materia electoral un año antes de cualquier elección. En primer lugar, requerimos una norma electoral única, para vencer la dispersión legislativa (más de 11 leyes contradictorias y no integradas), que hacen compleja la comprensión de las reglas electorales. Además, el Código Electoral exige un Código Procesal Electoral, que haga previsible e incuestionable los procedimientos, que han sido farragosos y dilatados, ante los constantes requerimientos a los organismos electorales.

Las organizaciones políticas deben estar inscritas y saneadas administrativamente con suficiente anticipación para evitar, como ahora, que en vísperas de la primera vuelta no sabíamos a ciencia cierta quienes eran los candidatos incuestionables. De otro lado, la Ley 30014 que le produjo tantos cuestionamientos al JNE, entró en vigencia en pleno proceso electoral, desconcertando por igual a los organismos electorales, candidatos y electores.

El Parlamento que se instala el 28 de julio tiene el reto de legislar consensualmente en sus dos próximas legislaturas sobre las leyes electorales, oportunamente para encarar sin cuestionamiento las elecciones del 2018.

Giovanni Sartori avizoró que la democracia subiría de calidad cuando sea deliberativa en los temas de fondo: bienestar, crecimiento o seguridad; empero, sería distractiva si en plenos comicios discutimos, por su improvisación, sobre el contenido legal de la dádiva electoral.

9.- Principales puntos a reformar

9.1. ¿Por qué un Código Único?

En la actualidad existen más de 30 normas electorales, promulgadas para distintos comicios, algunas de las cuales entran en contradicción, tenemos normas vigentes que por su falta de conexión (Ley 30414) perturbaron el último proceso electoral general. Razón por la cual se requiere una norma orgánica que ordene, sistematice e integre la legislación electoral en un Código Único que brinde seguridad jurídica, allí donde existe recurrentemente controversia de naturaleza política.

En tal sentido, urge unificar la diversidad normativa – electoral actualmente existente. Las circunstancias, es decir la voluntad política que se requiere para alcanzarla, se han manifestado, pues desde el Congreso de la República se formó una comisión²² para su evaluación cuyo resultado sería la entrega de un Único Código Electoral

Se ha generado el consenso necesario para la reforma electoral, cuya piedra de toque es el Código Electoral (CE). El Grupo de Trabajo de Reforma Electoral que preside la congresista Patricia Donayre ha hecho llegar a la Comisión de Constitución el anteproyecto del Código Electoral, aprobado en sus primeros cinco títulos, lo que evidencia el propósito de avanzar en los próximos 120 días en aprobar un norma orgánica trascendente.

En ese espíritu, el JNE aprobó su propio CE, que recoge las iniciativas de los organismos electorales, las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados, las Organizaciones No gubernamentales, y diversas organizaciones de la sociedad civil, así como las recomendaciones de las Misiones de Ob-

22 El 23 de agosto del año 2016 la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República constituyó el Grupo de Trabajo de Estudio de la Reforma Electoral, el mismo que está conformado por los parlamentarios: Patricia Donayre Pasquel (Presidenta), Marisol Espinoza Cruz, Gilbert Violeta López, Rosa María Bartra, Yhony Lescano Ancieta, Reynundo Zacarías Lapa y Javier Velásquez Quesquén. Cabe mencionar que el 24 de abril de 2017 es la fecha final para que este grupo dictamine un Proyecto Final de Código Electoral, el mismo que en virtud del artículo 29° del Reglamento del Congreso, se remitirá al Pleno del Congreso para su aprobación o archivo final.

servadores de la Unión Europea y UNASUR. Este documento no se contrapone al esmerado trabajo del Congreso, lo complementa y aporta al debate por optimizar la democracia en el Perú.

¿Cuáles son sus características propias?, al ser producto de un largo debate académico y experiencia práctica que vienen desde el 2011, posee un Título Preliminar, para en caso de controversias sobre normas a su interior, se pueda ponderar las normas en debate con los Principios Electorales, método de interpretación que se usa en el Código Civil o en el Código Procesal Constitucional.

Este CE tiene 15 títulos que van desde los organismos electorales (JNE, ONPE, RENIEC), pasando por el Derecho de Sufragio, los candidatos, las organizaciones políticas, la democracia interna, el padrón electoral, la cedula de sufragio y el escrutinio. Le dedica un capítulo a los diversos tipos de elecciones (Presidenciales, Congresales, Regionales y Municipales, incluyendo las elecciones a los miembros del CNM y las elecciones a los jueces de paz). Otro título no menos importante está referido a los procesos de participación y control ciudadano, que incluye iniciativas legislativas y ordenanzas regionales y municipales, revocatoria de autoridades, remoción de autoridades, rendición de cuentas, referéndum y las consultas populares. Este CE ha integrado temas recientes como las cuotas electorales, los observadores electorales, la neutralidad estatal, las encuestadoras electorales hasta la votación electrónica. Más de 350 artículos integran este CE, superando la actual dispersión con sus 32 normas.

Sus innovaciones más saltantes serían: paridad en la cuota femenina con alternancia, reserva de escaño nativo, distrito electoral en el extranjero y que el tercer miembro de los Jurados Electorales Especiales sea elegido entre los miembros de los Colegios de Abogados de cada circunscripción electoral, para cumplir con el principio de especialización. El debate está abierto.

9.2. La cuota paritaria

Es imposible construir una democracia auténtica, sin incluir plenamente a la mujer.

En los últimos años hemos ido en busca de esta reparación política: en 1956 el derecho al sufragio de las mujeres alfabetas, en 1980 el derecho de las analfabetas, en 1997 la cuota de género se cifró en el 25% (menos que Colombia, Brasil o Argentina) y en el 2000 la cuota se incrementó en 30% (menos que Costa Rica). Hoy la demanda es que la cuota sea paritaria (50%), se respete la alternancia en las listas de postulantes, con tres criterios de reivindicación para la mujer: i) Redondeo al número inmediato superior para la cuota, ii) Que las candidatas tengan atributos concurrentes (joven, mujer y nativa), iii) Que se aplique el mismo criterio para las accesitarias.

En América Latina, la lucha contra la desigualdad, la discriminación y la exclusión está en relación al trato a la mujer. Allí donde se ha garantizado la participación equitativa de la mujer se ha fortalecido los sistemas de partidos como en México (2014), Bolivia (2009) y Ecuador (2008). En nuestra experiencia desde el establecimiento de la cuota la participación femenina que no pasaba del 10 % en todos los comicios previos, se ha visto progresivamente incrementada hasta llegar al 28 % de la actualidad.

Además, en Tribunal Constitucional precisó que constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: a) igualdad ante la ley y b) igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos y la segunda implica que una norma no debe establecer trato diferenciado, salvo para aquellos grupos vulnerables (niños, mujeres, personas con discapacidad)²³.

La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por tanto, no se vulnera este principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables²⁴. Todo ello en correspondencia con los acuerdos internacionales, como

23 Exp. N.º 03525-2011-PA/TC. Caso Walter Manuel Viacava Gamboa.

24 Exp. Acumulados 00009-2007-PI/TC, - 00010-2007-PI/TC fundamento 20. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la República del Perú, contra diversos artículos de la Ley N.º 28925, Ley que Modifica la Ley N.º 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley N.º 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, publicadas el 8 de diciembre de 2006 y el 15 de agosto de 2006 respectivamente, en el diario oficial “El Peruano”.

la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); y la Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la actual conformación del Congreso se aprecia que de 130 congresistas sólo son 36 mujeres ante 94 varones.

9.3. Intangibilidad legislativa

En el siglo XIX las pocas elecciones que se efectuaron fueron normadas por el Poder Legislativo y realizadas por oficinas administrativas del Poder Ejecutivo; no obstante, el afán continuista de los allegados al gobierno hacía frágil la neutralidad de los escrutadores, razón por la cual durante el gobierno de Nicolás de Piérola (1895-1900) se conformó una Junta Electoral integrada por los 10 mayores contribuyentes, haciéndolos independientes del poder político pero dependientes del poder económico, así nació la República Aristocrática (1895-1920).

Más aún, continuaron las impugnaciones a los resultados que surgían de variadas formas de manipulación en las mesas electorales, estableciéndose que el Poder Legislativo era la segunda instancia definitiva de las controversias electorales.

La Constitución de 1933 lo liberó del Congreso en su art 88: “El poder electoral es autónomo”. La Constitución de 1979 estableció que al JNE: “Le compete conocer las materias relativas al ejercicio del derecho de sufragio” (Art. 286). La Carta de 1993 siendo más explícita en el procedimiento electoral no menciona la injerencia legislativa en materia electoral, lo que se produjo de manera tardía con la Ley 30414 (Ley de Organizaciones Políticas) que entro en vigor el 18 de enero de 2016, mucho después de la convocatoria al proceso electoral que se dio el 14 de noviembre pasado. La ley incorporó una variedad de modificaciones: sanción drástica a las dadas, aumentó la valla a las alianzas electorales en 1 % por cada organización política adicional y aumento el número de invitados de los partidos de 20 % a 25 %, entre otras innovaciones, que trajeron consecuencias inesperadas en su aplicación en plena campaña presidencial.

Esto no debe volver a ocurrir. La misión de Observación Electoral de la Unión Europea ha diagnosticado: “La necesidad de una profunda reforma no es ninguna novedad, pero el debate a nivel del Congreso se suele demorar hasta el siguiente periodo preelectoral, aumentando la presión para aprobar modificaciones incompletas y poco exhaustivas” (Julio, 2016). Siempre es necesario legislar para mejorar, la pregunta es: ¿hasta cuándo? Noventa días como en México, seis meses como en Costa Rica o como lo señala la Constitución del Ecuador en su art. 117: “Se prohíbe realizar reformas legales en materia electoral durante el año anterior a la celebración de elecciones”.

Se requiere el mayor consenso para establecer un pacto realista de intangibilidad legislativa. En ese sentido, el anteproyecto del Código Electoral en su artículo V de su Título Preliminar, propone evitar las reformas hasta antes de un año de los comicios, eso evitará la zozobra en unas futuras elecciones.

9.4. La cuota nativa

En 1931 el Partido Comunista pretendió inscribir como candidato presidencial a un dirigente campesino del Cuzco, Eduardo Quispe Quispe, quien era analfabeto, quechuahablante y cobrizo. La mayoría de los peruanos adultos eran analfabetos, con índices altos en Puno (70%), Cuzco (60%), Ayacucho (50%), estadísticamente cerca de la mitad de los peruanos no hablaban el castellano. Aun así, este candidato que calzaba ojotas fue excluido de las elecciones.

Una de las contradicciones más fragantes de nuestro sistema electoral ha sido esta exclusión de las poblaciones originarias. La Constitución, los Tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso Yatama, nativos nicaraguenses) ha reconocido estos derechos; más un intenso proceso de migración, aculturación y mestizaje ha neutralizado su importancia electoral nacional (salvo en Bolivia, Guatemala y en menor medida Ecuador).

El problema no es solo legal, sino también cultural, pues hace falta implementar un padrón electoral exclusivo de comunidades campesinas y nativas para conocer en realidad el número de integrantes de cada pueblo o cuántos pobladores se reconocen como comuneros por ser un criterio fundamental relacionado a la autoidentificación.

Desde el 2006 que empezó a aplicarse la cuota fueron elegidas 37 autoridades indígenas, entre consejeros y regidores, en el año 2010 fueron elegidos 48 nativos y en el 2014 fueron votados por la cuota 131 representantes. Se ha avanzado pero es insuficiente, pues en cada comicios regional y municipal se elige a no menos de 12,756 ciudadanos (entre gobernadores, alcaldes, consejeros y regidores), de este total los nativos solo son el 1 %, quedando la cuota como una ficción democrática.

Frente a ello, en el Anteproyecto del Código Electoral presentado por el JNE se ha mantenido la cuota mínima de quince por ciento (15%) de representantes de comunidades campesinas y nativas de cada provincia correspondiente. El problema era que al ser estos grupos electorales minoritarios difícilmente alcanzaba la cifra repartidora, sumando votos para el partido, mas no para el candidato. Para resolver este impase se aplicará a la hora del cómputo la cifra repartidora diferenciada, la que se consideraría exclusivamente entre estos colectivos nativos. Se cumple con muchas dificultades la cuota para la postulación (15 %), pero para la elección podía disminuir en casos extremos hasta el 0%. Hay que acometer una reforma que permita de manera real cumplir con el pluralismo étnico, lingüístico y cultural Art. 2 inc. 19 C.P de nuestro país, para que nunca más un Quispe Quispe sea vetado como candidato, o como ahora, no elegido por falta de electores.

9.5. Elecciones primarias y obligatorias

En el Perú uno de cada cinco organizaciones políticas cumple con lo exigido por la norma en relación a la selección de candidatos por medio de elecciones internas (primarias). La mayoría esquiva la democracia interna. Así se configura la paradoja de partidos elitistas que adquieren poder democrático sin practicarlo internamente.

Actualmente la Ley de Organizaciones Políticas 28094, establece un procedimiento dirigido por un órgano electoral autónomo, que norma hasta tres alternativas para la selección de candidatos y dirigentes: a) Elecciones abiertas (concurren afiliados y no afiliados), b) Elecciones cerradas (participan solo los afiliados) y c) A través de delegados (elegidos por los órganos del partido) de acuerdo a su Estatuto. No obstante, existen severas limitaciones a la democracia partidaria que devienen en conflictos internos

que buscan ser resueltos por el ROP o conservadoramente reducir la participación a la cooptación de delegados, práctica generalizada, que en vez de fortalecer a los partidos termina debilitándolos.

El Proyecto del Código Electoral del JNE (2016), propone que las elecciones primarias sean 1) cerradas: buscando con ello la participación activa de los afiliados hábiles, salvo que la disposición Estatutaria permita la participación abierta; 2) simultáneas: la fecha única de las primarias pretende que un sistema político con mayor oferta se vuelve más competitiva en la selección de representantes, así se propone fechas 2.1) Elecciones generales: Primer domingo de diciembre del 2020, 2.2) Elecciones Regionales y municipales: primer domingo de junio del 2018; y 3) obligatorias: ningún partido que aspire seriamente al poder podría sustraerse, con alguna excusa política, a este acto que legitima su vocación democrática.

El Anteproyecto garantiza la autonomía constitucional de los partidos y sus órganos electorales, propugnando que el sistema electoral, a través del RENIEC, le facilite las elecciones internas elaborando el Padrón Electoral, la organización de los comicios internos por parte de la ONPE y el JNE como ente fiscalizador y última instancia en la resolución de controversias internas.

La convocatoria a elecciones primarias, simultáneas y obligatorias repercutirá en las estructuras partidarias: daría protagonismo a los militantes, atraería nuevos afiliados, estimularía la rotación generacional, restaría importancia a las encuestas, daría una nueva legitimidad a nuestro débil sistema de partidos. Con ello se conseguiría mayor transparencia en la dinámica de las organizaciones políticas, se recuperaría la confianza en ellas y se reconocería la plena legitimidad de su representatividad en los comicios del 2018 y 2021.

9.6. Financiamiento de los partidos políticos.

En EE UU se declaró inconstitucional los límites impuestos al financiamiento de partidos políticos por medio de los Comités de Acción Política, de ahí que el candidato presidencial Mitt Romney gastara 2.3 millones de dólares solo en su campaña presidencial del 2008; en Argentina, no existen

límites cuando se trata de donaciones, solo prohíbe cuando estas son anónimas. Por su parte Chile, México y Brasil prohíben la publicidad política contratada.

El financiamiento de los partidos políticos en nuestro medio pueden ser de dos tipos:

i) Financiamiento Público (FP) y ii) Financiamiento privado (FPr); en el primer caso ha sido parcialmente inexistente – solo se ha limitado a otorgar espacios de franja electoral - y en el segundo, pese a los límites impuestos por ley, se han presentado sospechosas irregularidades que restan credibilidad y debilitan la posición institucional de los partidos políticos, por lo que plantearon iniciativas para que los aportes financieros se realicen a través de los bancos en forma obligatoria, esto evitaría la infiltración de dinero ilícito en las campañas electorales y que los verdaderos financistas de estas organizaciones usen a terceras personas para entregar dinero a los partidos, ya que cuando se fiscaliza existen personas que no cuentan con los recursos necesarios, otros que no conocen al partido o se presentan varios casos de falsificación de identidad.

El financiamiento ha conllevado, necesariamente, una rendición de cuentas posterior, en el plazo establecido por la ley, y que en el caso peruano se sanciona con la exclusión del financiamiento público directo. El problema no radicaba en la inadecuada rendición sino en la ineficacia de la sanción.

Ahora bien, en cuanto al FP, que puede ser directo e indirecto (franja electoral), finalmente podrá concretarse de manera directa, a partir de este año, pues así se ha previsto en la Ley del Presupuesto Público Fiscal para el Año 2017, mientras que para el FPr el Anteproyecto del Código Electoral, en su artículo 99° propone elevar en 200 UIT las aportaciones de una misma persona natural o jurídica. Asimismo, en el art. 100°, el JNE propone la prohibición de financiamiento de cualquier persona natural o jurídica extranjera.

Actualmente, existen 25 partidos políticos debidamente registrados y son ellos los que contribuirán a la formación de la voluntad popular transparentando la procedencia de los recursos con los que cuenten, lo que evitaría la desconfianza y reforzaría la credibilidad y legitimidad en los mismos.

9.7. Las Dádivas

En pleno proceso electoral 2016 dos prominentes candidatos entregaron dádivas, pertenecían a distintos partidos políticos, ambos fueron excluidos de la contienda electoral.

Esta situación fue generada con la modificatoria introducida en enero del 2016, mediante la Ley 30414, adicionando el art. 42° a la Ley 28094. Lo preocupante del tema no solo pasaba por las modificatorias introducidas en pleno proceso electoral - hoy proponemos en el art. V del Título Preliminar del Anteproyecto del Código Electoral la prohibición de reformas hasta un año antes de cualquier elección - sino además por lo desproporcionado de la sanción impuesta, toda vez que la legislación vigente no permite advertencias básicas o no repara en la gradualidad de la sanción.

La proporcionalidad o prohibición de exceso de la sanción es un deber de la actuación estatal cuando se trata de limitar derechos, más aún cuando son fundamentales como es el caso de la participación política (Art.2, inc.17 de la Constitución). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de i) razonabilidad y ii) proporcionalidad²⁵.

En esa misma línea, el colegiado ha referido específicamente que: “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la i) realización del fin de la medida examinada y ii) el de la afectación del derecho fundamental”²⁶.

25 EXP. N.° 2235-2004-AA/TC. (Caso Grimaldo Saturdino Chong Vásquez)

26 STC N.° 0050-2004-AI/TC. Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

En base a estos fundamentos, el Anteproyecto del Código Electoral, específicamente en su artículo 321°, el Jurado Nacional de Elecciones propone: a) mantener el porcentaje de 0.5% de una UIT como cantidad límite; b) ponderar la conducta prohibida según la gravedad de su comisión; c) remitir al fuero penal la inobservancia del candidato infractor, según lo dispuesto por los artículos 356° del Código Penal y 446° del Código Procesal Penal, a fin de determinar responsabilidad según corresponda.

En resumen: la dádiva debe ser sancionada, la sanción debe ser proporcional a su gravedad y la exclusión debe basarse en la razonabilidad constitucional.

CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente desarrollado llegamos a las siguientes conclusiones:

- a. La administración electoral nace en la República como un poder en virtud del cual se garantizaba la real voluntad de los ciudadanos para elegir sus representantes políticos. La regulación en el ámbito constitucional era escueta, pues todo se remitía a las leyes electorales vigentes en su momento.
- b. Inicialmente, es el Congreso de la República quien va a ejercer facultades sobre importantes procesos electorarios como por ejemplo el del Presidente de la República.
- c. Se ha logrado ordenar el sistema electoral con la inclusión de otros órganos que a su vez coadyuvan al máximo ente electoral a alcanzar sus fines.
- d. Actualmente, el sistema electoral tiene a dividir sus funciones y contar con un ente máximo como es el caso del JNE en el Perú, el Tribunal electoral en Ecuador o el Consejo Nacional Electoral en Venezuela.
- e. La existencia del sistema electoral ha contribuido a la conservación de la institucionalidad así como al orden democrático y a la reafirmación del Estado de Derecho. La administración de justicia electoral por parte del JNE coadyuva a un eficiente control ciudadano de las autoridades que ejercen cargo popular.
- f. La frondosa legislación que se encuentra vigente ha generado una demanda de codificación a fin de ordenar y sistematizar las normas electorales para poder dotar de mayor transparencia y legitimidad los procesos electorarios, así como dar mayor seguridad jurídica a las controversias que se susciten.

Por vencimiento del plazo La renuncia al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional como acto de dignidad

Ricardo Arturo Beaumont Callirgos*
Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
rbeamontc@unmsm.edu.pe

SUMARIO: 1.- Antecedentes. 2.- El Caso. 3.- La renuncia como manifestación de dignidad constitucional. .

* Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Profesor Principal de Derecho Procesal Constitucional y Derecho de la Empresa en la UNMSM y en la USIL.

1.- ANTECEDENTES

El artículo primero de nuestra Constitución Política, CP, de 1993 dispone que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*¹.

Principales conceptos de dignidad: (i) La persona debe ser considerada siempre como fin, nunca como medio; (ii) Atributo o condición inherente a todo ser humano; (iii) Autonomía personal: capacidad para decidir racional y moralmente; y (iv) A todo ser humano se le debe garantizar una dignidad básica².

El artículo 201° de la CP expresa que *“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal³ de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”*.

El artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28306 dispone, **Definición** *“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. (...)”*.

-
- 1 La Constitución Política de 1979 decía que “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. Para Marcial Rubio, ésta es una mejor redacción que la del 93°. De completo acuerdo.
 - 2 Gutiérrez Camacho, Walter y Sosa Sacio, Juan Manuel. La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Tercera Edición. TOMO I Pág. 29. .
 - 3 La Nueva Ley de la Carrera Judicial dispone que su denominación es Juez Supremo; ya no, Vocal Supremo.

El artículo 10° prevé: **Aviso anticipado** *Antes de los seis meses, previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal se dirige al Presidente del Congreso para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos Magistrados. Los Magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles.*

Es obvio pues, que si por diversas razones, existieran pequeñas demoras en el Congreso de la República en ponerse de acuerdo, en la elección de tal o cual candidato, el Magistrado en funciones, si lo desea, opte por mantenerse en el cargo, por plazos explicables y prudentes, pero en ningún caso, por términos irrazonables y absurdos, porque en éste se violaría flagrantemente la Constitución y se escondería o encubriría —qué duda cabe, otros intereses. Una Magistrada de un Pleno anterior aguardó hasta siete meses fuera del plazo; renunció y el ex Presidente del TC doctor **Javier Alva Orlandini**, le aceptó su renuncia sin ningún tipo de objeción; el autor de este artículo aguardó hasta ocho meses fuera del plazo y por acto de dignidad, renunció: Oscar Urviola Hani que fungía de presidente con el Pleno anterior, le rechazó la renuncia y le exigió volver al cargo en 24 horas. Más adelante, los pormenores.

En ningún momento aquella norma expresa la prohibición o el impedimento de dejar el cargo, por renuncia o por vencimiento del plazo del nombramiento. Tampoco dice: “Los Magistrados deberán mantenerse en el cargo hasta la elección y toma de posesión de los recientemente elegidos”, que sería una norma mandatoria y encubriría —a mi juicio, una vocación de “cargo irrenunciable”. ¡Ni hablar! Está muy lejos del caso a que se refiere el artículo 95° de la Constitución Política que dice **Irrenunciabilidad del Mandato Legislativo** El mandato legislativo es irrenunciable. (...)⁴. Y que incluso, el profesor alemán **Otto Bachof**⁵ plantearía la inconstitucionalidad de esta norma por violación a la libertad de trabajo y a otros valores constitucionales, tales como los expresados en el artículo 23° de la Constitución Política, cuarto y tercer pá-

4 La norma se propone y se regula, en casi todas las Constituciones Políticas del mundo, a partir de la Revolución Francesa, por razones ciertamente políticas y desde este enfoque, tal vez, explicables. Absolutamente absurda e irrazonable, desde el enfoque jurídico.

5 **Bachof, Otto** ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra Editores. Lima 2008. Perú.

rrafos, “Nadie está obligado a prestar trabajo (...) sin su libre consentimiento” y “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Pero a mayor abundamiento y en forma clara y contundente, el artículo 16° de la Ley Orgánica que comentamos, expresa: **Vacancia** El cargo de Magistrado del Tribunal vaca por cualquiera de las siguientes causas: 2. Por renuncia, (...).

Un profesional puede ser elegido Magistrado del TC y lo apropiado e irreprochable es cumplir el mandato dentro del plazo e inmediatamente después, retirarse. Pero qué duda cabe acerca del legítimo derecho que le asiste a cualquier Magistrado en que, por razones de salud, estudios, trabajo, familiares y tantos otros aspectos de la vida, dentro de los mismos cinco años del mandato, desee o deba renunciar. ¿Alguien se lo podría impedir? ¿Puede existir acaso una norma que lo obligue a mantenerse en el cargo a pesar de que por fundados motivos personales desee dejar el cargo? Por supuesto que no. Pues el caso del ex Magistrado, autor de este artículo, fue patético, y direccionado por el aun Magistrado del TC Oscar Urviola Hani. Veamos las violaciones constitucionales ocurridas.

2.- EL CASO

El Magistrado renuncia en Abril del 2013, cumplidos sus cinco años y poco más de ocho meses de vencido su mandato. Como ponía en evidencia la situación de todos los colegas del TC que habían excedido el término de sus mandatos⁶; uno de ellos andaba por los ocho⁷ y otro, nada menos que a los diez años⁸, en el cargo, Urviola pide el apoyo de todos ellos para hacerle frente al renunciante: rechazar su renuncia, exigirle el retorno en el plazo de 24 horas y expresarle que no puede dejar el cargo hasta que el Congreso elija a los relevos. Tiene la ignominia de manifestar a la prensa que el renunciante había dejado

6 Calle Hayén, Fernando; Eto Cruz, Gerardo y Álvarez Miranda, Ernesto. Llegaron a pasar los siete años.

7 Mesía Ramírez, Carlos.

8 Vergara Gotelli, Juan

4,000 resoluciones sin firmar⁹, causándole un desmedro a su limpia trayectoria y buen nombre profesional. Urviola se colude con el Pleno anterior y los apoya para que éstos también lo respalden, en contra prestación, en el cargo que ostentaba y deseaba mantener *persécula seculorum*, como que en efecto, lo hizo y lo continuó con el Pleno en ejercicio. No tiene escrúpulos para mantenerse en el cargo o en el poder. Urviola ya empezó a caminar su octavo año como Magistrado, y mantiene un perfil tan bajo, creyendo que el gremio de profesionales no lo identifica, que no lo conoce ni lo reconoce.

En efecto, lo mismo hizo y se aprovechó de la buena fe y corrección del actual Pleno del TC. Encontrándose ya vencido o por vencer su plazo de cinco años como Magistrado, solicita y obtiene la prórroga por un año más del mandato como presidente¹⁰. Caso símil al que podría ocurrir, imagínese Ud., para el cargo de Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, por ejemplo, que pudiese recaer en manos de un General o de un Almirante en situación de Retiro. Absolutamente inviable, ¿no es cierto?

Pero comete más violaciones. Anula o deja sin efecto todos los votos y todas las sentencias que había dejado concluidas, trabajadas y firmadas, el Magistrado renunciante mientras despachaba como tal, obvio, es decir, en el ejercicio de las funciones encomendadas a él, por el Congreso de la República, bajo la pueril excusa de que no había manera de ser discutidas con el ponente, en el Pleno, cosa falsa, porque tanto en el TC como en el mismo Poder Judicial, cuando el Magistrado cesa, deja sus votos y sus sentencias firmadas y ya serán los demás magistrados que realicen las suyas, sumándose —coinciden con el ponente, o discrepando— haciendo voto singular, de la posición que, ya firmada, corre en autos. No hay nada que deliberar ni discutir.

9 Absolutamente falso. El renunciante había pedido al secretario general una certificación de que en su Despacho no tenía pendiente ni un solo expediente sin haber sido atendido, documento que acompañó a su renuncia. Las eventuales resoluciones “pendientes” se encontrarían en los despachos de los seis magistrados restantes y obvio, al igual que lo que acontece en el Poder Judicial, podrían ser firmadas en la casa del ex Magistrado o acudiendo éste, por algunas dos o tres semanas a una oficina que acondicione el TC para ese fin.

10 Artículo 6° de la LOTC “(...) El cargo de Presidente del Tribunal dura dos años. Puede reelegirse sólo por un año más.

Probablemente, pensó Urviola, que detrás de los votos y sentencias que había dejado firmadas el renunciante, había cosas turbias o incorrectas y debe haber sido grande su sorpresa cuando en ningún caso hubo ni siquiera sombras o sospechas de algo reprochable. En efecto, reprogramó fechas para vistas de causas en todos los expedientes en los cuales el renunciante había dejado las resoluciones emitidas por él, firmadas y concluidas. Por cierto, que las partes reclamaron, pero dada la situación y señaladas ya las fechas, más se demorarían las causas si existieran pedidos de nulidad... Mejor, "cortar" por lo sano, pensarían los justiciables, ante esta ilegalidad y arbitrariedad de Urviola.

Y cuando en el año 2014 el Congreso de la República elige a los nuevos seis Magistrados del TC, actualmente en ejercicio del cargo, ya Urviola no necesitaba a los que se iban sino y más bien, precisaba aliarse con los nuevos, y les propone anular todos los votos y las sentencias dejadas por los empujados, echados o pechados, salientes, y así lo hacen, reprogramando nuevas vistas de causas. Este es el uso desmedido, descontrolado e inconstitucional de las propuestas y de la conducta del Magistrado de marras. Increíble, pero cierto.

Ante el Proceso Constitucional de Amparo que presentó el autor de este artículo, el Poder Judicial, le dio toda la razón y la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró **FUNDADA** su demanda y ordenó al TC que aceptara su renuncia arreglada al artículo 16.2 de la LOTC. Urviola tuvo que firmar, por mandato judicial, la aceptación de la renuncia del autor de este artículo. El Poder Judicial le dio una lección de constitucionalidad al propio TC.

3.- LA RENUNCIA COMO MANIFESTACIÓN DE DIGNIDAD CONSTITUCIONAL

Ha quedado absolutamente claro, entonces, que la renuncia es una de las formas mediante las cuales el cargo de Magistrado, vaca. Si un profesional es integrante del órgano de control de la constitucionalidad, vale decir, de que las cosas expuestas en las normas se subsuman en los supuestos fácticos, o lo que es lo mismo, que los supuestos fácticos, calcen en los supuestos normativos, entonces de lo que se trata es de cautelar que la Constitución Política se cumpla. Y se cumple si las personas y las instituciones hacen lo que deben hacer,

atienden sus derechos, sus deberes, sus obligaciones, sus competencias y sus atribuciones, en la forma y en el modo previsto en la Constitución Política.

El artículo primero de la LOTC dispone que el TC se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Y la Constitución dice que el mandato es cinco años y que no hay reelección inmediata. Urviola ¿se quedará hasta los diez años? ¿Hará de modo indirecto lo que la Carta Magna lo prohíbe de modo directo?

Está fuera de cualquier esquema racional expresar que no se renuncia porque la ley no lo permite: esto es falso de toda falsedad. No se renuncia porque hay otros intereses. Porque siendo el órgano que debe procurar que las personas y las instituciones hagan lo que la Constitución dispone, empieza el mismo Magistrado incumpliendo y mintiendo en cuanto al texto constitucional y a la Ley Orgánica del TC., refiriendo que éste no se lo permite, lo cual es inexacto, pérfido, embustero.

La Nueva Ley de Presupuesto General de la República para el año 2017 dispone una retribución interesante para los Magistrados que se entrega en catorce ocasiones anuales; más lo de siempre, automóvil, gasolina, chofer, policía, congresos nacionales e internacionales¹¹, hacen que las personas sin límites, prefieran buscar excusas para quedarse en el cargo, sin advertir la abyección, el bochorno y la infamia de mantenerse en un status incompatible con las funciones encomendadas, como en este caso es, el de intérprete supremo de la Carta Fundamental, ver de que se cumpla prolija y cuidadosamente, toda su normativa.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Urviola está empezando a caminar su octavo año en el cargo. ¿Lo empatará a Juan Vergara Gotelli que ya estaba llegando a los diez años en el ejercicio del cargo? ¿Querrá superarlo? ¿Conseguirá una vergüenza mayor?

11 En el Diario El Peruano se ha publicado –al momento de redactar este artículo, que el referido Urviola Hani ha viajado a Rusia para asistir a un Congreso. Tendrá todo pagado, por casi diez días.

Evolución Histórica de la Jurisdicción Militar Española

Francisco Rogger Carruitero Lecca*

Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
carruitero@hotmail.com

SUMARIO: 1.- Justificación. 2.- La jurisdicción militar en la Edad Antigua. 3.- La jurisdicción militar en la Edad Media. 4.- La jurisdicción militar en la Edad Moderna. 5.- El Decreto de Unificación de Fueros de 5 de diciembre de 1868. 6.- La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870. 7.- La codificación de la jurisdicción militar. 8.- La jurisdicción militar y la Segunda República. 9.- La jurisdicción militar y el franquismo. 10.- El Código de Justicia Militar de 1945. 11.- La transición de la jurisdicción militar.

* Director de la Revista de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, —Sobresaliente Cum Laude— Licenciado en Derecho y Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master Oficial en Teoría de las Organizaciones por la Université Montesquieu Bordeaux IV Francia. Profesor Ordinario e Investigador de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Pre y Post Grado, Profesor Visitante del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo.

1.- JUSTIFICACIÓN

Decía el Quijote, que la historia es émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir¹. Estas frases resumen la intención de lo que queremos lograr a lo largo de este ensayo.

En tal sentido, Sánchez Albornoz² afirma que debemos buscar la clave de la historia de España por los caminos complejos, zigzagueantes, misteriosos, entrecruzados y procurar escudriñarlos por sendas elegidas como resultado de la difícil conjunción de las fuerzas que ha ido haciendo y rehaciendo la historia: a) la herencia temperamental de la comunidad, que es siempre una potencialidad de acción hacia el futuro, no un enrejado cautiverio; herencia que viene de muy lejos, que ora se firma, ora se dilapida, ora renace y se exalta a cuya acuñación contribuyen factores económicos, geográficos, psíquicos; b) el azar muchas veces invencible y a veces cruel; y c) los dispares talentos y talentos de los hombres de carne y hueso rectores de la vida histórica de los pueblos; a veces geniales, a veces torpes; capaces de adivinaciones luminosas o sólo de estultas decisiones; firmes o débiles, empecinados o flexibles.

En lo referente a la jurisdicción militar, Gil García³ encuentra que “[...] las razones de peso y que condicionan de sobremanera la jurisdicción militar española van a ser los vaivenes históricos y su utilización para contener los diferentes desórdenes políticos y sociales que han acontecido en la historia española, además de la configuración del Estado y su reflejo en el Ejército de cada etapa”.

Al respecto, explica Casado Burbano⁴ que la evolución que puede observarse en la historia española contemporánea es similar a la de los países de su entorno europeo y a la multiplicidad y variedad de los sistemas políticos que

1 M. CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Ediciones SM, 2005, Madrid, pág. 366.

2 C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Estudios polémicos*, Madrid, 1979, pág. 32.

3 O. GIL GARCÍA, *La Jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., pág. 56.

4 P. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 62.

se han sucedido. Su repercusión hace que la aproximación histórica al mismo tiempo en España revista un especial interés. Todas las Constituciones monárquicas decimonónicas españolas consideraron al Rey como Poder Ejecutivo, por lo que, en tesis de principio, habría que estimar que a él se atribuía la efectiva dirección política de las Fuerzas Armadas. Los distintos textos legales, sin embargo ofrecen ciertas matizaciones.

En opinión de Parada Vásquez⁵, la justicia militar es, sin duda, tan vieja como la existencia misma de los Ejércitos y un instrumento fundamental para mantener en ellos, y desde dentro de los mismos, la disciplina. En consecuencia, la autoridad judicial se concentra de forma absoluta en quien ejerce el mando militar dando lugar a la regla, esencial en la justicia castrense, de que quien manda debe juzgar. Este es el precio que hay que pagar para que las hordas se conviertan en una institución controlada, en un Ejército.

En esa misma óptica, Artola⁶ sostiene que, tradicionalmente, la Justicia Militar española ha estado íntimamente unida a la idea misma de disciplina, para lo cual las sanciones que pudieran imponerse debían ser ejemplares e inmediatas. Esto justifica que la organización de justicia fuera muy cercana al mismo mando militar, a quien se confiaban también las funciones jurisdiccionales, según el aforismo de que “quien manda debe juzgar” o la idea inglesa de la “justice under fire”. En los asuntos corrientes, ejercía la justicia el mismo oficial que estaba al mando de la unidad, normalmente el Capitán de la compañía, si bien en los casos de delitos de mayor gravedad se reservaba la justicia al Capitán General, quien actuaba asistido de su auditor, es decir de un letrado.

Particularmente, nosotros consideramos que la historia no debe ser percibida únicamente como un relato; una narración descriptiva de acontecimientos que ocurrieron en un pasado lejano o cercano; una materia que debe conocerse por “cultura general” o para contar con una mayor diversidad de temas de conversación. La historia, que rescata del pasado aquellos acontecimientos más relevantes de la humanidad, nos permite comprender el presente y poder proyectarnos hacia el futuro, corrigiendo algunos errores del pasado.

5 R. PARADA VÁSQUEZ, “Toque de silencio por la Justicia Militar”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, Madrid, 1992, pág. 32.

6 M. ARTOLA, *La monarquía de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 36.

Efectivamente, una aproximación histórica de las instituciones jurídicas, como por ejemplo, la jurisdicción militar, nos permitirá apreciar cómo surgió, qué motivó dicho surgimiento y, desde luego, cómo ha sido regulada con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, este análisis histórico de la jurisdicción militar no solo debe ser *positivo*, en el sentido de que deba circunscribirse a meros elementos normativos, a Leyes o decretos. Para nosotros, una mejor comprensión de la jurisdicción militar, debe atender también a los elementos *extra-jurídicos*, a las coyunturas sociales y políticas que rodearon y —por qué no decirlo— moldearon e influyeron directamente en la regulación y reformas normativas de la jurisdicción militar.

Así, podremos determinar si es que aquellos elementos —que legitimaron en su momento un determinado modelo de jurisdicción militar, especialmente en lo que se refiere a su organización y materias que son de su competencia— subsisten hasta la actualidad. Solo así, desde nuestro punto de vista, podremos contar con todas las herramientas necesarias para diseñar una propuesta de regulación de la jurisdicción militar que se adecúe a las necesidades de los tiempos actuales y, si resulta viable, obtenga una proyección hacia el futuro; máxime si, como suele decirse, *la historia es cíclica*.

En esta perspectiva, compartimos las apreciaciones de Doig Díaz cuando sostiene que “[...] quien quiera tener una visión integral del estado actual de la justicia castrense deberá recurrir a la historia para entender ciertos aspectos, más o menos polémicos, de su actual configuración.”⁷

7 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op. cit., pág. 27. De similar parecer es S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 69, quien sostiene lo siguiente: “En los casi dos siglos que transcurrieron desde la Constitución de 1812 hasta la actual Constitución, la organización y competencia de la jurisdicción militar no puede comprenderse sin tener en cuenta el papel decisivo que el Ejército ha asumido en la vida política española a lo largo de este tiempo”.

2.- LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA EDAD ANTIGUA

La jurisdicción militar tiene sus orígenes remotos en la Edad Antigua, en Roma y los pueblos germánicos. Si bien no existían ejércitos permanentes, podríamos sostener con Jiménez y Jiménez⁸ que fue “[...] en Roma donde floreció lo que hoy constituye el Derecho Penal Militar”.

Con relación a la España romana, González-Deleito y Domingo⁹ sostiene que:

La organización militar de los primeros habitantes de la Península era, en extremo, rudimentaria. Los jefes estaban investidos de poderes absolutos y las penas más rigurosas y crueles eran impuestas sin previo enjuiciamiento. Los historiadores de nuestro Derecho hacen referencia a un régimen de clientela militar, caracterizado por la obediencia ciega al jefe, por la obligación de éste de alimentar a la hueste y la desaparición de las tropas a la muerte del jefe (a quien sus soldados no pueden sobrevivir).

En Roma, a su vez, se entendía que los delitos militares giraban en torno al bien jurídico protegido *disciplina*, un elemento trascendental para mantener el orden al interior de los ejércitos. Así, la transgresión de la disciplina castrense —con delitos como la desertión, el abandono del puesto o la desobediencia al alto mando militar— podía ser sancionada hasta con pena de muerte al infractor.

Esto último —la imposición de la pena de muerte por la comisión de un delito militar así como la imposición de penas como la flagelación— suponía en sí mismo, un distanciamiento de los delitos que serían conocidos por la jurisdicción ordinaria y que eran sancionados con pena privativa de la libertad. Ello no permitía apreciar, con claridad, la gravedad de la infracción y la consecuente necesidad de salvaguardar, a través de las sanciones ejemplares, el respeto a dicha disciplina.

8 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pág. 178.

9 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, julio-diciembre de 1979, pág. 14.

Pero ¿cómo se desarrolló la jurisdicción militar en la España romana? González-Deleito y Domingo¹⁰ menciona al respecto lo siguiente:

- Teodoro Mommsen, en su Derecho Penal romano, afirma que la jurisdicción militar era ejercida por los Tribunos de las legiones y estaba delegada de una manera general en los Oficiales. Los Generales, en caso de convicción personal de delitos, podrían castigar sin ninguna forma de proceso. La jurisdicción militar se basa en la necesidad de reprimir *secundum disciplinam militarem*, estando dotada de preferencia para juzgar el Tribunal del lugar del delito. Los Tribunales militares conocen y juzgan de los delitos de desertión, abstención de concurrencia a alistamientos para el servicio militar, desobediencia, huida del campo de batalla, tránsito a zona ocupada por el enemigo y delitos perpetrados por soldados en el servicio o con ocasión de él, salvo si la víctima del hecho criminoso era persona civil.

- Bajo la República —prosigue dicho autor— los cónsules reciben el nombre de *praetores* y ejercen alto mando, y los comandantes en jefe pueden imponer castigos capitales, como también los Tribunos (por sí, en casos leves y, con autorización del General, en los graves). En el Imperio, la jurisdicción capital (*Ius gladii, potestas gladii*) sobre los soldados corresponde al Senado; aunque, de hecho, la ejerce el Príncipe —en cuyo nombre actúan los gobernadores de provincias imperiales, a partir del siglo I, y los de todas las provincias o territorios por igual, desde el siglo III—. También ejercen jurisdicción, en delitos no capitales, el *Legatus legionis* y los Comandantes de los *Auxilia* (cohortes de Infantería, alae de Caballería y cohortes mixtas de Infantería y Caballería, o *cohortes equitatae*). Finalmente, en el Bajo Imperio, Diocleciano separa el poder civil del militar y aparecen los *magistri militum* y los *magistri equitum*, jefes supremos, salvo el poder imperial, de la Infantería y la Caballería, respectivamente. Y Constantino despoja de atribuciones militares jurisdiccionales al prefecto del Pretorio y encomienda la jurisdicción a los *magistri armorum* o *magistri militum*.

10 N. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO. "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op.cit.*, pág. 18.

Cabe mencionar que los pueblos germánicos —sucesores de Roma— concentraron o circunscribieron la regulación y alcances de la jurisdicción militar a la solución y sanción de los problemas que se presentaban con el reparto de los botines, no profundizando ni ampliando, en ese sentido, en la regulación o innovación de la jurisdicción militar.

3.- LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA EDAD MEDIA

La jurisdicción militar registra como uno de sus antecedentes el Fuero Juzgo. En el Libro IX de este se puede apreciar una institución similar al servicio militar obligatorio¹¹.

En la Edad Media —caracterizada por la teología y los conflictos bélicos¹²— se consideraba como un delito de singular gravedad la desertión, la cual podía ser sancionada, dependiendo del grado del infractor, con el azotamiento o la pena capital. Adicionalmente, se tipificaba como delito la omisión de auxilio a quienes peleaban contra los enemigos y, como fraude, el que no se otorgasen las provisiones requeridas y necesarias para el Ejército.

En este mismo periodo, destacan dos instrumentos normativos que se encargarán de establecer regulaciones en torno a la “jurisdicción militar”: a) Los fueros municipales; y b) Las partidas.

Respecto de los fueros municipales, conviene mencionar que cada uno de ellos contaba con sus propias normas sobre Derecho Militar; especialmente, las referidas al ámbito penal. Por ejemplo, el Fuero de Usagre penaba con la muerte a todo aquel que, a pesar de encontrarse de guardia, se durmiese y, como consecuencia de ello, se produjera algún daño.

11 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pág. 180.

12 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *op.cit.*, pág. 19. Explica este autor que “La Edad Media española —como la europea en general— es una era caracterizada por el prevailecimiento de las empresas bélicas y de las manifestaciones teológicas”.

González-Deleito y Domingo¹³ ha efectuado un estudio sumamente completo e interesante sobre el particular, identificando y sistematizando —por siglo y ubicación geográfica, así como por materia— los fueros municipales. Si bien resulta extensa la referencia, consideramos que amerita reproducir textualmente parte de esta valiosa sistematización:

[...] es preciso puntualizar que las normas de Derecho Militar de los Fueros Municipales suelen referirse a servicio militar, a tributos de índole castrense (*fonsado*), a exenciones de deberes militares y a penas imponibles a desertores y otros delincuentes. Reglas de Derecho judicial militar, de organización de la Jurisdicción marcial no se encuentran en ellos, tal vez por no ejercerse por Jueces especiales, sino por los mismos de la Jurisdicción ordinaria.

Basta un examen de los principales fueros para acreditar lo pre expuesto:

Siglo XI

- a. Privilegio de Población dado en el año 1100 a *Barbastro* por Pedro I de Aragón. Exime a los habitantes de la ciudad de ir a la guerra, al no haber batalla campal, y en tal caso, sólo por tres días.
- b. Fuero otorgado a *Nájera* el año 1020 por el Rey de Navarra, Don Sancho el Mayor. Concede privilegios y exención de muchos tributos militares y señala la pena de diez sueldos de multa al Infanzón de Náreja que no fuere al *fonsado*.
- c. Fuero otorgado a la villa de *Yanguas* en 1045 por don Iñigo Ximénez, tercero señor de los Cameros. Establece reglas y preceptos militares, pero no de carácter jurisdiccional-castrense.
- d. Fuero otorgado a la ciudad de *Jaca* por el Rey Don Sancho Ramírez el año 1074, eximiendo a sus habitantes de ir a la *hueste*, salvo el caso de batalla campal o de estar cercado el Rey por sus enemigos. Y,
- e. Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VI en 1076 a la villa de *Sepúlveda*, eximiendo a sus habitantes de ir a la guerra e imponiendo 60 sueldos a los de anejos del término de Sepúlveda que no vayan al *fonsado*.

13 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op.cit.*, págs. 25-29.

Siglo XII

- a. Fuero de *Zaragoza*, otorgado en 1115 por Alfonso I el Batallador. Señala como obligación de sus vecinos la de ir a batalla campal y a sitio de castillo con pan para tres días. Y establece la pena de muerte para el infante que no acuda.
- b. Fuero de *Escalona*, dado en 1130 en virtud de orden del Rey Don Alfonso VII, por los hermanos Diego y Domingo Álvarez, concediendo exención de la contribución militar llamada anubda e imponiendo sólo un fonsado al año. El no ir al fonsado se pena con diez sueldos, si no existe legítima excusa.
- c. Fuero otorgado en 1130 a la villa de Marañón por Alfonso I el Batallador, eximiendo de fonsado a sus caballeros por cierto tiempo.
- d. Fuero de Calatayud, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1131, disponiendo que en caso de batalla campal, acuda la tercera parte de los caballeros, con pena de un sueldo al que no fuere a la hueste.
- e. Fuero de Logroño, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1132, hallándose en dicha ciudad, a favor de la Villa de Asín, cuyos habitantes quedan dispensados por siete años de ir en hueste.
- f. Fuero otorgado por Alfonso I el Batallador a Mallén en 1132, concediendo a los pobladores mozárabes la exención de ir en hueste.
- g. Privilegio otorgado por el Rey Don Alfonso VI el año de 1113, concediendo a los caballeros de Guadalajara ciertas exenciones y determinando cómo han de ir en hueste y parte que les corresponde en las presas de la guerra.
- h. Fuero otorgado en Burgos a la Villa de Balbás el año de 1135, para que sus habitantes no paguen más que una fonsadera, eximiendo de este tributo a los carentes de heredades.
- i. Fuero otorgado a la villa de Lara en 1135 por el Rey Don Alfonso VII, eximiendo de abnuda a sus moradores.
- j. Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VII el año de 1139 a los pobladores del Castillo de Aurelia, hoy Colmenar de Oreja, eximiéndoles de algunos tributos militares.
- k. Fuero otorgado por Don Ramón Berenguer, Conde de Barcelona, el año de 1142, al Concejo de Daroca, para que sus pobladores no fueren al ejército contra su voluntad y para que conservasen los castillos aquellos que los conquistasen.
- l. Fuero de Molina, dado por el Conde Don Manrique de Lara el año de 1152, estableciendo varias disposiciones militares y otorgando al Juez la posesión de las llaves de Molina.

- m. Confirmación de los Fueros antiguos de Toledo por el Rey Don Alfonso VIII el año de 1155, concediendo a sus caballeros el ir entre los peones y ejercer autoridad sobre ellos.
- n. Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VIII a Ocaña en 1156, para que sus vecinos sólo fueran a la hueste en caso de ir en ella el Rey contra los sarracenos.
- o. *Privilegio* otorgado en Benavente a la Villa de *Llanes* por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de Madrigal de la obligación de ir en hueste.
- p. *Fueros* dados por el Obispo de *Burgos*, Don Pedro, y confirmados por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de *Madrigal* de la obligación de ir en hueste.
- q. *Fuero de Teruel* dado por el Rey Don Alfonso II de Aragón el año de 1176, estableciendo reglas y exenciones militares. Se atribuyen al Juez —al Juez ordinario, único existente— las funciones de juzgar a los sospechosos en el orden militar y de acordar, con el Concejo, quiénes han de custodiar la Villa al salir de ella la hueste. Contiene este Fuero reglas de Derecho penal sustantivo: fijación de tipos delictivos (como el del centinela que se duerme) y señalamiento de penas. En campaña, el delito contra la propiedad es castigado con doble multa que en época de paz. Y quien cometía hurto o robo de víveres era sancionado con mutilación de las orejas. Como observa Martínez de la Vega, la Jurisdicción ordinaria juzgaba de los delitos propios de la situación de guerra.
- r. *Fuero de Uclés* otorgado en Toledo por el Maestre de la Orden de Santiago don Pedro Fernández, el año de 1179, eximiendo de tributos militares a los moradores del citado pueblo.
- s. *Fuero de Cuenca* otorgado por el Rey de Castilla don Alfonso VIII el año 1180. Su Capítulo XXX contiene reglas atinentes al gobierno y régimen de los *ejércitos* o *huestes*. Concede a Jueces y Alcaldes la guarda de la ciudad. Y dicta normas sobre jurisdicción, considerando al Adalid como Juez especial en contiendas relacionadas con las *cavalgadas* (III; XIV, 37). Los aspectos procesales y judiciales de este Fuero han sido estudiados por el profesor Alcalá-Zamora y Castilla.
- t. *Fuero de San Sebastián de Guipúzcoa* otorgado el año de 1180 por el Rey de Navarra Don Sancho el Sabio, concediendo a sus vecinos la exención de ir en hueste.

- u. *Fueros de Salinas de Añana*, en Alava, otorgados por el Rey de Castilla, Don Alfonso VIII, en 1192, concediendo liberación de la *fonsadera* por dos sueldos. Y,
- v. *Privilegio* otorgado por Don Alfonso VIII a los vecinos de Ávila el año de 1193, liberándoles del pago de la quinta parte de las presas si el Rey no estuviere en la hueste.

Siglo XIII

Los Fueros dados a *Alcalá de Henares* (año de 1208), *Cáceres* (1229), *Baeza* (1241), *Córdoba* (1241), *Tuy* (1250), *Carmona* (1252) y *Soria* (1294) — el primero, por el Arzobispo Ximénez de Rada; el segundo, por Alfonso IX de León; el tercero, cuarto, quinto sexto, por Fernando III el Santo; y el séptimo, por Alfonso X el Sabio— contienen reglas similares a los citados con anterioridad de los siglos XI y XII. Solo tiene un especial relieve, a los efectos del presente estudio, el Fuero de las Leyes, dado a Cáceres, por establecer reglas sobre sumisión de alcaldes y adalides al Juez, y por fijar tipos de delitos militares, como el que quien levare pan a tierra de moros que fagan dél iustitia— se añade.

Por su parte, respecto de *Las Partidas*, cabe mencionar que, de acuerdo con Jiménez y Jiménez¹⁴, “[...] son Las Partidas el Cuerpo legal de nuestro Derecho histórico donde más ampliamente e incluso con independencia de otras materias, se contienen normas penales castrenses dictadas en la Edad Media”.

Aquí nos encontraremos con una regulación dirigida a los ciudadanos en periodo de guerra; pero, también, tenemos una normatividad especialmente dirigida a tipificar las infracciones cometidas por militares, tales como las irregularidades en el reparto del botín (influencia de los pueblos germánicos), la desobediencia o el uso indebido de insignias militares.

Merece destacar dentro de *Las Partidas* la distinción entre el castigo y el escarmiento, siendo este último más propio de los delitos castrenses. Adicionalmente, *Las Partidas* contemplan delitos militares vigentes como traición, espionaje, sedición y desobediencia, entre otros.

14 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, op.cit., pág. 182.

Otro elemento rescatable es en el que se establecen parámetros para graduar las sanciones. Así, la gravedad de la infracción vendrá dada por la categoría o jerarquía militar del infractor; y la reincidencia y participación o beneficio económico, con la comisión del delito (robo, por ejemplo).

Las Partidas otorgaban competencia a los Almirantes de Marina para impartir justicia sobre su flota, lo cual tiene lógica si tomamos en cuenta que se tenía que salvaguardar la disciplina militar al interior de las embarcaciones. Ello no podía esperar hasta que termine una expedición o se arribe a tierra.

Atendiendo a lo expuesto —respecto de la regulación de la *jurisdicción militar* en la Edad Antigua y en la Edad Moderna— podríamos sostener que, debido a que no existía un Ejército permanente, no era necesario contar con una regulación específica, extensa y autónoma del Derecho Militar. Era suficiente, en consecuencia, con las referencias tangenciales que se realizaban en las Leyes ordinarias.

En esa misma lógica, tampoco era necesario contar con una estructura orgánica autónoma que se encargase de aplicar dichas normas penales, procesales ni orgánicas.

Así las cosas, el derecho militar circunscribía sus alcances a situaciones de conflicto; específicamente, a lo que ocurría en los campos de batalla y en el caso de supuestos que revistieran singular gravedad. Por ello es que se requería de un procedimiento sumario, de una sanción ejemplar y, en consecuencia, severa.

4.- LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA EDAD MODERNA

El surgimiento del Estado moderno —y, consecuentemente, el establecimiento de los Ejércitos permanentes en España— se produce, coincidiendo con San Cristóbal Reales¹⁵, durante el reinado de los Reyes Católicos y de Carlos V.

15 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 24.

En este respecto, Canosa Usera¹⁶ manifiesta que la importancia de lo militar en el siglo XVI justificó y explica la creación de una Administración de justicia dentro de los Ejércitos, cuando estos tan profusamente, se utilizaron durante el reinado de Felipe II en la política exterior de la Corona. Desde entonces quedó configurada una justicia castrense cuyas características, con las adaptaciones propias de cada época histórica, llega a nuestros días con los elementos distintivos de los que se hace referencia:

- a. Unidad de mando y de jurisdicción, es decir, quien ostenta el mando militar administra también justicia.
- b. Los superiores juzgan a los inferiores y se respeta así el principio jerárquico, consustancial a los Ejércitos.
- c. Asesoramiento de auditores, letrados que aconsejaban al mando. Y, por último,
- d. Plenitud de competencia de los Jueces militares no solo en la esfera penal, también en la civil e incluso en la administrativa.

Este autor, asimismo, explica que, de las características citadas, una de ellas es del todo incompatible con el Estado de Derecho y no resulta aceptable, ni siquiera como excepción. Nos referimos a la amplísima competencia de la que históricamente disfrutaban los mandos militares investidos de función judicial en ámbitos diversos.

En España, el establecimiento de los Ejércitos permanentes, según señala Rojas Caro¹⁷, se debió a tres acontecimientos históricos:

1. La implantación del servicio militar con carácter general y obligatorio en 1496, a fin de nutrir el Ejército Real.
2. La creación del cargo de Capitán General en 1480, el cual, dependiente de la Corona, ostentaba el mando supremo del Ejército, y en cuyo cuartel general se crea más tarde, (concretamente en 1553), el cargo de Auditor

16 R. CANOSA USERA, "Configuración constitucional de la Jurisdicción militar", *op.cit.*, pág. 9.

17 J. ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 83, citado en S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, pág. 27.

General, encargado de los servicios de justicia; el cargo de Preboste, encargado de la policía militar; y el cargo de Maestre de Campo General, especie de Jefe de Estado Mayor.

3. La aparición de los Tercios en 1534, que pocos años después, en 1547 obtienen una resonante victoria militar en la batalla de Mühlberg contra los príncipes alemanes agrupados en la Liga Smakada.

La creación de los Ejércitos permanentes acarreará también la necesidad de contar con una regulación normativa más estable de la jurisdicción militar, en lo relativo a sus competencias y estructura orgánica. Así, durante este periodo, surgen los órganos o tribunales de administración de justicia especiales, sea por la condición de sus integrantes, sea por su ubicación fuera de la estructura orgánica de la jurisdicción ordinaria. En tal contexto advienen los tribunales militares que dependían del rey; y, como consecuencia de ello, la jurisdicción militar —aquella que pretendía regir los recientes Ejércitos permanentes— surge con procesos distintos a los que se tramitaban ante la jurisdicción ordinaria.

Así, pues, dado que se trataba de una jurisdicción militar *especial*, contaba con particularidades; por ejemplo, el privilegio para el acusado de ser juzgado por Jueces del mismo rango, lo que conllevó a que un mismo delito pueda ser conocido por distintos tribunales militares, dependiendo del grado o jerarquía del imputado.

San Cristóbal Reales¹⁸ señala al respecto que “[...] en el Estado absolutista, teóricamente existió unidad en la Administración de justicia (unidad jurisdiccional en sentido abstracto), porque en los asuntos civiles y criminales el rey era el máximo titular.” Y, efectivamente, las apelaciones podían ser interpuestas, eventualmente, ante el rey o un órgano instituido y presidido por él. En esta instancia, debe precisarse que tanto los Jueces ordinarios como militares no eran sino delegados del rey y que, por lo tanto, su cargo era revocable y temporal.

Durante esta etapa, hallamos las primeras ordenanzas generales promulgadas por Alejandro de Farnesio, gobernador y capitán general de los Estados

18 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 30.

de Flandes en 1587. Estas ordenanzas, si bien circunscribieron sus alcances a los Países Bajos, tuvieron una singular importancia y trascendencia en lo que se refiere a la regulación de la estructura orgánica de la jurisdicción militar¹⁹. Ello en razón de que otorgó a órganos específicos competencias jurisdiccionales. El mencionado autor²⁰, identifica las siguientes:

1. Al Auditor General, que es el asesor del Capitán General y el que ejerce por delegación la administración de justicia que correspondería a éste.
2. El Auditor Particular, que es el asesor del Maestre de Campo (Jefe militar del tercio, Cuerpo o Regimiento) y el que ejerce por delegación la administración de justicia en su Cuerpo, Tercio o Regimiento.

Estas ordenanzas, como puede apreciarse, confieren carácter permanente al cargo de auditor (que podría ser general o particular²¹) de tal manera que se tenga por autoridad judicial.

Luego de esta etapa nos encontraremos con las dos ordenanzas promulgadas por Felipe V:

[...] la Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, en que se concede a los Regimientos los Consejos de Guerra, y trata de la subordinación

-
- 19 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op.cit.* pág. 36. Este autor le atribuye una importancia medular a estas ordenanzas promulgadas por Felipe II, al mencionar que "aunque las Ordenanzas de Farnesio sólo se promulgan para los Estados de Flandes, fueron observadas en todos los 'Ejércitos' de España. Montserrat Alsina (63) lo atribuye a tres circunstancias: primera, la presencia en Flandes de la inmensa mayoría de las fuerzas militares españolas disponibles, dada la permanente situación de rebeldía de aquel territorio; segunda, la extraordinaria difusión alcanzada por las referidas ordenanzas en todos los medios castrenses; y la tercera, la inexistencia de otras normas legales similares que regulasen estas materias (las de Justicia Militar)".
 - 20 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, págs. 32-33.
 - 21 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España...", *op.cit.* pág. 37. "Los Auditores son de dos clases: el General y el Particular. El primero, a la intermediación del Capitán general, como asesor y delegado suyo en materias de Justicia. Y el Auditor Particular, como encargado de los negocios judiciales en su Cuerpo, Tercio o Regimiento".

y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revistas, castigo para las plazas supuestas, asistentes, Duelos, Desafíos y casamientos de Oficiales y soldados; y las “Reales Ordenanzas de 12 de julio de 1728 para la Infantería, Caballería y Dragones, que constituyeron un perfeccionamiento de la primera²².

Estas ordenanzas no solamente sistematizan la tipificación —tanto de los delitos militares que anteriormente habían sido regulados como de la desobediencia o el insulto al superior— sino que además disponen que periódicamente se informe a las tropas sobre las Leyes penales, no solamente para que cumpliesen las mismas sino para que no puedan alegar ignorancia o desconocimiento por la infracción de estas.

Sobre estas normas, convendría destacar el establecimiento de causales de responsabilidad colectiva y objetiva al interior de las Fuerzas Armadas por la comisión de algún delito militar. En torno a ello, Jiménez y Jiménez²³ opina que el primer supuesto —el de responsabilidad colectiva— se presentaba cuando “[...] se rindiere algún destacamento por no defenderse bien y la culpa sea de los soldados”, siendo la pena el fusilamiento por el número de estos que el Consejo de Guerra determinaba.

El supuesto de responsabilidad objetiva se presenta cuando se previene el caso de la voz sediciosa o desobediente estando la tropa en batalla o formada, disponiendo se escoja por sorteo a uno de los del grupo próximo a donde aquella hubiere surgido y, si no aparece el culpable, se le fusile.

Atendiendo a ello, las competencias de los órganos jurisdiccionales militares se distribuyeron en función del tipo de delitos cometidos. Si se trata de delitos militares, el órgano competente para conocerlos será el Consejo de Guerra; si de delitos ordinarios o de causas civiles, el juzgado de guerra.

En lo que respecta a la regulación de la estructura orgánica de la jurisdicción militar en las Ordenanzas Generales del Ejército de 1728, corresponde

22 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, pág. 36.

23 F. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, *op. cit.*, 1987, pág. 186.

destacar la sistematización realizada por González-Deleito y Domingo²⁴:

- a. El Sargento Mayor (o, en su caso, el ayudante del Regimiento) con funciones de Instructor y Fiscal.
- b. El Gobernador o Comandante de la Plaza (o, en Campaña el General en Jefe) a quien compete autorizar la constitución del Consejo de Guerra.
- c. El Consejo de Guerra, que se compone de todos los capitanes. Si se trata de delitos cometidos en el seno del Cuerpo, el Consejo se llama Consejo de Guerra de Cuerpo y está constituido por trece o quince capitanes. El Presidente del Consejo es el Gobernador o Comandante de la Plaza, el Coronel o Teniente Coronel del Regimiento o el Comandante del Cuerpo.
- d. El Preboste, ejecutor de la sentencia del Consejo (o de la que el mismo pudiera dictar en ciertos casos, previa formación de proceso, asistido de escribano, en causas por delitos flagrantes u otros especialmente graves).
- e. La defensa se confía a un Oficial del Regimiento.
- f. El Capitán General, que puede suspender la ejecución del fallo, si lo estima injusto, en cuyo caso ha de dar cuenta al Rey, pero no conmutar ni indultar.

Finalmente, con relación a las ordenanzas emitidas por Felipe V, conviene mencionar que estas constituyen los pilares que justifican la creación del Consejo de Guerra. Así lo ha entendido González-Deleito y Domingo²⁵, quien sostiene lo siguiente:

Tanto en las de 1701 como en las de 1728, se exponen los motivos de la institución del Consejo de Guerra; expresión que desde la Casa de Borbón es susceptible de dos acepciones: a) Supremo órgano consultivo o Consejo de Estado castrense, como venía siendo desde la Edad Media el Real y Supremo Consejo de Guerra, a veces simplemente denominado Consejo de Guerra; b) Órgano jurisdiccional integrado por Oficiales que ejercen, a un tiempo, mando y jurisdicción sobre sus soldados, constituyendo un escabinato marcial, acorde con la tesis francesa de ser

24 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op.cit.*, pág. 18, en S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, págs. 36-37.

25 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op.cit.*, pág. 46.

necesario, para el mantenimiento de la disciplina militar, el temor del soldado al Oficial, al concurrir en éste la potestad de mando y el ejercicio de jurisdicción.

Posteriormente, Carlos III emitirá las Ordenanzas de 1768 por las que se atribuye a los Capitanes Generales la competencia para conocer las causas civiles y criminales que supongan la intervención de oficiales en delitos que no guardan vínculo con el ejercicio de los deberes o funciones militares.

El Supremo Consejo de Guerra se dividió, de conformidad con dichas ordenanzas, en varias Salas:

- La Sala Primera (Sala de Gobierno), tiene competencia para resolver los expedientes civiles y criminales, así como funciones consultivas. Tiene también encomendada las labores de inspección del Consejo que puedan determinarse por las Ordenanzas. Se compone de los Consejeros militares, del Togado más antiguo, los Intendentes y Fiscales con el Secretario.
- La Sala Segunda (Sala de Justicia), presidida por el Subdecano y en su defecto por el General que le siga en grado o antigüedad, más los tres Ministros Togados. Tiene competencia para conocer todas las causas civiles o militares de aquellos que posean el fuero militar.
- También puede hablarse de una Tercera Sala, que podríamos denominar, según el lenguaje moderno, (Sala de lo contencioso-administrativo), para cuando la calidad de los negocios exija la concurrencia del Fiscal Togado, por tratarse de intereses Reales en asientos u otros puntos semejantes²⁶.

Con el Supremo Consejo de Guerra se tiene también al Consejo de Guerra Ordinario, al que se le encarga de ejercer función jurisdiccional y conocer de los delitos militares. Sin embargo, dicha función jurisdiccional no era plena, habida cuenta de que sus decisiones debían ser aprobadas por el Capitán o Comandante General.

26 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", *op. cit.*, págs. 28-39.

Se contemplaba, igualmente, un Consejo de Guerra de Oficiales Generales que se encargará de juzgar a los oficiales por la comisión de delitos militares, no requiriendo la aceptación o aprobación previa de la Autoridad Militar como ocurre con el Consejo de Guerra Ordinario.

Seguidamente, encontraremos las Ordenanzas de 13 de octubre de 1748, dadas por Fernando VI, quien regula la estructura orgánica de la jurisdicción militar de la siguiente manera:

- El Consejo de Guerra Criminal, instituido para Sargentos, Tambores, Cabos y soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados, Oficiales de Mar de todas clases y Artilleros, marineros y grumetes de servicio en navíos de la Armada. Contra las sentencias de este tribunal no cabe apelación.
- El Comandante General del Departamento, con su Auditor, son los encargados de los asuntos civiles y en delitos comunes o que no tengan conexión con el servicio. Contra las sentencias que dicte el Comandante General de Departamento con su Auditor pueden las partes recurrir en apelación ante el Consejo Supremo de Guerra²⁷.

Aquí podemos apreciar cómo la jurisdicción militar tiene amplias competencias que trascienden la salvaguarda de los bienes estrictamente castrenses —como la disciplina y obediencia militar— ya que en esta primera etapa, la jurisdicción militar conocía de causas civiles, penales comunes, militares y contencioso- administrativas.

Asimismo, puede apreciarse cómo, con el surgimiento del Estado moderno, la jurisdicción militar va a establecerse de manera autónoma o especializada respecto de la jurisdicción ordinaria ejercida por el Poder Judicial.

27 N. GONZÁLEZ-DELEITO y DOMINGO, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, *op. cit.*, pág. 41.

5.- EL DECRETO DE UNIFICACIÓN DE FUEROS DE 5 DE DICIEMBRE DE 1868

El Decreto de Unificación de Fueros apunta a suprimir las sub especialidades dentro de la jurisdicción militar, así como otros fueros o jurisdicciones especiales.

Dicho decreto, lejos de menoscabar o suprimir la jurisdicción militar, para incorporarla dentro de la ordinaria —insertando su estructura orgánica dentro del Poder Judicial— permite más bien la reafirmación del distanciamiento entre jurisdicción militar y jurisdicción ordinaria, sirviendo de fundamento para la autonomía de la primera respecto de la segunda.

Así Parada Vásquez²⁸, observa:

- Que después del Decreto de Unificación de Fueros, la competencia de la jurisdicción militar, aunque reducida a la materia penal, sigue siendo amplísima y se describe en el Decreto de 31 de diciembre de 1868. Aparte de los delitos militares, la justicia castrense conoce de las causas por delitos comunes, salvo algunos exceptuados; además, el fuero castrense atrae a los paisanos por delitos militares (traición, sedición de tropa y auxilio a la desertión, delitos de robo de armas o pertrechos) o cometidos en lugares militares, o por los contratistas, o bien porque tales delitos se definen en los bandos que conforme a Ordenanza pueden dictar los generales en jefe de los Ejércitos.
- Esta previsión es de enorme significación política porque en último término descansa en ella tanto la política y acción sobre el mantenimiento del orden público como la legitimación y la eficacia de los pronunciamientos militares. Más aún, la jurisdicción militar ampliará su competencia tomando como excusa la caracterización de la agresión al centinela y a la fuerza Armada como delito militar y aforado y, en 1906, en aplicación de la Ley de Jurisdicciones, a los delitos de injurias a las instituciones y corporaciones militares. No sorprende, pues, que el artículo 95 de la Constitución de 1931 cifera la jurisdicción militar “a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados”, prohibiendo que se estableciere “fuero alguno por razón de las personas o de los lugares”,

28 R. PARADA VÁSQUEZ, “Toque de silencio por la justicia militar”, *op. cit.*, págs. 26-27.

exceptuando, lógicamente, “el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público”.

Así, en virtud de este decreto, la jurisdicción militar seguiría conociendo de casos o delitos comunes cometidos por militares, así como procesando a civiles en determinados casos. Sin embargo, se suprime la competencia de los juzgados militares para conocer causas contencioso-administrativas.

No obstante esta posición —compartida también por San Cristóbal Reales— Doig Díaz²⁹ sostiene de manera distinta que, en virtud del Decreto de Unificación, se pretendió reducir los alcances de las competencias de la jurisdicción militar, que se extendía incluso a las familias de los militares. Así, a su entender, independientemente de la naturaleza de las causas —sin importar que se tratase de materia civil o penal— bastaba la sola *conexión* o vínculo con el personal militar para legitimar la jurisdicción militar como ente competente para asumir competencia sobre determinado tipo de causas.

Posición similar a la de Doig Díaz la encontramos en Fernández Segado³⁰, quien sostiene lo siguiente:

- El Decreto-Ley de Unificación de Fueros, de 6 de diciembre de 1868, es posiblemente el mayor intento de todo el siglo XIX de reducir a sus estrictos límites la competencia de la jurisdicción castrense.
- Su artículo 1. prescribe que, desde el mismo momento de la publicación de la norma, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer, entre otros, de los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en activo; de los delitos comunes

29 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 29. Al respecto, la autora menciona lo siguiente: “[...]. Piénsese que hasta la promulgación del Decreto de Unificación, los tribunales militares conocían de los negocios comunes, civiles y criminales de los militares retirados del servicio y los de sus mujeres, hijos, criados, aunque estén en activo; y, por último, de los cometidos por militares antes de pertenecer a la milicia.”

30 F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La Jurisdicción militar en perspectiva histórica”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56- 57, julio-diciembre 1990, enero-junio 1991, pág. 31.

cometidos en tierra por la gente de mar y de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar.

6.- LA LEY PROVISIONAL SOBRE ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE 1870

La Ley Provisional del Poder Judicial de 1870 (LPPJ) se erigió como una norma fundamental. Mediante ella se intentaba que la reforma del sistema de administración de justicia —aunque no exenta de omisiones— tendría repercusiones a gran escala en la regulación normativa de la jurisdicción militar, conforme pretendemos describir en las siguientes líneas.

De acuerdo con San Cristóbal Reales³¹:

Solo a partir de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870 se inicia un verdadero camino para la inamovilidad judicial, y a partir de ella puede empezar a hablarse de una magistratura que aspira realmente a ser independiente a nivel personal, aunque no de un Poder Judicial autónomo. Es a partir de este momento, cuando la jurisdicción militar se convierte en especial por dejar de asumir garantías adoptadas para la jurisdicción ordinaria.

La LPPJ precisa que la legitimación de esta jurisdicción especial se sustenta en el bien jurídico protegido y en el personal que es sometido a los procesos militares. Es decir, se requiere que los imputados sean militares o marinos y que se les impute un acto realizado mientras se encuentran en servicio activo.

Esta delimitación de los alcances de la jurisdicción militar se realiza en razón de que esta era vista como una transgresión directa del principio de igualdad de los ciudadanos, así como una contravención de la intención de la Constitución de 1812 de concentrar en un único órgano, el Poder Judicial, el ejercicio de la función jurisdiccional.

31 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 48.

Complementariamente a esta delimitación de las competencias de la jurisdicción militar —a asuntos estrictamente castrenses, procurando dejar de lado la atribución de competencias para conocer sobre delitos comunes cometidos por particulares o que no pretendan salvaguardar la disciplina y obediencia militar— se dispuso la eliminación de los denominados “fueros privilegiados” o “sub especialidades” por cuanto atendían al grado del imputado antes que al hecho mismo que era objeto de imputación.

Cabe precisar, sin embargo, que con la LPPJ de 1870 no podía hablarse todavía de una autonomía de dicho poder del Estado, puesto que este se encontraba orgánica y administrativamente dentro del Ministerio de Justicia. Así, en la medida que era el Gobierno el que, a través del Ministerio de Justicia, iba a emitir las normas sobre el acceso y ascenso en la carrera judicial, no se podía invocar un adecuado cumplimiento del principio de independencia jurisdiccional.

No obstante este intento de unificación, cabe mencionar con San Cristóbal Reales³² que “la unificación de fueros lograda en 1870 (excepto el fuero militar ordinario y eclesiástico) había desaparecido un siglo después, apareciendo multitud de tribunales no ordinarios, y aumentándose la competencia de los tribunales militares.

Así las cosas, podríamos concluir, a grandes rasgos, que esta Ley se concentró en la distribución de competencias que serían conocidas por la jurisdicción militar y en regular algunas instituciones o mecanismos propios de la jurisdicción ordinaria, tales como el jurado o el concurso para el acceso a la carrera judicial. Sin embargo, en lo que respecta a la jurisdicción militar, se omitió profundizar la regulación del régimen o el estatuto de quienes ejercerían, la jurisdicción militar.

La LPPJ acoge —nuevamente, como ya había ocurrido con el Decreto de Unificación mencionado en 31 4.5. y con la Constitución Política, un año antes— el principio de unidad de los fueros, es decir, de la unidad de la función jurisdiccional, más allá de las especialidades. En atención a ello, se reconoce la

32 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, pág. 57.

competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción de guerra y marina para conocer y resolver todos aquellos delitos cometidos por militares y marinos en servicio activo.

Sin embargo, una interpretación a contrario —en el ámbito subjetivo— permitiría arribar a la conclusión de que deberían quedar excluidos de los alcances de la Ley los familiares de los militares, así como los militares en situación de retiro. En el ámbito objetivo, de modo distinto pero complementario, quedarían excluidos de la competencia de la jurisdicción militar todos aquellos actos cometidos fuera del servicio activo, es decir, las faltas o delitos en los que pudiera haber incurrido un miembro del Ejército o la marina, antes de su ingreso a dichas instituciones Armadas.

Sin embargo de lo dicho, la Ley Provisional en referencia omitió regular lo relativo a la *magistratura* militar; es decir, omitió referirse a quienes tenían que ejercer las competencias que estaba distribuyendo. Ello nos lleva necesariamente a remitirnos a la regulación del estatuto de la jurisdicción militar.

Aquí, nos encontramos con la figura del “*auditor*” que, en palabras de Doig Díaz³³, “[...] constituye el auténtico precedente del actual cuerpo de funcionarios militares integrantes del Cuerpo Jurídico, cuyo antiguo papel como asesor de la milicia pero ajeno a ella, garantizaba cierta independencia en su labor.”

Resulta importante destacar, en este respecto, que el primer antecedente de la integración de la jurisdicción militar no refería, en sí, a un integrante de las Fuerzas Armadas. Merece resaltarse este punto porque una de las principales críticas — en la que se centra mayor atención cuando se realiza el análisis de la regulación de la jurisdicción militar— está referida a la pertenencia de los *Jueces militares* a la estructura orgánica interna de las Fuerzas Armadas y, con ello al potencial menoscabo que esto podría suponer, para los principios de independencia e imparcialidad, dada la obligatoriedad de cumplimiento de los deberes de disciplina, jerarquía y obediencia que se predicen en la vida militar.

33 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 30.

Pero ¿cuáles eran los requisitos para acceder al cargo de *auditor*?

Atendiendo a lo dispuesto en la Real Orden del 6 de junio de 1846, dichos requisitos eran fundamentalmente dos:

- a. Cumplir con los mismos requisitos que se exigen en la carrera judicial para los Magistrados de audiencia. Ello, sin embargo, podría ser utilizado en la actualidad como un argumento para *insertar* a la jurisdicción militar dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial —y no de las Fuerzas Armadas o del Ministerio de Defensa— procurando optimizar, según esta corriente, los principios de independencia e imparcialidad.
- b. Haber realizado servicios militares (no servicio militar activo, sino jurídico) de relevancia lo que, en cierta medida, permitiría asegurar un adecuado y elevado nivel de conocimientos de la normativa militar.

Pero tenemos otro hito relevante en la regulación orgánica de la jurisdicción militar. Efectivamente, mediante Real Decreto del Ministerio de Guerra de 1852, se produjo una mayor identificación —a través de la asimilación de puestos— entre los auditores de guerra y los cargos judiciales. Por ejemplo, los auditores percibían lo mismo que los Jueces de audiencia (ello resultaba razonable si tomamos en cuenta que se les exigía los mismos requisitos para acceder al cargo): e igualmente, una misma persona podía compartir ambos cargos de auditor y juez de audiencia.

Este Real Decreto incorpora también un requisito: para ser propuesto como auditor se requiere haber ejercido ocho (8) años el cargo de fiscal de Juzgado de Guerra, de asesor o de fiscal del Juzgado de la Intendencia General Militar. Esto nos permite apreciar que la estructura orgánica de la justicia militar estaba integrada por muchos más funcionarios que los auditores. Así, tenemos a los siguientes:

- Auditores.
- Fiscales.
- Abogados de las personas de escasos recursos.
- Asesores.
- Fiscales de los Juzgados de Artillería e Ingeniería.

Adviértase que era un requisito indispensable para acceder al cargo tener formación jurídica, es decir, ser abogado. Este dato también merece ser destacado, puesto que en la actualidad también existen discrepancias sobre si lo relevante para ejercer la jurisdicción militar es la formación jurídica o, de lo contrario, debe primar el conocimiento de la vida militar, esto es, que el juez militar, abogado o no, sí debe ser necesariamente un integrante (en actividad o situación de retiro) de las Fuerzas Armadas.

Así, pues, en virtud del Real Decreto de 1852 ya referido y, en general, en esta primera hora de la evolución de la jurisdicción militar se puede apreciar que quienes integraban esta estructura organizativa, si bien conocían de causas militares, no eran militares, sino civiles; es decir, personas, juristas que no formaban parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y que, en consecuencia, ejercían un control externo antes que interno de la actuación de aquellas.

¿Cómo llegamos, entonces, a la integración del cuerpo jurídico que integraba la magistratura o jurisdicción militar? Pues todo habría comenzado con la omisión —en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial— de la regulación de los denominados *auditores de guerra*. Al no existir mayores referencias o regulaciones en torno a estos, se entendió que, en puridad, no formaban parte de la administración de justicia clásica u ordinaria, es decir, del Poder Judicial. Si los *auditores de guerra* no hubieran formado parte del Poder Judicial pero sí del ejercicio de la función jurisdiccional militar, entonces hubiera debido incorporárseles a alguna estructura organizativa, a la milicia, a las Fuerzas Armadas.

Así lo advierte con acierto Doig Díaz³⁴, al señalar que:

Al no incluir a los jurídicos militares en la carrera judicial que contempló la Ley del Poder Judicial, el Decreto de 9 de abril de 1874 resolvió integrar el Cuerpo Jurídico Militar en los Cuerpos auxiliares del Ejército, con la consiguiente asimilación militar de todos sus miembros, el ingreso por oposición, el ascenso de grado en grado en función de la antigüedad y el derecho al uso del uniforme militar.

34 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 32.

En esta instancia cabe preguntarse si —más allá del reconocimiento de los principios de independencia e imparcialidad de los integrantes de la jurisdicción militar— resultaba materialmente posible que esos principios fuesen respetados en la realidad; sobre todo, si seguían siendo parte de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, se encontraban sometidos a criterios de jerarquía, disciplina y obediencia; también, se hace necesario interrogarse qué tan independiente o imparcial podría ser un juez militar que tenía que procesar a un superior. Estas preguntas, ciertamente muy actuales, bien pudieron formularse en aquel momento.

Efectivamente, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar —aprobado mediante Decreto de 1974— establecía que los Jueces militares eran responsables de las decisiones jurisdiccionales que adoptaban, siempre que existiera una aceptación de los mandos castrenses; esto es de los capitanes, comandantes o generales. En otros términos, la libertad de pensamiento o la independencia jurisdiccional, por la dación de la normativa referida, se encontraba condicionada, restringida (algunos podrían decir, anulada o desconocida) al libre albedrío, a la discrecionalidad de los mandos militares (no jurisdiccionales) superiores. No nos encontramos ante el superior jerárquico jurisdiccional dentro de la estructura orgánica de la jurisdicción militar, sino ante un superior, ante un alto mando militar.

Es en este periodo que, con el Decreto de 1874, se identifican dos cuerpos normativos, o sub especializaciones dentro de la jurisdicción militar: a) guerra y b) Armada. No obstante esta sub especialización, ambas eran dirigidas por el presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, órgano que dependía del ministro de guerra³⁵.

Pero, a pesar de la incorporación, por asimilación —de quienes ejercen la jurisdicción militar— a la estructura organizativa de las Fuerzas Armadas, el Decreto de 1874 no eximió de los requisitos que, para formar parte de su cuerpo jurídico se necesitaban: título de licenciado en derecho o doctor y superar una oposición. De esa manera, se procuró un punto medio. Por lo tanto, más allá de los cuestionamientos a la independencia jurisdiccional, con la permanencia de

35 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 33.

este requisito se aseguró que el *juez militar* no solamente conociera la vida y el pensamiento militar —al formar parte de las Fuerzas Armadas— sino también que conozca de Leyes y que su formación jurídica le permita comprender la lógica de las normas o disposiciones normativas.

Dentro de la regulación de la magistratura jurisdiccional militar destacan dos elementos a tomar en cuenta: a) cómo o quién decide el ingreso a la jurisdicción militar, sobre todo si no iban a formar parte del Poder Judicial; y b) qué atribuciones se otorgaban a los encargados de participar y ejercer la función jurisdiccional militar.

En lo que respecta a lo primero, tenemos que el número y distribución de funcionarios militares, en cada categoría o nivel en la jurisdicción militar, eran decididos por el Ministerio de Guerra. Los censos, en principio, estaban supeditados al criterio de antigüedad, con la salvedad de algunos cargos específicos, como los de fiscal togado, teniente fiscal, abogados fiscales y relatores del Consejo Supremo de Guerra. El acceso a dichos cargos dependía del Gobierno el cual decidía sobre la base de la propuesta formulada por una junta inspectora, que era parte del Consejo Supremo de Justicia Militar. En 1893 el sistema de ascensos y elección fue modificado, dejando la atribución de proponer en manos del presidente (ya no junta) del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

En el caso específico de la Armada, los ascensos se realizaban en función de la antigüedad, desde los auxiliares hasta el ministro togado; salvo, aquellos casos expresamente señalados en la Ley en los que regía la elección. Dicha elección, o nombramiento, era realizada por el Gobierno.

Así, podemos apreciar que, tanto en el Ejército como en la Armada, existía un enorme control por parte del Poder Ejecutivo en el proceso de nombramiento y ascenso de los integrantes de la jurisdicción militar. Esto puede ser entendido como una incidencia negativa en el principio de independencia e imparcialidad de la jurisdicción referida.

Pero, ¿qué ocurre con la distribución de competencias entre los distintos cargos que existen en el cuerpo jurídico militar y entre los funcionarios y autoridades que tienen algún grado de intervención en el ejercicio de dicha jurisdicción? En líneas generales podríamos sostener que la concentración de

atribuciones o competencias podría supeditarse al nivel o jerarquía. Veamos el siguiente cuadro y procuremos sistematizar la información proporcionada³⁶.

CUADRO N° 1
JURISDICCIÓN MILITAR
Grados, cargos y funciones

GRADO	CARGO	FUNCIONES
1°	Ministros togados	Judicial o fiscal en el Consejo Supremo de Guerra y Marina, así como de asesoría al Ministro de Guerra.
2°	Auditor general	Jurisdiccionales en juzgados ordinarios y causas de la jurisdicción extraordinaria; asimismo, administrativas y de asesoría.
3°	Auditor	Similares a las del auditor general en distintos lugares; además, funciones fiscales.
4°	Teniente auditor	Relatoría
5°	Teniente auditor de primera clase	Fiscales y de asesoría.
6°	Teniente auditor de segunda clase	Secretario relator o fiscal.
7°	Teniente auditor de tercera clase	Fiscales o de asesoría.

En razón de la información contenida en el Cuadro N° 1, puede inferirse que había un común denominador entre las funciones atribuidas a las autoridades de los distintos órganos o niveles de la jurisdicción militar: No existía una autoridad que ejerciera función jurisdiccional; otra, la fiscal; y otra, la de asesoría. Estas se entrecruzaban y condensaban en la gran mayoría de niveles o jerarquías. Ello bien pudo generar incompatibilidades y transgresiones al principio de imparcialidad, en el sentido de que, al ejercer funciones fiscales y jurisdiccionales, bien podría darse el caso de que una misma autoridad —por ejemplo, un auditor— se encontrara en la posibilidad de ejercer función jurisdiccional respecto de una causa en el que ya había asumido función fiscal.

36 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., págs. 34-35.

7.- LA CODIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Explica bien Casado Burbano³⁷ que, en la propia Constitución de Cádiz (1812), se planteó el tema de decidir sobre la unificación de fueros, justificando el mantenimiento del militar en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere, ya que solo tal disposición era capaz de lograr la disciplina y subordinación.

Esta etapa se inicia en 1882, con la dación de una Ley autoritativa por la se otorgaba competencia al Gobierno para dar una Ley de organización y funciones de los tribunales de guerra y marina. En virtud de ella se emitieron:

- a. La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra (1884).
- b. Código Penal Militar (1884).
- c. Ley de Enjuiciamiento Militar (1886).
- d. Código Penal de la Marina (1888).
- e. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina (1894).
- f. Ley de Enjuiciamiento Militar para la Marina (1894).

Ya en estas normas puede apreciarse que la potestad jurisdiccional recaerá en órganos que estarán integrados principalmente por militares no abogados, pero que serán asesorados por algún miembro del denominado Cuerpo Jurídico Militar.

En la jurisdicción militar asimismo, existían dos órganos: el Consejo de Guerra Ordinario y el Consejo de Guerra de Oficiales. La competencia de ambos se determinaba en función del sujeto que iba a ser procesado. Es decir, más que por materia, se otorgaba la competencia en razón de la jerarquía o grado militar, lo cual nos da algunas luces para entender cómo se pretendía *optimizar* el ejercicio imparcial de la función jurisdiccional (recuérdese el temor o los reparos, dado el deber de obediencia castrense).

37 P. CASADO BURBANO, "Visión histórica del Derecho Penal Militar Español", *op.cit.*, pág. 37.

Siguiendo nuevamente a Doig Díaz³⁸, podemos graficar la distribución de competencias de la siguiente manera:

CUADRO N° 2
JURISDICCIÓN MILITAR
ÓRGANO JURISDICCIONAL Y COMPETENCIA

ÓRGANO JURISDICCIONAL	COMPETENCIA
Consejo de Guerra Ordinario	Causas contra miembros de tropa y civiles.
Consejo de Guerra de Oficiales	Causas contra: <ul style="list-style-type: none"> • Oficiales del Ejército y asimilados; personal de tropa con grado de oficial o de la Cruz de San Fernando • Civiles, siempre que fuesen senadores o diputados de las Cortes; Jueces de primera instancia y promotores fiscales; Jueces eclesiásticos y funcionarios del orden administrativo que ejerciese autoridad; Magistrados y fiscales de audiencias; jefes superiores de administración y gobernadores de provincia, entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto en el Cuadro N° 2, podríamos remitirnos a lo señalado por Fernández Segado³⁹, quien, de manera más sistemática, señala que la jurisdicción penal militar quedaba constituida de la siguiente forma:

- a. Órganos jurisdiccionales del Ejército eran: los Capitanes Generales de Distrito (Región), los Generales en Jefe de Ejército y los Generales y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, los Gobernadores de plazas y fortalezas sitiadas o bloqueadas y Comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina.

38 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, *op.cit.*, pág. 37.

39 F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La Jurisdicción militar en perspectiva histórica", *op.cit.*, pág. 35.

- b. Órganos jurisdiccionales de la Marina eran: el Consejo de disciplina, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de oficiales generales, los Capitanes Generales de Departamentos marítimos y Comandantes Generales de Escuadra, la Autoridad jurisdiccional de Marina en Madrid y el Consejo Supremo de Justicia, denominado de Guerra y Marina.
- c. Por lo que hace a la competencia de estos órganos, hay que significar que tanto en el Ejército como en la Marina, se basa en el tríptico de materia, persona y lugar, en unas líneas acordes con las ya referidas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien, las circunstancias políticas propiciarán el progresivo recurso a la jurisdicción castrense con fines de represión política, tal y como ya hemos puesto de relieve, con la consiguiente expansión de esta jurisdicción.
- d. Finalmente, el mando y la jurisdicción serían ejercidos por la Autoridad militar con el asesoramiento del Auditor.

7.A. El Código Penal del Ejército de 1884

El Código Penal del Ejército de 1884 (CPE) —expresa Muga López⁴⁰— representó para el Ejército el primer logro codificador, en el amplio sentido en que ha de entenderse la codificación: ordenamiento de normas jurídicas e instauración de los nuevos principios penales. Lamentablemente, el camino recorrido desde la Constitución de 1812 fue lentísimo y la legislación penal militar española se codificó cuando ya lo había hecho la totalidad de los ordenamientos civiles y penales de la legislación común. No ha de creerse que este notable retraso se debió tan solo a las dificultades nacidas de lo complicada y a veces poco conocidas legislación penal militar, sino a razones más profundas.

Al respecto, Muga López⁴¹ reconoce que, por unas u otras razones, la legislación penal militar mantuvo durante largo tiempo unas penas y unos procedimientos impropios; sobre todo, en el último período que precedió a

40 F. MUGA LÓPEZ, "Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. Notas para la historia de la Codificación del Derecho Penal Militar, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 2, 1956, págs. 56-57.

41 F. MUGA LÓPEZ, "Antecedentes del Código Penal Militar de 1884...", *op.cit.*, pág. 57.

la publicación del Código Penal Militar. Es evidente que esta situación pudo haberse liquidado de una u otra forma, pero es justo reconocer la labor de unos hombres desinteresados, movidos por un simple afán de justicia y de mejoramiento del Ejército quienes —con sus trabajos particulares— propiciaron la formación de una conciencia necesaria para la reforma y, después, le dieron una base material que se convirtió en el Código Penal del Ejército. Esta fue la Ley técnicamente mejor trabajada pero, lamentablemente, fue de corta vigencia.

En este Código se tipifican infracciones que no solo están vinculadas directamente con el servicio militar —infracciones estrictamente militares— sino que también tipifica, como delitos, transgresiones a las Leyes ordinarias, alegando que estas contravenciones podrían tener cierta incidencia negativa en la disciplina castrense.

Igualmente, intentando diferenciarlo de la jurisdicción ordinaria, en el Código se tipifica como delitos militares las conductas carentes de intencionalidad (la cobardía, por ejemplo). En atención a ello, se excluye —como una causal eximente de responsabilidad penal militar— al miedo insuperable en el caso de la comisión de delitos.

A propósito de estos, conviene precisar que son divididos en dos secciones: a) delitos de naturaleza estrictamente militar y que, en consecuencia, solo podían ser cometidos por militares; y b) delitos comunes, que podían ser cometidos por civiles, pero que eran conocidos por la jurisdicción militar atendiendo a la afectación que podían generar al Ejército.

Dentro de los delitos estrictamente militares, tenemos los de abandono del servicio; negligencia; maltratos a inferiores; desertión; embriaguez; asistir a manifestaciones políticas; y uso indebido de las insignias militares, entre otros.

Dentro de los delitos comunes, conocidos por la jurisdicción militar se consideran los de rebelión; espionaje; violación cometida a favor de los actos de servicio; robo o hurto en dependencias militares; enajenación de armas; prendas o efectos militares; y falsificación de documentos militares, por citar algunos de ellos.

7.B. El Código Penal de la Marina de Guerra de 1888

Este Código Penal de la Marina (CPMG), en verdad, no significó más que una adaptación del Código de Penal del Ejército de 1884, a las actividades propias de la Marina.

Para Casado Burbano⁴² este Código, gestado en forma análoga a la del Ejército, presentaba su misma estructura. Del Libro I, o de Disposiciones Generales, merecen destacarse las definiciones que se daban de delito o falta referidas a las acciones u omisiones penadas por la Ley y ejecutadas con malicia, las cuales fueron tomadas, sin duda, del Proyecto del Código Penal Común; asimismo, la distinción que hacía entre delitos militares (los que afectan directamente a la disciplina o violan algún deber exclusivamente militar); por profesionales (cuando se falta a algún deber que están obligados a cumplir los miembros de la Armada); y los comunes.

Una especial tratamiento es el referido a la sordomudez como circunstancia eximente o atenuante, tenida en cuenta por primera vez en la legislación española; asimismo, la enumeración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El Libro II —prosigue Casado Burbano— comprendía nueve títulos sobre los delitos contra las Seguridad del Estado. Entre ellos, se incluían los denominados “contra el derecho de gentes”; “contra el orden público y la seguridad de la Armada”; “contra los deberes del servicio militar”; asimismo el de insubordinación; el de insulto a centinela, salvaguardias o fuerza armada; el homicidio y las lesiones; además, los delitos de malversación, de falsedad y contra la propiedad. Este Código supuso un notorio avance en el tratamiento de la materia, lo cual le permitió estar en vigencia hasta su derogación por el Código Justicia Militar de 1945.

42 P. CASADO BURBANO, “Visión histórica del Derecho Penal Militar Español”, en *Comentarios al Código Penal Militar, op.cit.*, pág. 40.

7.C. El Código de Justicia Militar de 1890

En 1890 se emitirá el Código de Justicia Militar, mediante el cual se normarán, por primera vez, los parámetros para la asignación y distribución de competencias: persona, delito y lugar de comisión del hecho imputado. Este Código amplía —como ya había ocurrido con la Ley de Secuestros de 1877— las competencias de la jurisdicción militar, permitiendo conocer de los delitos de injurias al Ejército. Además de la materia penal, este Código incluía normas procesales y regulaba la estructura orgánica de la jurisdicción militar.

Un aporte significativo del Código de 1890 significó la distinción entre las faltas (graves o leves) y los delitos militares. Ello implicó no solo una aplicación del principio de lesividad sino que algunos delitos de poca relevancia pasaran a ser tipificados como faltas.

Otros elementos rescatables del Código de 1890 fueron la remisión o aplicación supletoria del Código Penal ordinario para la valoración de las causales eximentes de responsabilidad penal.

Tiempo después, en la década de 1920, las competencias de la jurisdicción militar volverán a ser ampliadas. Efectivamente en la dictadura de Primo de Rivera se amplía la competencia de la jurisdicción militar, utilizando el fuero militar para delitos de altísima peligrosidad. Prueba de ello son el Real Decreto de 18 de septiembre de 1923, que castiga los delitos contra la seguridad y unidad de la Patria y, cuanto tienda a disgregarla, restarle fortaleza y rebajar su concepto, ya sea por medio de la palabra o por escrito ya sea por la imprenta o cualquier medio mecánico o gráfico de publicidad y difusión, o por cualquier clase de acto o manifestaciones⁴³.

La segunda disposición, es el Real Decreto de 13 de abril de 1924 que consideró delitos militares, que habían de ser juzgados en juicio sumarísimo, todos los delitos de robo a mano armada realizados contra establecimientos

43 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 60.

de comercio o banca o sus oficinas, o contra los agentes, contratistas o personas encargadas de valores. La tercera disposición es el Real Decreto de 25 de diciembre de 1925, que sometió a la jurisdicción de Guerra los delitos cometidos por medio de explosivos, así como de todos aquellos que atentaren contra la seguridad del Estado y el Jefe del Estado⁴⁴.

8.- LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LA SEGUNDA REPÚBLICA

De acuerdo con lo manifestado por Fernández Segado⁴⁵:

- Los tres primeros meses del régimen político instaurado el 14 de abril de 1931 nos muestran una verdadera eclosión de disposiciones relativas a la jurisdicción castrense, cuyo común denominador nos viene dado por la reducción de su extensísimo ámbito competencial, el establecimiento de un mínimo de garantías para los inculpados, la profesionalización y tecnificación de la jurisdicción castrense y el intento de compaginar su existencia con el principio de unidad jurisdiccional. En definitiva, se pretende su reducción a un orden jurisdiccional especializado.
- Así, en la Segunda República, con la Constitución de 1931 y los Decretos promulgados en ese mismo año, se procurará circunscribir la jurisdicción militar a los delitos militares, servicios de armas y a la disciplina de los institutos armados, dejando de lado los parámetros especiales (lugares) y personales (grado o jerarquía), en procura de optimizar el criterio objetivo o material, esto es, aquel que viene determinado por el bien jurídico protegido que pretende ser protegido a través de los delitos militares.

En el mismo sentido Canosa Usera⁴⁶ afirma que la Constitución de 1931 intentó restringir radicalmente el ámbito jurisdiccional castrense a lo penal, y dentro de esta esfera a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados. La loable pretensión republicana de

44 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, *op.cit.*, pág. 61.

45 F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La Jurisdicción militar en perspectiva histórica", *op.cit.*, pág. 39.

46 R. CANOSA USERA, "Configuración constitucional de la jurisdicción militar", *op.cit.*, pág.12.

imponer límites nítidos a la excepción que la existencia de la jurisdicción militar siempre supone, no fue bastante para impedir que la misma inercia histórica pusiera en manos de los militares, una vez más, los destinos de España.

Tiempo después, dado el Decreto de 14 de abril de 1931, este constituyó un reconocimiento de los excesos en las competencias otorgadas a la jurisdicción militar y de los abusos y excesos cometidos en el ejercicio de la misma, ya que este Decreto otorgaba amnistía a todos aquellos que habían sido procesados por delitos políticos, independientemente de la jurisdicción ante la cual hubieran sido procesados.

Sin embargo, en el marco de la Segunda República, se intentó limitar y delimitar más adecuadamente las competencias de la jurisdicción militar en atención a las funciones que realizan las Fuerzas Armadas. Así tenemos que, mediante el Decreto del 17 de abril de 1931, se derogó la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, que otorgaba competencia a la jurisdicción militar para conocer los delitos cometidos por medio de la imprenta.

En ese mismo año, se dieron los decretos por los que se pretendió reformar la jurisdicción militar, en sus sub especialidades de guerra y marina. A través de ellos se circunscribió el alcance de sus competencias a los hechos o delitos esencialmente militares, dotando a la normatividad militar de un elemento fundamentalmente objetivo para la distribución de dichas competencias. Así se dejó de lado el criterio subjetivo o de la importancia del imputado como factor determinante para la atribución de competencias en la jurisdicción militar.

Respecto de estos decretos, Fernández Segado⁴⁷ señala que la norma más trascendental en estos primeros momentos de la República, por lo que a la jurisdicción militar se refiere, es el Decreto-Ley de 11 de mayo de 1931 (ratificado con carácter de Ley por la de 18 de agosto del mismo año), que, básicamente, se proyecta en una triple dirección:

- a. La reducción de la competencia de la jurisdicción castrense al delito esencialmente militar.

47 F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La jurisdicción militar en perspectiva histórica", *op.cit.*, pág. 39.

- b. La privación al mando militar de toda potestad jurisdiccional.
- c. La disolución del Consejo Supremo de Guerra y Marina y la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se confieren las atribuciones de aquel.

Así, pues, en el marco de esta reforma estructural de la jurisdicción militar, se disuelve el Consejo Supremo de Guerra y Marina y se crea la Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo. La finalidad era incorporar la jurisdicción militar dentro de la estructura orgánica o, por lo menos, dentro del marco normativo o reglas del Poder Judicial; y ello, porque dicha Sala estaba compuesta, entre otros, por dos Magistrados supremos y sus integrantes, en general, se encontraban sometidos a las reglas disciplinarias del Tribunal Supremo.

Sin embargo, más allá de la intención, lo normado no garantizaba una adecuada optimización de los principios de independencia e imparcialidad. Así lo entiende Doig Díaz⁴⁸ cuando señala que:

La composición que se dio a la Sala de Justicia Militar no ofreció las cuotas de imparcialidad e independencia de la que se pretendió dotar a este tribunal, tanto porque determinó su nombramiento el Ejecutivo, cuanto por existir entre sus miembros mayoría de Magistrados militares, siendo, paradójicamente, la sala que resolvió los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar.

Un aporte importante vino dado por la distribución o adecuada separación de las funciones de mando o autoridad militar y el ejercicio de la jurisdicción militar, defecto que había sido advertido respecto de la legislación preexistente.

En cuanto a la tramitación de los procesos ante la jurisdicción militar, con la finalidad de salvaguardar el derecho al debido proceso de los imputados, se dispuso que estos gocen de las mismas garantías que proveía la jurisdicción ordinaria, disponiéndose la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los procesos militares.

48 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 40.

En 1932 se pretendió “desmilitarizar la jurisdicción militar”, disponiendo que los Jueces militares y quienes integrasen el Cuerpo Jurídico Militar fuesen civiles, licenciados en Derecho, que no fueran ni debieran ser asimilados a las Fuerzas Armadas, ni contar con una categoría militar siendo, más bien, que estas autoridades y funcionarios deberían ser parte de la carrera judicial.

Como era de esperarse, la pretendida “desmilitarización” y “ordinarización” de la jurisdicción militar —por las que se pretendía separar institucionalmente a los integrantes de la jurisdicción militar de las Fuerzas Armadas, incorporándolos a la carrera judicial, dejando de lado los principios de jerarquía, disciplina y obediencia castrenses— no fue aceptado por los militares.

9.- LA JURISDICCIÓN MILITAR Y EL FRANQUISMO

De 1939 a 1975, España vivió bajo un régimen autoritario. El general Francisco Franco mantuvo un férreo control sobre la sociedad española. Pero, el General Franco tuvo que apoyarse en distintos sectores que constituían el bloque dominante por ese entonces: falangistas, monárquicos, militares, franquistas puros y tecnócratas. En última instancia era El Generalísimo quien movía por propia voluntad las piezas del tablero.

Para Gil García⁴⁹:

[...] el Estado franquista utilizó el Ejército como uno de los pilares de su organización al cual recurrir, tanto para mantener directa o indirectamente el sistema como para proveer con sus miembros carteras ministeriales y otros destacados cargos públicos. La prevalencia marcial, no obstante, fue desde los años setenta más aparente que real, resolviéndose instrumentalización que culmina en la imagen de las Fuerzas Armadas como servidora de los intereses sectoriales concitados con el Estado. Dentro de este panorama la justicia militar actúa como factor político de primer orden, puesto que tiene atribuido el conocimiento de los delitos de terrorismo, pasando por los de injurias al Ejército.

49 O. GIL GARCIA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., pág. 65.

Un elemento relevante que no podemos perder de vista al momento de analizar la influencia del franquismo en la regulación de la jurisdicción militar, consiste en que se trató de una dictadura que tuvo un considerable respaldo militar. En ese sentido, no resultaba extraño que, en dicho régimen, se concentraran nuevamente las competencias jurisdiccionales en manos de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Y no solo hablamos del conocimiento de causas que efectivamente tenían vinculación con la labor o vida militar, sino también de procesos o delitos que eran, claramente, *civiles* o pasibles de conocimiento por la jurisdicción ordinaria.

Un ejemplo de ello lo constituye el acaparamiento y la especulación, en virtud de la Ley del 26 de octubre de 1939, que fue atribuida a la jurisdicción militar. Similar situación ocurría con los delitos contra el prestigio y seguridad del Estado, aunque debemos reconocer que, dada la materia, resultaba aceptable o, al menos justificable, que se otorgara dicho tipo de procesos a la jurisdicción militar.

Otro ejemplo de la extensión de las competencias de la jurisdicción militar, lo tenemos en los delitos de bandidaje y terrorismo, respecto de los cuales la jurisdicción militar —atendiendo a un análisis de la gravedad de los hechos imputados— tenía discrecionalidad para inhibirse a favor de la jurisdicción ordinaria.

Sin perjuicio de los ejemplos antes mencionados, consideramos como un exceso que se otorgara a la jurisdicción militar atribuciones para conocer asuntos derivados de accidentes ferroviarios; o también, de delitos de daños cometidos por el empleo o tenencia de explosivos y sustancias venenosas o corrosivas para la pesca en las aguas del mar.

La competencia objetiva o material no fue la única que fue beneficiada por el franquismo. La jurisdicción militar también amplió el espectro subjetivo de sus competencias. Dicho en otros términos, no solo procesaría y sancionaría a militares, sino también a civiles. Así, además del caso de la *militarización* del personal civil que prestaba servicios de seguridad y vigilancia -que pasaría a formar la Policía- el que se previera la posibilidad de militarizar a las empresas en tiempo de paz, abrió la posibilidad de que el personal de dichas empresas fuera sometido a la jurisdicción militar.

Como resulta evidente, las competencias jurisdiccionales tienen que concretizarse a través de un proceso. Pero en esta situación, nos encontramos ante otro dato relevante: la sumarización de los procesos conocidos por la jurisdicción militar.

Como bien nos recuerda Doig Díaz⁵⁰, “[...] si alguna justificación tenía el procedimiento sumarísimo era, precisamente, el carácter flagrante que presentaban los hechos conocidos a través de él, lo que permitía un mayor conocimiento de los hechos delictivos y del presunto autor, que facilitaba la omisión o reducción de determinados plazos, sin que la búsqueda de la verdad material se vea afectada.”

Sin embargo, la regla en la jurisdicción militar durante el franquismo era la siguiente: independientemente de que existiera flagrancia o no; independientemente de que existiera urgencia en que se resolviera con celeridad o no por el eventual daño a un bien constitucional protegido por el delito tipificado; el procedimiento sería sumario. Ello, por lo tanto, impedía que el juez militar pudiera tener un mayor y mejor acercamiento al caso y a los hechos que lo circunscribían, por lo que dicho juez podía terminar resolviendo o condenando a una persona injustamente, debido a la imposibilidad de contar con todas las herramientas de hecho para resolver correcta y proporcionalmente.

Otro elemento característico de la jurisdicción militar durante el régimen franquista, fue la atribución del principio de competencia de la jurisdicción militar: serían los Jueces militares los que decidirían si un asunto era materia de su competencia o, de lo contrario, competencia del juez ordinario. En tal contexto, se puede presumir con fundamento la existencia de competencia a favor de la jurisdicción militar en todo asunto referido al orden público.

Cabe mencionar que, durante el régimen franquista, no solo se ampliaron considerablemente las competencias de la jurisdicción militar sino que, además, se *militarizó* en cierta medida la jurisdicción ordinaria, ya que se dispuso la incorporación de militares en otras jurisdicciones las cuales pasaban a contar con una configuración mixta. Una muestra representativa la encontramos en el Tribunal de Delitos Monetarios.

50 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 48.

Finalmente Canosa Usera⁵¹, de manera autorizada, dice que el franquismo no hizo más que “confirmar las peores tendencias en el abuso de las Fuerzas Armadas y su consiguiente desnaturalización, al convertirlas en brazo armado de una política de cuyo sostén los Ejércitos fueron instrumento principal”.

10.- El Código de Justicia Militar de 1945

Sobre este código, Casado Burbano⁵² observa que, a diferencia de las normas orgánicas y procesales que sufrieron ciertas reformas al término de la Restauración y durante la II República, las normas militares no fueron alteradas hasta 1945.

Al restablecerse en 1939 el Consejo Supremo de Justicia Militar, se dispuso que este nombrase una Comisión que redactase un proyecto de nueva regulación sobre esta materia. Esta Comisión -integrada en su mayor parte por personal militar perteneciente a los cuerpos jurídicos y a cuya Sección de Leyes penales se incorporó el Catedrático de Derecho penal de Madrid, Cuello Calón, —concluyó su trabajo en 1943—. El proyecto, tras su paso por las Cortes, fue aprobado y promulgado el 17 de julio de 1945, poco tiempo después de haberse aprobado el nuevo Código Penal Común.

Así, pues, en 1945 se promulgó el nuevo Código de Justicia Militar que regularía a los Ejércitos de tierra, mar y aire. Dicho Código se encuentra inspirado en el Código de 1890, por lo que tiene su base en el Consejo de Guerra Ordinario y el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, habiéndose suprimido la Sala Sexta del Tribunal Supremo.

En dicha norma, si bien se logra circunscribir los alcances y competencias de la jurisdicción militar a los asuntos penales, se amplía considerablemente la noción de delito militar, lo cual no solo distorsionó sino que dio lugar a una considerable ampliación de las competencias de la jurisdicción militar.

51 R. CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, *op.cit.*, pág. 12.

52 P. CASADO BURBANO, “Visión histórica del Derecho Penal Militar Español”, en *Comentarios al Código Penal Militar*, *op.cit.*, pág. 41.

No obstante, en ese nuevo Código se establecen algunas novedades sumamente relevantes; por ejemplo, el establecimiento de los principios penales militares y la desaparición del delito de rebelión militar en periodos de paz, el cual pasó a ser competencia de la jurisdicción ordinaria. Asimismo, se excluyó de la competencia de la jurisdicción militar el procesamiento de civiles en delitos contra la institución militar.

Desde el punto de vista del sustento orgánico de la justicia militar, destaca claramente el Consejo Supremo de Justicia Militar, el cual se estatuye como el máximo órgano jurisdiccional militar sobre todos los Ejércitos, aunque dependiente del Ministerio del Ejército. Ello, como se ha manifestado con anterioridad, seguía constituyendo una incidencia negativa para el ejercicio autónomo e independiente del citado órgano jurisdiccional.

Dicho Consejo, presidido por el Capitán General o el Teniente General del Ejército de Tierra, conocería de los procesos seguidos por:

1. Delitos contra el Jefe de Estado.
2. Delito de traición cometido por algún jefe militar al frente de Fuerza Armada.
3. Delitos cometidos contra el Consejo del Reino, las Cortes, el Consejo de Ministros, la Junta Política o el Consejo Nacional de FET y de las JONS.
4. Hechos de armas.
5. Rendición de una plaza, fortaleza, aeródromo, puesto militar, naves del Estado o Fuerza Armada⁵³.

Ahora bien, cabe precisar que el Consejo Supremo de Justicia Militar no era el único órgano jurisdiccional ni tampoco la única autoridad judicial militar en el Código de 1945. Así lo entiende San Cristóbal Reales quien, sobre aquellas otras autoridades judiciales, que eran mandos militares no licenciados en Derecho, menciona lo siguiente:

Son Autoridades judiciales, los Capitanes Generales de las Regiones Militares, los Generales Jefes del Ejército y los Generales Jefes

53 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 73-74.

de Tropa, con mando independiente, a quienes se les hubiera atribuido expresamente jurisdicción; los Capitanes y Comandantes Generales de Departamento, Comandantes Generales de escuadra y el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina; y los Generales Jefes de Regiones y Zonas Aéreas (art. 49)⁵⁴.

Estas autoridades poseían, entre otras, las siguientes competencias:

1. Ordenar la formación de procedimientos judiciales contra militares de todas clases y demás personas sometidas a su jurisdicción, cuando no los hubiesen mandado instruir las Autoridades o Jefes facultados al efecto.
2. Nombrar los Jueces instructores y Secretarios para las causas que ordenen instruir, confirmar o modificar los nombramientos hechos en las causas que otras Autoridades o Jefes hubiesen prevenido u ordenado y designar *los Fiscales militares y Defensores en los casos que proceda*.
3. Resolver sobre las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones de los llamados a intervenir en los asuntos judiciales.
4. Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra en que no se imponga pena capital ni las de pérdida de empleo o separación del servicio a Oficiales, como principales o accesorias.
5. Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra, cualquiera que sea la pena impuesta, siempre que se trate de delitos de traición, espionaje, rebelión, sedición, negligencia en actos de servicio, abandono del mismo, cobardía, insulto al superior, desobediencia, secuestro, robo a mano Armada y piratería, o se haya dictado en procedimiento sumarísimo⁵⁵.

Aparte de estos órganos, nos encontramos con los Consejos de Guerra, que podían ser ordinarios o de oficiales generales. Ello nos permite apreciar que un criterio determinante para distribuir las competencias entre ambos era el sujeto infractor que iba a ser procesado. Así, por ejemplo, el Consejo de Guerra de Oficiales Generales conocía y resolvía los siguientes casos:

54 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., pág. 77.

55 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 77-78.

1. Contra los Oficiales y sus asimilados de cualquiera de los Ejércitos.
2. Contra los retirados de las clases anteriores que no hubiesen sido separados del servicio por virtud de procedimiento judicial o gubernativo.
3. Contra los militares de empleos inferiores con grado de Oficial o la Cruz de San Fernando.
4. Contra los funcionarios del orden judicial o Ministerio Fiscal, así de la jurisdicción ordinaria como de las especiales, y funcionarios administrativos que ejerzan autoridad.
5. Contra las demás personas respecto de las que así lo establezcan Leyes especiales⁵⁶.

En armonía con ello, Casado Burbano⁵⁷ nos ilustra manifestando que la aplicación práctica del Código de 1945 puso de manifiesto algunas deficiencias y falta de coordinación con la legislación común, lo que motivo en 1949, la reforma de un buen número de artículos, siendo de destacar los relativos a circunstancias eximentes y modificativas y a su apreciación.

Otra modificación, de interés en su momento, lo fueron las relativas a los delitos de terrorismo y a la tipificación, como delito específico, de la negativa a la prestación del servicio militar. Iniciada ya la transición política, el Real Decreto 45/1978, de 21 de diciembre, abolió la pena de muerte, salvo para determinados supuestos en tiempos de guerra. Tras la promulgación de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre, reformó con carácter parcial y urgente numerosas disposiciones penales del Código de Justicia Militar, previendo sus Disposiciones Finales la elaboración de un nuevo Código o Códigos referentes a la Justicia Militar, en los que se reflejasen debidamente los principios jurídicos del nuevo orden constitucional nacional.

Sobre el punto, Valenciano Almoyna⁵⁸ sostiene que en los años anteriores a la transición política, los aspectos competenciales del Código Penal Militar

56 S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La Jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, op.cit., págs. 79-80.

57 P. CASADO BURBANO, "Visión histórica del Derecho Penal Militar Español", en *Comentarios al Código Penal Militar*, op.cit., págs. 42-43.

58 J. VALENCIANO ALMOYNA, "La reforma de la justicia militar en España durante la transición", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 36, 1986, Madrid, pág. 142.

de 1945 ofrecieron acumulativamente más y más problemas derivados, en su mayor parte, del exceso de competencias otorgadas a los tribunales castrenses en sus diversas Leyes especiales; en especial, por el artículo 6 de las Disposiciones Generales y también por una equivocada concepción de la función que corresponde a la jurisdicción militar.

Finalmente explica este autor:

Que el problema se planteó de manera inmediata cuando en los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977, en que los partidos políticos españoles llegaron a un acuerdo global sobre los puntos más importantes de la actuación política y legislativa en el inmediato futuro, se incluyó un apartado relativo a la Jurisdicción militar, postulando la reforma del Código sobre las bases de la reducción de la competencia, supresión de dualidades de tipos penales en relación con el Código ordinario, y otros relacionados con los cuerpos de seguridad del Estado y mejora de las garantías procesales⁵⁹.

11.- LA TRANSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

A finales del año 1975, después de la muerte de Francisco Franco, en España se inicia un proceso de cambio político hacia la democracia, el cual desemboca en diciembre de 1978 en la aprobación de la Constitución. Advier-te C. Sastre García⁶⁰ que en la transición política española se observa el haber pasado de un régimen autoritario a uno democrático sin que se haya producido una ruptura con el primero, que diese paso al segundo. Este modo de implantar la democracia en España inauguró un modelo de tránsito, desde el autoritarismo hacia la democracia, hasta entonces inédito.

59 J. VALENCIANO ALMOYNA, "La reforma de la justicia militar en España durante la transición", *op. cit.*, pág. 142. En el año de 1977 se nombró una Comisión de Reforma del Código, dentro del seno del Consejo Supremo de Justicia Militar, la cual en 1978 redactó un Proyecto de Reforma el Código Penal Militar. Este entró a trámite de discusión parlamentaria, la cual quedó paralizada pues las Cortes fueron disueltas. Sin embargo, este Proyecto, fue retomado en 1980 y, con algunas modificaciones, dio origen a la Ley Orgánica 9/1980 de 21 de noviembre.

60 C. SASTRE GARCÍA, "La transición política en España: una sociedad desmovilizada", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 80, 1997, pág. 65.

Explica este autor, que una posición —que parte de la influencia de determinados cambios asociados con el crecimiento económico y la modernización de la sociedad española durante el franquismo— considera que la democracia era inevitable en España. Pero esta interpretación, basada en la teoría económica de la democracia, no responde a la cuestión de por qué el cambio político en España no fue posible antes y por qué la transición pudo ser controlada por la coalición autoritaria.

Otra versión, para explicar el éxito de la transición, se ha basado en la naturaleza política del franquismo. El franquismo no fue ni el fascismo italiano ni el nazismo alemán. Tampoco Franco utilizó para la toma del poder un partido político de masas, sino que el Ejército fue el instrumento y la guerra civil su método. El Movimiento Nacional no funcionó como un partido movilizador que ideologizase a las masas y sustentara políticamente al régimen y la autoridad de Franco no emanaba de su carisma como líder ni de su ideología.

Esta transición, se inicia con los Pactos de Moncloa de 1977, ya que en ellos se acuerda la reforma de la jurisdicción militar. Ciertamente como afirma Doig Díaz⁶¹, el punto VII de dicho pacto estuvo dedicado a los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política y en él se establecieron temas de reforma, aunque parciales y urgentes.

Por su parte, en el debate constituyente —pese a estar de alguna forma presente la siempre estrecha vinculación entre jurisdicción militar y represión política— no absoluto se planteó nunca la posible supresión de esta jurisdicción.

Para Gil García⁶², estos hechos fueron el resultado de la situación política. Este es el caso ocurrido en cuando el 1979 el terrorismo incrementara sus atentados contra la cúpula militar. Ello generó en los responsables de la transición política la decisión de optar por mantener la jurisdicción militar e incluirla en el artículo 117.5 CE y no abrir un debate público ya que podría haber sido políticamente inconveniente.

61 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., pág. 52.

62 O. GIL GARCÍA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., págs. 25-26.

Frente a esta realidad, explica Gil García⁶³ que, a medida que se va consolidando este nuevo Estado, poco a poco, la nueva manifestación de la jurisdicción militar va viendo reducido su ámbito. Esta reducción se ve concretada en la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1979; la dación de la Ley Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; la creación del Tribunal Constitucional quien se pronunciará sobre la delimitación del ámbito de lo “estrictamente castrense”, en diferentes ocasiones; y especialmente, con anterioridad al nuevo Código Penal Militar y la Ley Disciplinaria de Las Fuerzas Armadas (en vigor desde 1986).

Asimismo, se añaden más garantías como la Defensoría del Pueblo; la Ley de los Estados Excepcionales; y la de Habeas Corpus. Los propios Estatutos de Autonomía son los primeros en excluir expresamente de sus competencias, en el ámbito judicial, a la jurisdicción castrense (Artículo 13 del Estatuto para el País Vasco; y el 18 del de Catalunya).

Igualmente, como se había producido la expansión de la jurisdicción militar —durante la dictadura franquista— condujo a que en la CE se propuso colocar límites a la jurisdicción militar, circunscribiendo sus alcances única y exclusivamente a los asuntos relacionados con los intereses y bienes militares, procurando de esta manera consagrar, también expresamente, el principio de unidad de la función jurisdiccional.

Así, atendiendo a la nueva regulación constitucional, se emitió la Ley Procesal Militar en 1989. Sin embargo, cabe resaltar que la primera reforma que se emite como consecuencia de la CE es la Ley Orgánica sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional del 1 de julio de 1980.

Compartimos con Doig Díaz⁶⁴ que las materias más relevantes de dicha Ley son:

- a. *La reducción de las competencias de la Jurisdicción militar en el ámbito penal, en el sentido de que el bien jurídico afectado tenía necesariamente que ser castrense,*

63 O. GIL GARCÍA, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit., pág. 27.

64 Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho...*, op.cit., págs. 55-56.

- b. La separación de la jurisdicción militar y el mando, dado que se dispuso la creación del juez togado militar de instrucción, quien se encargaría, aunque resulte evidente, del ejercicio de la jurisdicción militar.
- c. Sin embargo, más allá de esta clara distribución y concentración de la función jurisdiccional en una autoridad —el juez togado—, se mantenía el problema o potencial afectación a los principios de independencia e imparcialidad, puesto que la elección de dichos Jueces era discrecional y las autoridades tenían aún la potestad de disponer u ordenar la apertura de un procedimiento.
- d. La excepcionalidad de los procedimientos sumarísimos durante la tramitación de los procesos penales conocidos por la Jurisdicción militar, ya que esta tramitación se circunscribió al tiempo de guerra, no así de paz.
- e. La competencia del Tribunal Supremo, habida cuenta que se contempló la posibilidad de interponer, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, el recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Posteriormente se produciría una reestructuración de la jurisdicción militar, destacando entre las Leyes que se dictaron la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción militar, vigente desde el 1 de mayo de 1988, por la que se suprimieron los Consejos de Guerra reemplazándolos por tribunales militares permanentes y se precisó que la jurisdicción militar es integrante del Poder Judicial.

Los principios rectores del proceso laboral en la Ley N°29497*

Leopoldo Félix Gamarra Vilchez**

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
lgamarra@congreso.gob.pe*

SUMARIO: RESUMEN. 1.- *Introducción.* 2.- *Los principios generales del Derecho del Trabajo.* 2.1. *Fundamento del ordenamiento jurídico.* 2.2. *Importancia de los principios.* 3.- *Necesidad del Derecho Procesal del Trabajo.* 3.1. *Contenido.* 3.2. *La función jurisdiccional laboral.* 3.3. *Instrumentalización de los principios generales.* 4.- *Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo.* 4.1. *El principio protector.* 4.2. *El principio de equidad.* 4.3. *El principio de celeridad procesal.* 5.- *Los principios en la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.* 5.1. *Inmediación y oralidad.* 5.2. *Concentración y celeridad.* 5.3. *Economía procesal y veracidad.*
CONCLUSIÓN.

* Parte del presente artículo fue presentado y sustentado como ponencia en el IV Congreso Internacional de Derecho Procesal en la Ciudad de La Habana (Cuba) del 22-24 de abril de 2015.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en economía y relaciones laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en seguridad social por la Universidad Alcalá de Henares de España, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM., Profesor de la Academia de la Magistratura, Especialista laboral y previsional del Congreso de la República, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, autor de varios libros y artículos en temas relacionados con el trabajo y la seguridad social.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo examinar la importancia y necesidad de los principios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo 29497 del Perú. Para ello, partiremos señalando la función fundamental de los principios en el Derecho del Trabajo y la necesidad de tener principios propios. Igualmente, trataremos la necesidad del Derecho Procesal del Trabajo como instrumentación de los principios procesales los fundantes y los operacionales. Luego, analizaremos los principios en el Derecho Procesal del Trabajo; finalmente, veremos los principios en la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Solo resaltaremos los elementos positivos de los principios en la nueva ley procesal, para terminar con algunas ideas a manera de conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación, felicito al director de la revista y me aúno al propósito de cambio de las nuevas autoridades de nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política, de reunir a todos los profesores en los temas del Derecho desde diferentes ángulos y perspectivas.

En este artículo desarrollaré “Los principios rectores del proceso laboral en la Ley 29497”. Como sabemos los principios del proceso laboral son aquellos que actúan como líneas directrices, como soporte para el ejercicio justo y correcto de las leyes, de tal manera que sirven para inspirar las soluciones en las controversias y orientar la interpretación de las normas ya existentes; además por supuesto, de permitir la solución de aquellos casos no previstos en la formalidad legal.

Finalmente, cabe señalar que la Ley 29497, vigente desde el 2012, tiene un especial significado porque deró la Ley Procesal del Trabajo 26636 del 21 de junio de 1996, como alternativa en función a la nueva situación económica, política y social del país. En efecto, recordemos que la Ley Procesal del Trabajo 26636 no logró superar los graves problemas del volumen de los procesos laborales ni hizo efectivo los derechos sustantivos de los trabajadores. Era un proceso laboral lento, burocrático, formalista y no expeditivo; los procesos judiciales laborales eran totalmente escritos, complejos, lentos y se

encontraban diseñados para que duren entre cuatro a seis años como mínimo. Además, los Jueces de Trabajo tenían una competencia reducida y muchos no tenían la especialidad que se requiere en esta rama específica del Derecho.

2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Intentar conocer cuáles son los alcances de los principios del proceso laboral es importante y básico para explicar dichos principios en la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú. Entonces, se trata de buscar la razón de ser de los principios y encontrar su fundamento, inquirir en sus antecedentes, de tal manera que se pueda encontrar el espíritu de la misma bajo la égida del sentido de justicia como categoría moral y supremo objetivo del Derecho del Trabajo.

2.1. Fundamento del ordenamiento jurídico

En la búsqueda de la razón de ser de los principios generales del Derecho del Trabajo enunciados por destacados juristas¹, encontramos su fundamento histórico como institucionalidad doctrinaria, al lado de las convicciones sociales vigentes y en las más altas consideraciones de la justicia y el bien común. Es decir, se trata de enunciados orientadores y peculiares, que permiten encauzar debidamente la justicia social de la que se nutre desde sus inicios el Derecho del Trabajo.

Partiendo de estas consideraciones, tenemos que aseverar que todo ordenamiento jurídico se asienta en principios y que le sirve al Derecho Laboral como su base axiológica. Américo Plá Rodríguez, señala el sentido de los principios como supuesto de todo ordenamiento jurídico, informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, aun cuando no siempre se le mencione en forma expresa². Este es el rol que adquieren los principios generales o fundantes en el campo del Derecho,

1 Américo Plá Rodríguez, desde fines de la década 60, es uno de los que más ha contribuido con el tema de los principios en el Derecho del Trabajo en América Latina.

2 Américo Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Biblioteca de Derecho Laboral N° 2, Montevideo, 1975.

cuya aplicación va más allá de los casos en los que el ordenamiento jurídico la mencione para transformarse en un postulado, en un referente moral y jurídico³. Entonces, la condición normativa específica de los principios viene dada por su multifuncionalidad. En efecto, el valor jurídico de algunos principios se centra sobre todo, en la introducción de criterios de interpretación de otras normas.

Otros, por el contrario, van más allá y tienen efectos más directos desplazando la aplicación de determinadas normas o determinando el sentido de la solución a los problemas jurídicos que plantea la práctica cotidiana. Es de destacar además, que un mismo principio puede desarrollar, dependiendo de las circunstancias del caso, esas funciones⁴.

Sin embargo, “el rasgo esencial, que define la condición del principio general del Derecho es su carácter de elemento informador del ordenamiento jurídico en un conjunto o de un sector del mismo. Para que podamos hablar de la existencia de un determinado principio, debe poder apreciarse que las reglas existentes en un ámbito jurídico concreto, se encuentran informados por un determinado criterio de justicia que le es común”⁵.

2.2. Importancia de los principios

Los siglos de vigencia y experiencia que tienen las ramas jurídicas, obligan a diferenciar la originalidad de los principios del Derecho del Trabajo, de reciente data y a reconocer la clarividencia de aquellos postulados que

-
- 3 Propiamente, los principios reflejan el valor ético social en el lenguaje jurídico cotidiano: así tenemos como ejemplo, en el Principio de Buena Fe, el adjetivo bueno no alude sólo a la bondad en el sentido ético o a la creencia o ignorancia en sentido psicológico, sino al valor jurídico. Buena Fe equivale a válida fe, esto es confianza aceptable por el Derecho (Fernando Sainz Moreno, *La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados*, RAP, número 89, mayo - agosto 1979, p. 294).
 - 4 Ver María Luisa Balaguer C., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
 - 5 Rafael Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 258.

hacen posible “la creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano...”⁶.

En efecto, la importancia de los principios en los que se funda el Derecho del Trabajo, estriba en la función fundamental que ellos juegan, como lo señala Manuel Alonso García⁷, “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”.

Es decir, los principios a que hacemos mención, asumen características que es necesario resaltar. Una primera característica, consiste en señalar que son enunciados básicos, que pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no una en particular, de tal manera que puedan ser utilizados en una diversidad de situaciones, lugares, tiempos, etc. Una segunda característica, es que los principios tienen un sentido lógico.

La razón de ser de los principios del Derecho del Trabajo, adquiere así un carácter ajeno, particular, diverso, independiente de otra rama del Derecho, justifican su autonomía y su peculiaridad, son especiales al margen de que pudieran existir variables similares o parecidas y que cumplen la función de informar, normar e interpretar, dotándolos de fundamentos orientadores.

Por ello, volver a los principios primigenios del Derecho del Trabajo, quiere decir identificarlos con los derechos de los trabajadores, destacando a pesar de que todos tienen la misma jerarquía, el de protección del trabajador que explica su necesidad en la desigualdad inherente a toda relación de trabajo⁸.

6 Emilio Morgado Valenzuela, Conferencia desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo, en el 1er Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trujillo, 27-29 octubre 2004, SPDTSS, p. 36.

7 Manuel Alonso García, *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, Tomo I, p. 247

8 El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 2/83 del 25 de enero, resalta este criterio: “El Derecho del Trabajo, superando las reglas de la libertad e igualdad de las partes en que se basa el derecho de los contratos, se constituye en un ordenamiento compensatorio e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 9.2 de la Constitución impone la supe-

tiene, en otras palabras, sería la decisión de un conflicto de intereses. La clave en este caso radica en el contenido de la norma: si tiende a describir ese tipo tan particular de relación continuativa y dinámica que denominamos proceso, si halláramos en una norma jurídica la descripción de cómo se debe realizar u ordenar el cúmulo de actos tendientes a la obtención de una decisión judicial susceptible de ejecución por parte de los órganos del Estado, esa norma será procesal.

En cuanto a los conflictos laborales, debemos considerar que el mundo laboral se caracteriza por la presencia del conflicto permanente entre las dos partes de esa relación: empleadores y trabajadores; muy aguda en ciertos momentos, atenuada en otros, pero siempre evidente. A pesar del progreso de la legislación laboral en el mundo, obtenido en gran parte por la presión sindical, no deja lugar a dudas la desigualdad entre empleadores y trabajadores: toda empresa “se articula en torno a un centro de poder, sustentado en el control del capital”¹⁴, al amparo del ordenamiento jurídico de un país. Dentro de este esquema estructural es normal que la conflictividad haya persistido y tenga que continuar en una sociedad¹⁵.

Podemos retomar la clásica definición de los conflictos laborales: como las diferencias, los choques, las pugnas, las controversias que se producen entre los elementos de la relación laboral con motivo de la interpretación, suspensión, incumplimiento o supresión, de las condiciones generales de trabajo. Propiamente, todo conflicto implica la contraposición de intereses; entonces, “desde la doctrina procesal, los conflictos son el producto de la confrontación de intereses particulares (...). El fenómeno conflictivo responde más bien a una situación pluripartita en la que los actores perciben tener objetivos mutuamente incompatibles”¹⁶.

14 Denis Sulmont, *La empresa: una mirada sociológica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p.39.

15 Desde Max Weber a Charles Perrow, el conflicto es un hecho de la vida organizacional en una sociedad (Charles Perrow, *Sociología de las organizaciones*, México, Mc Graw-Hill, 1991, p.160).

16 Ivan Ormachea Choque, La conciliación en el CPC: enfoque crítico desde la resolución de conflictos, Ponencia del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú, 7- 9 agosto, 1996, p.144.

3.2. La función jurisdiccional laboral

El proceso, en su sentido etimológico, viene de *procesus* que significa avance y progreso encaminados a algo. Procesalmente podemos traducir la noción de avance y progreso como vocablos en estructura de reglas y actos encaminados a la consecuencia de algo: la sentencia. Es decir, el proceso en general vendría a ser un conjunto de reglas, formas y actos para la consecución de ciertos fines, fundamentalmente la solución de un conflicto a través del Derecho como categoría de la mediación social¹⁷.

En general “la actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso”¹⁸. Por ello, hay que diferenciar entre proceso y procedimiento: el proceso es el todo organizado de actos, el procedimiento constituye tan solo la forma externa del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que corresponden al proceso. Los actos procesales constituyen el procedimiento, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso que tiene como fin resolver el conflicto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional mediante un fallo¹⁹. Entonces, se entiende “por procesos laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente”²⁰.

Es decir, esta actividad se lleva a cabo para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en materia laboral, que se caracteriza fundamentalmente por:

17 Se trata de la regulación normativa de las interacciones, que es lo que convierte al Derecho en una categoría de la mediación social en la perspectiva de Jürgen Habermas, puesto que a los justiciables y a toda la sociedad les interesa que se solucionen los conflictos.

18 Enrico Tulio Liebman, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, p. 25.

19 El proceso como “el medio acordado por todos para mantener o restaurar el equilibrio social, resulta indispensable que jueces, abogados, litigantes, auxiliares de justicia, estudiantes de Derecho, se percaten de que detrás de todo expediente existe un proceso y detrás de todo proceso, hay un drama humano...” (Carlos Parodi Remón, *El Debido Proceso*, Ponencia del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú, 7- 9 agosto 1996, p. 40).

20 Gonzalo Diéguez, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 4ta edición, 1995, p. 635.