ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

ANUARIO 2012-2014

12

ANUARIO DE LA ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

2012-2014

Núm. 12

© ANUARIO DE LA ACADEMIA
PERUANA DE DERECHO
Fundado en 1993
Núm. 12, Lima, 2012-2014

Editores: Domingo García Belaunde
y Carlos Cárdenas Quirós

Dirección:
Av. Santa Cruz N° 255
Miraflores, Lima-Perú.
Correo electrónico:
lzolezzi43@gmail.com

Carátula: Andrea Zolezzi

Derechos reservados

Se autoriza la reproducción de los textos incluidos en este número, previo permiso de los autores.

La Academia Peruana de Derecho no se solidariza necesariamente con las opiniones de los autores de los textos contenidos en este “Anuario”.

ANUARIO 2012-2014
NÚM. 12

ÍNDICE

I. Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho (junio de 2012 - mayo de 2014) 9

II. Relación de académicos fundadores, eméritos, de número y honorarios (al 14 de mayo de 2014) 11

III. Academia Peruana de Derecho. Memoria y estado de cuentas 2012-2013..... 17

Estado de la cuenta de ingresos y gastos..... 21

IV. Academia Peruana de Derecho. Memoria anual y estado de cuentas 2013-2014..... 23

Estado de la cuenta de ingresos y gastos..... 27

Incorporaciones

V. Académicos de Número..... 31

- Incorporación del Dr. Baldo Kresalja Rosselló..... 31
  - Discurso de recepción del Dr. Domingo García Belaunde 31
  - Discurso del recipiendario Baldo Kresalja Roselló

    Presencia normativa de los derechos intelectuales y su impacto en la vida social del Perú contemporáneo 37

- Incorporación del Dr. Alfredo Bullard González..... 59
  - Discurso de recepción del Dr. Fernando de Trazegnies Granda..... 59
  - Discurso del recipiendario Dr. Alfredo Bullard González

    Cortando la manzana: Psicología, Neurociencia y técnicas de persuasión en los litigios 65

VI. Académicos honorarios 89

- Incorporación del Dr. Rogelio Pérez Perdomo..... 89
  - Discurso de recepción del Dr. Fernando de Trazegnies Granda..... 89
  - Discurso del recipiendario Dr. Rogelio Pérez Perdomo

    La cultura jurídica y los actores del Derecho..... 95
- Incorporación de los profesores Jesús López Medel y Jesús González Pérez..... 103
  - Discurso de recepción del Dr. Carlos Cárdenas Quirós..... 103
  - Discurso del recipiendario Dr. Jesús López Medel

    Guerra de la Independencia y la Constitucion de 1812..... 113
  - Discurso del recipiendario Dr. Jesús González Pérez

    Principios del Derecho Procesal Administrativo..... 135
  - Discurso de agradecimiento del profesor Jesús López Medel..... 161
- Incorporación de los profesores Andrea Proto Pisani y Pietro Rescigno 165
  - Discurso de recepción del Dr. Augusto Ferrero Costa sobre el profesor Proto Pisani 165
  - Discurso del profesor Andrea Proto Pisani..... 167
  - Discurso de recepción del Dr. Augusto Ferrero Costa sobre el profesor Prieto Rescigno 174
  - Discurso del profesor Pietro Rescigno..... 176

Otros trabajos de académicos honorarios incorporados

- Lawrence M. Friedman

  Some aspects of modern legal culture..... 183

- Michele Taruffo

  En torno a la complejidad de la decisión judicial..... 209

- Néstor Pedro Sagüés

  Derechos de los pueblos originarios: el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción. Impactos en el Derecho Procesal Constitucional..... 225

- Giuseppe de Vergottini

  La libertad de información y sus limitaciones..... 237

- José Afonso Da Silva

  Democracia representativa e legitimação governamental..... 253

- Paulo Bonavides

  Do absolutismo ao constitucionalismo..... 265

- Allan R. Brewer-Carías

  El avocamiento de procesos judiciales ordinarios por parte de la jurisdicción constitucional. Un instrumento de protección del orden público constitucional convertido en Venezuela en un mecanismo de violación del debido proceso por parte del juez constitucional..... 305

Crónica

VII. VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica..... 343

VIII. Ceremonia realizada en Madrid, España, con motivo de la incorporación a la Academia Peruana de Derecho de los doctores Jesús López Medel y Jesús González Pérez como académicos honorarios..... 345

IX. Ceremonia realizada en Roma, Italia, con motivo de la incorporación a la Academia Peruana de Derecho de los doctores Andrea Proto Pisani y Pietro Rescigno como académicos honorarios 347

X. Fallecimientos..... 349

XI. Encuentro conmemorativo del vigésimo aniversario de la Conferencia Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica..... 351

Anexo fotográfico

XII. VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica 355

XIII. Incorporaciones 361

XIV. Encuentro conmemorativo del vigésimo aniversario de la Conferencia Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica..... 371

I
CONSEJO DIRECTIVO
DE LA ACADEMIA PERUANA DE DERECHO
(JUNIO DE 2012-MAYO DE 2014)

Presidente	:	Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Vicepresidente	:	Augusto Ferrero Costa
Secretario-Tesorero	:	Oswaldo Hundskopf Exebio
Vocal	:	Carlos Cárdenas Quirós
Director de Conferencias	:	Guillermo Lohmann Luca de Tena
Past Presidente	:	Domingo García Belaunde

II
RELACIÓN DE ACADÉMICOS FUNDADORES, EMÉRITOS, DE NÚMERO Y HONORARIOS
(AL 14 DE MAYO DE 2014)

I. ACADÉMICOS FUNDADORES (1967)

1. Dr. Alberto Ulloa Sotomayor (†)
2. Dr. José Luis Bustamante y Rivero (†)
3. Dr. Mario Alzamora Valdez (†)
4. Dr. Carlos Rodríguez Pastor (†)
5. Dr. Ricardo Elías Aparicio (†)
6. Dr. José León Barandiarán (†)
7. Dr. José Félix Aramburú (†)
8. Dr. Domingo García Rada (†)
9. Dr. Andrés Aramburú Menchaca (†)
10. Dr. Napoleón Valdez Tudela (†)
11. Dr. Andrés León Montalbán (†)
12. Dr. René Boggio Amat y León (†)
13. Dr. Javier Vargas y Vargas (†)
14. Dr. Jorge Basadre Grohman (†)
15. Dr. Mariano Iberico Rodríguez (†)
16. Dr. Ulises Montoya Manfredi (†)

17. Dr. Raúl Ferrero Rebagliati (†)
18. Dr. Eleodoro Romero Romaña (†)
19. Dr. Guillermo García Montúfar (†)
20. Dr. Luis A. Bramont Arias (†)
21. Dr. Manuel G. Abastos (†)
22. Dr. Manuel Cisneros Sánchez (†)
23. Dr. Juan Thol Pérez (†)
24. Dr. Manuel Sánchez Palacios (†)
25. Dr. Andrés Duany Dulanto (†)
26. Dr. Ricardo Bustamante Cisneros (†)
27. Dr. Óscar Miró-Quesada de la Guerra (†)
28. Dr. Jorge Ramírez Otárola (†)
29. Dr. Jorge Eugenio Castañeda (†)
30. Dr. Félix Navarro Irvine (†)
31. Dr. Lizardo Alzamora Silva (†)
32. Dr. Manuel García Calderón Koechlin (†)
33. Dr. Enrique García Sayán (†)

II. ACADÉMICOS EMÉRITOS

1. Dr. Francisco Miró-Quesada Cantuarias (15/Abril/1993)
2. Dr. Enrique Vidal Cárdenas (17/Diciembre/1996)
3. Dr. Juan Chávez Molina (10/Marzo/2004) (†)
4. Dr. Javier Pérez de Cuéllar (13/Agosto/1993)
5. Dr. Luis Bedoya Reyes (17/Abril/2008)

III. ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Max Arias Schreiber Pezet (20/Abril/1992) (†)
Dr. Fernando Vidal Ramírez (6/Octubre/1992)
Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedle (18/Noviembre/1992) (†)

Dr. Carlos Fernández Sessarego	(15/Diciembre/1992)
Dr. Fernando Schwalb López-Aldana	(11/Febrero/1993) (†)
Dr. Alberto Ruiz- Eldredge	(6/Mayo/1993) (†)
Dr. Felipe Osterling Parodi	(13/Mayo/1993) (†)
Dr. Jorge Avendaño Valdez	(16/Julio/1993)
Dr. Augusto Ferrero Costa	(1/Septiembre/1994)
Dr. Fernando de Trazegnies Granda	(4/Mayo/1995)
Dr. Mario Pasco Cosmópolis	(10/Octubre/1995) (†)
Dr. Manuel de la Puente y Lavalle	(9/Enero/1996) (†)
Dr. Raúl Ferrero Costa	(25/Enero/1996)
Dr. Jorge Basadre Ayulo	(17/Septiembre/1996) (†)
Dr. César Augusto Mansilla Novella	(5/Noviembre/1996) (†)
Dr. Enrique Normand Sparks	(6/Mayo/1997) (†)
Dr. Domingo García Belaunde	(4/Junio/1997)
Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino	(6/Agosto/1997)
Dra. Gabriela Araníbar Fernández-Dávila	(26/Noviembre/1997) (†)
Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena	(24/Junio/1998)
Dr. José Antonio Silva Vallejo	(20/Enero/2000)
Dr. Marcial Antonio Rubio Correa	(5/Julio/2000)
Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena	(18/Abril/2002)
Dr. Valentín Paniagua Corazao	(10/Marzo/2003) (†)
Dr. César Fernández Arce	(25/Septiembre/2003)
Dr. Carlos Cárdenas Quirós	(15/Marzo/2004)
Dr. Jorge Santistevan de Noriega	(21/Abril/2004)
Dr. César Delgado Barreto	(23/Noviembre/2005)
Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio	(22/Noviembre/2006)
Dr. Humberto Medrano Cornejo	(14/Diciembre/2006)
Dr. Luis Aparicio Valdez	(28/Agosto/2007) (†)
Dr. Javier de Belaunde López de Romaña	(30/Enero/2008)
Dr. Carlos Ramos Núñez	(17/Abril/2008)
Dr. Héctor Ballón Lozada	(23/Abril/2009)

Dr. Sigifredo Orbegoso Venegas	(14/Septiembre 2009)
Dr. Mario Castillo Freyre	(8/Abril/2010)
Dr. Eduardo Ferrero Costa	(6/Mayo/2010)
Dr. César San Martín Castro	(23/Noviembre/2011)
Dr. Baldo Kresalja Rosselló	(25/Octubre/2012)
Dr. Alfredo Bullard González	(22/Octubre/2013)

IV. ACADÉMICOS HONORARIOS

Dr. Luis Diez-Picazo y Ponce de León	(25/Abril/1995)
Dr. Guillermo A. Borda	(6/Octubre/1995) (†)
Dr. Luis Moisset de Espanés	(6/Junio/1997)
Dr. Mozart Víctor Russomano	(8/Septiembre/1998) (†)
Dr. Víctor H. Martínez	(23/Octubre/2001)
Dr. Francesco Donato Busnelli	(23/Octubre/2003)
Dr. Jorge Mosset Iturraspe	(17/Marzo/2005)
Dr. Ricardo Luis Lorenzetti	(17/Diciembre/2005)
Dr. Fernando Hinestrosa	(22/Junio/2006) (†)
Dr. Christian Larroumet	(28/Septiembre/2006)
Dr. Julio César Rivera	(10/Abril/2007)
Dr. María Emilia Casas Baamonde	(11/Abril/2007)
Dr. Héctor Alegría	(24/Abril/2008)
Dr. Antonio Garrigues Walker	(5/Junio/2008)
Dr. José María Castán Vázquez	(20/Febrero/2012)
Dr. Eduardo García de Enterría	(20/Febrero/2012)
Dr. Francisco Fernández Segado	(20/Febrero/2012)
Dr. Héctor Fix Zamudio	(13/Abril/2012)
Dr. Jorge Carpizo	(13/Abril/2012) (†)
Dr. Diego Valadés	(13/Abril/2012)
Dr. Rogelio Pérez Perdomo	(13/Agosto/2012)
Dr. Lawrence Friedman	(30/Agosto/2012)
Dr. Michele Taruffo	(29/Octubre/2012)

Dr. Néstor Pedro Sagüés	(8/Enero/2013)
Dr. Giuseppe de Vergottini	(16/Abril/2013)
Dr. Jesús López Medel	(22/Abril/2013)
Dr. Jesús González Pérez	(22/Abril/2013)
Dr. Pietro Rescigno	(26/Junio/2013)
Dr. Andrea Proto Pisani	(26/Junio/2013)
Dr. Paulo Bonavides	(26/Junio/2013)
Dr. José Afonso Da Silva	(11/Julio/2013)
Dr. Allan R. Brewer-Carías	(12/Julio/2013)

III
ACADEMIA PERUANA DE DERECHO
MEMORIA Y ESTADO DE CUENTAS 2012-2013

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

El actual Consejo Directivo de la Academia fue elegido el 17 de mayo de 2012, conformado de la siguiente manera: Presidente: Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena. Vicepresidente: Dr. Augusto Ferrero Costa. Secretario-Tesorero: Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio. Director de Conferencias: Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena y Vocal: Dr. Carlos Cárdenas Quirós. De conformidad con el artículo 25 del Estatuto también integra el Consejo Directivo el Presidente del Consejo saliente: en este caso, el Dr. Domingo García Belaunde.

En la misma sesión en la cual se eligió el Consejo Directivo se acordó la designación como Académicos Honorarios de los siguientes Profesores: De España: don Jesús González Pérez y don Jesús López Medel. De Italia: don Pietro Rescigno y don Andrea Proto Pisani; finalmente, de Argentina don Atilio Alterini.

Con relación al doctor Alterini, a pesar de que el doctor Oswaldo Hundskopf, de visita en Buenos Aires por razones académicas, sostuvo conversaciones con él hasta en dos oportunidades, no fue posible precisar la modalidad de su incorporación a la Academia debido a su súbito fallecimiento.

Con relación a los académicos españoles González Pérez y López Medel, el 22 de abril de 2013, aprovechando una visita a España del Académico doctor Carlos Cárdenas, se realizó una ceremonia en el Salón de Presidentes del local de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo la Presidencia del doctor Luis Diez Picazo Ponce de León. Con la debida anticipación se habían mandado a confeccionar las medallas y a caligrafiar los diplomas, por lo que la ceremonia

se hizo de manera similar a la que se realiza en Lima. Hicieron uso de la palabra el doctor Cárdenas y los dos nuevos Académicos, así como el Presidente don Luis Diez Picazo, quien se refirió, en su discurso de clausura, entre otros aspectos, a los lazos que unen a ambas Academias y al vínculo que él mismo mantiene con la nuestra, pues con ocasión de una visita que hiciera a Lima, fue incorporado como Académico Correspondiente.

Similar procedimiento se realizará para la incorporación de los Profesores italianos Pietro Rescigno y Andrea Proto Pisani, con ocasión de la visita que realizará a Italia nuestro Vicepresidente doctor Augusto Ferrero Costa. La ceremonia tendrá lugar en el Lincei, la Academia más antigua del mundo, fundada en 1603 y que tuvo entre sus primeros miembros a Galileo Galilei. Las medallas ya han sido confeccionadas y los diplomas debidamente caligrafiados.

Esta metodología de incorporación de los Académicos Honorarios extranjeros, establecida por el anterior Presidente de nuestra Academia, Dr. Domingo García Belaunde, ha resultado muy práctica y nos permite tener gran vigencia y visibilidad internacional, e incorporar a distinguidos académicos de otras latitudes, a los cuales les es imposible venir a nuestro país.

Otros Académicos Honorarios, designados por el Pleno durante el mandato del Consejo Directivo anterior, se han incorporado enviando sus respectivas disertaciones, como es el caso del profesor de Stanford Lawrence Friedman, quien hiciera llegar oportunamente su ponencia titulada “Some Aspects of Modern Legal Culture”. En su caso se le envío la medalla y el diploma por sistema de mensajería. También ha hecho llegar su ponencia el Profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien ha remitido su trabajo “Derechos de los Pueblos Originarios: el Derecho al propio Derecho y a la propia Jurisdicción: Impactos en el Derecho Procesal Constitucional”. No le hemos mandado sus credenciales porque tenemos entendido que tiene previsto venir al Perú, oportunidad en la cual la Academia podrá organizar una ceremonia pública o privada. Similar situación se ha presentado con el Profesor italiano Giuseppe de Vergottini, quien ya envió su ponencia titulada “La libertad de información y sus limitaciones”.

El 13 de agosto de 2012, en ceremonia pública, tuvo lugar la incorporación como Académico Honorario del Profesor venezolano y docente de la Universidad de Stanford, Rogelio Pérez Perdomo, quien disertó sobre “La Cultura Jurídica y los Actores del Derecho”.

El 25 de octubre de 2012 tuvo lugar la ceremonia pública de incorporación como Académico de Número del doctor Baldo Kresalja Rosselló, cuya disertación se denomina “Presencia Normativa de los Derechos Intelectuales y su impacto en

la vida social del Perú contemporáneo". Su presentación estuvo a cargo del doctor Domingo García Belaunde.

El 29 de octubre de 2012, en ceremonia privada realizada en el Club de la Banca, tuvo lugar la incorporación a la Academia del profesor italiano Michele Taruffo, quien ha presentado una disertación denominada "Sulla complessitá della decisione giudiziaria".

Del 21 al 24 de noviembre de 2012 tuvo lugar en Santiago de Chile el VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, organizado por la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. A dicha reunión asistió el Presidente de nuestra Academia y el Académico de Número Dr. Carlos Cárdenas Quirós. Estuvieron presentes representantes de Chile, España, Perú, Colombia, México, Argentina, Nicaragua, Bolivia, Honduras, Puerto Rico y Venezuela. Cabe señalar que mientras en América Latina, por regla general, existe una Academia por país, en España, aparte de la Real Academia, en la que se realizó la incorporación, como ya he mencionado, de los doctores González Pérez y López Medel, existen Academias en diversas provincias y comunidades autónomas. De este modo, estuvieron presentes en Chile representantes de las Academias Gallega, de Cataluña, Asturias, Baleares, Granada, Sevilla, Valencia y Valladolid. Las ponencias y comunicaciones se organizaron en torno a tres grandes temas: 1) Disciplina Fiscal, disciplina monetaria y regulación del comercio internacional. 2) Derecho y Neurociencia y 3) Nuevas formas de representatividad democrática. En este certamen, don José Antonio García Caridad, Presidente de la Academia Gallega, hizo entrega a los participantes de un volumen que contiene las ponencias y comunicaciones del VII Congreso, celebrado en La Coruña, España, en octubre de 2010, y que está desde luego a disposición de los señores académicos.

En sesión del Consejo Directivo de 17 de diciembre de 2012 el Presidente informó que había recibido una petición para que la Academia se pronunciara, conjuntamente con otras instituciones y personalidades nacionales, acerca del diferendo marítimo con Chile, en el sentido de que tanto el Perú como Chile deben acatar el pronunciamiento que emitirá la Corte Internacional de Justicia de La Haya. El acuerdo del Consejo Directivo fue de abstenerse mientras no se modificara el Estatuto de nuestra corporación en el sentido de añadir a las funciones del Consejo Directivo la de emitir pronunciamientos de carácter general respecto al orden jurídico o a la soberanía nacional, en situaciones de extrema gravedad, y consultando a los Académicos de Número que cultiven la rama del Derecho implicada en el pronunciamiento.

También cabe mencionar que el 15 de noviembre de 2012 se recibió de parte del Académico de Número Dr. José Antonio Silva Vallejo una propuesta para que

se incorpore a la Academia como Académica Honoraria a la Profesora argentina Emma Adelaida Rocco Palmieri. El Consejo Directivo en su sesión del 17 de diciembre de 2012 acordó postergar una decisión sobre el particular, especialmente por el número considerable de Académicos Honorarios que se habían incorporado recientemente. Esta decisión fue comunicada personalmente a la Dra. Rocco, pues ella llamó antes y después de la sesión del Consejo Directivo para enterarse del estado de la propuesta.

Finalmente, con fecha 25 de marzo de 2013 los señores Académicos de Número, doctores Guillermo Lohmann Luca de Tena, Domingo García Belaunde, Mario Pasco Cosmópolis y Baldo Kresalja Rosselló han presentado la candidatura del doctor Alfredo Bullard Gonzáles para cubrir una de las plazas vacantes de Académico de Número. Habiéndose cumplido puntualmente con el procedimiento establecido en el artículo 8 del Estatuto, se procederá a la votación respectiva en Asamblea General extraordinaria.

ESTADO DE LA CUENTA DE INGRESOS Y GASTOS

El anterior Consejo Directivo entregó al actual un cheque de gerencia de U.S.$ 7,778.73 con el cual se procedió a abrir una cuenta de ahorros en dólares en el Scotia Bank a nombre de Lorenzo Zolezzi Ibárcena y Oswaldo Hundskopf Exebio, Presidente y Secretario - Tesorero, respectivamente. La cuenta es la número 028-7245778. Esta suma no comprende US$ 3,000 destinados al Anuario de la Academia del periodo 2010-2012.

Los ingresos de la Academia provienen exclusivamente de las cuotas anuales de los Académicos de Número. En la actualidad los Académicos de Número son 26. Durante este primer año de gestión han ingresado US$ 2,400.00, que sumados a lo que se recibió arroja US$ 10,178.73. Los gastos han sido del orden de US$ 2,317.59. De manera que nuestro saldo a la fecha, restando US$ 11.06 por fluctuaciones en el tipo de cambio, es de US$ 7,850.08. El mayor gasto proviene de las medallas, que significan el 50 % de los gastos. El resto se ha invertido en papelería (papel y sobres membretados), elaboración de diplomas en blanco, invitaciones, caligrafiado, mensajería y similares.

Un tema serio en materia de cuentas es el de los Académicos morosos, que adeudan a la Academia US$ 4,800 por concepto de cuotas devengadas entre el 2004 y el 2013. El Consejo Directivo ha trabajado con varias alternativas, una de las cuales es la de pasarlos a la categoría de Académicos Eméritos, contemplada en el inciso b) del artículo 6 del Estatuto. Esta solución, sin embargo, aparte de generar posible rechazo en las personas en las que podría recaer la decisión, no garantiza en modo alguno la recuperación de la deuda. Más aún, los Académicos aludidos podrían renunciar a la Academia, con posibles efectos negativos para esta en los medios de comunicación, según las razones que puedan dar al renunciar, y aun así no habría cómo cobrar la deuda. El Consejo Directivo recibirá gustoso las propuestas que puedan hacer los señores Académicos sobre este punto.

Lima, 29 de mayo de 2013

IV
ACADEMIA PERUANA DE DERECHO MEMORIA ANUAL Y ESTADO DE CUENTAS 2013-2014

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

La Asamblea General Ordinaria del año pasado se celebró el 29 de mayo de 2013. En la del año previo, del 17 de mayo de 2012, se acordó la designación como Académicos Honorarios de los siguientes profesores: don Jesús González Pérez y don Jesús López Medel, ambos de España; don Pietro Rescigno y don Andrea Proto Pisani, de Italia; y don Atilio Alterini, de Argentina.

Como es de conocimiento de los señores Académicos, pues se informó del hecho en la Memoria del año anterior, lamentablemente don Atilio Alterini falleció antes de que se formalizara su ingreso en nuestra Academia.

Durante el periodo a que hace referencia la presente Memoria, se recibieron las ponencias de los Académicos españoles. La de don Jesús González Pérez versa sobre *Los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Procesal Administrativo.* Por su parte, don Jesús López Medel diserta sobre *La Guerra de la Independencia y la Constitución de 1812*.

Siguiendo la tradición instaurada por el doctor Domingo García Belaunde y el doctor Carlos Cárdenas Quirós, quienes con ocasión de acudir a diversos eventos académicos, entregaron las correspondientes credenciales en Madrid y Ciudad de México a Académicos Honorarios elegidos por nuestra Academia, a mediados de 2013, nuestro Vicepresidente, Académico doctor Augusto Ferrero Costa impuso en Roma las respectivas medallas y entregó los correspondientes diplomas a los Académicos Honorarios Pietro Rescigno y Andrea Proto Pisani.

En Asamblea General Extraordinaria celebrada el mismo día que la ordinaria, es decir, el 29 de mayo de 2013, se sometió al Pleno de Académicos la propuesta formulada por los señores Académicos de Número, doctores García Belaunde, Pasco Cosmópolis, Lohmann Luca de Tena y Kresalja Rosselló para incorporar como Académico de Número al doctor Alfredo Bullard González. La propuesta fue aprobada por unanimidad y la ceremonia de incorporación tuvo lugar el 22 de octubre de 2013. La presentación del doctor Bullard estuvo a cargo del Académico de Número doctor Fernando de Trazegnies Granda. El discurso de incorporación del Dr. Bullard se llamó: *Cortando la Manzana: Psicología, Neurociencia y Técnicas de Persuasión en los Litigios.*

En agosto de 2013 falleció el Académico Honorario doctor Juan Chávez Molina, habiendo procedido la Academia a publicar un aviso de defunción en el diario *El Comercio.*

En setiembre de 2013 se hizo entrega de la medalla y el diploma de la Academia al Académico Honorario argentino Néstor Pedro Sagüés, cuya ponencia, que ya obra en poder de la Academia, se titula *Derecho de los Pueblos Originarios: el derecho al propio Derecho y a la propia Jurisdicción. Impactos en el Derecho Procesal Constitucional.*

Aún no se ha entregado sus credenciales a los Académicos Honorarios, cuyos nombres y ponencias paso a citar: Paulo Bonavides: *Do Absolutismo ao Constitucionalismo*; José Alfonso Da Silva: *Democracia Representativa e Legitimacao Governamental*; Allan Brewer-Carías: *El avocamiento de procesos judiciales ordinarios por parte de la jurisdicción constitucional. Un instrumento de protección del orden público constitucional convertido en Venezuela en un mecanismo de violación del debido proceso por parte del juez constitucional*; y Giuseppe de Vergotini: *La libertad de información y sus limitaciones.*

El 4 de noviembre de 2013 el Presidente de la Academia Peruana de Derecho, a nombre de nuestra Corporación, envió un saludo de felicitación al Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, doctor Ramiro Moreno Baldivieso, con ocasión de las bodas de plata de dicha entidad.

El 17 de diciembre de 2013, el Consejo Directivo de la Academia acordó incorporar a un académico en el área del Derecho Penal. En la misma sesión se acordó por unanimidad felicitar al doctor Domingo García Belaunde por el trabajo realizado y el logro obtenido con la publicación del número 11 del Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2010-2012, trabajo impecable y que por primera vez incluye fotografías, numeración (es el número 11) y una nueva carátula.

En atención a la invitación hecha a los señores Académicos de Número para que presenten un candidato en el área de Derecho Penal, se recibió la propuesta de incorporar como Académico de Número al doctor Luis Roy Freyre. La solicitud estuvo firmada por los señores académicos de número Domingo García Belaunde, Carlos Cárdenas Quirós, Oswaldo Hundskopf Exebio y Alfredo Bullard González. Después de cumplirse estrictamente con el procedimiento regulado en el artículo 8 del Estatuto, se reunió el Pleno de Académicos con fecha 25 de marzo de 2014 y se acordó por unanimidad incorporar al doctor Luis Roy Freyre como Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho.

El 1 de marzo del presente año 2014 se produjo el lamentable deceso de quien fuera muy apreciado y querido miembro de nuestra Academia, doctor Mario Pasco Cosmópolis. La Academia publicó una nota necrológica en el diario *El Comercio* con fecha 5 de marzo de 2014.

Finalmente, deseo hacer referencia a la existencia de la Conferencia o Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, que nació en la ciudad de Granada, España, en 1994, gracias al impulso de quien fuera Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, don Eduardo Roca Roca. Al fundarse esta entidad se declaró como misión fundamental de la misma "Promover, fomentar y consolidar el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho, en conformidad a los principios y fines de las Naciones Unidas, así como establecer instrumentos de colaboración recíproca, para el fortalecimiento de la confraternidad entre los académicos que las integran, de la difusión de la cultura jurídica y de la función social que les son propias".

Hace muy pocos días, del 5 al 7 de mayo de 2014, se realizó en Granada, España, un Encuentro para conmemorar los 20 años del nacimiento de la Conferencia o Mesa Permanente y para reafirmar la misión reseñada en el párrafo precedente. Asistieron los presidentes de doce Academias españolas: Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Granada, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Murcia, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza. De América asistieron los presidentes de nueve Academias: Buenos Aires (Argentina), Córdoba (Argentina), Bolivia, Chile, Colombia, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela.

En este certamen se acordó reelegir por un periodo adicional de tres años al Presidente de la Conferencia, don Luis Moisset de Espanés. En el contexto de los fines de la misma, el Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, don Luis Cova Arría, solicitó que la Conferencia se pronuncie sobre los problemas que enfrenta Venezuela, muchos de ellos vinculados con los derechos humanos y el Estado de Derecho. Después del correspondiente debate y

de la conformación de un comité de redacción, en el cual estuvo presente nuestra Academia por intermedio de su Presidente, se emitió el siguiente pronunciamiento:

> "Granada, 7 de mayo de 2014
>
> Con motivo de la comunicación efectuada por el señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, don Luis Cova Arría, quien manifiesta la difícil situación jurídica venezolana en los tiempos actuales, la Conferencia de Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, expresa su preocupación al respecto, valora de manera especial el magisterio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, entendiendo que la paz social por todos deseada solo puede alcanzarse dentro del marco del Estado de Derecho, la división de los Poderes y el respeto absoluto de los derechos humanos. (firma) Luis Moisset de Espanés".

La Conferencia de Academias Iberoamericanas es una institución muy sólida y que ofrece muchas posibilidades para que las Academias puedan establecer vínculos de colaboración y alcanzar una mayor visibilidad y vigencia que la que hoy poseen. Me parece de la mayor importancia que el nuevo Consejo Directivo mantenga lazos muy firmes con ella.

ESTADO DE LA CUENTA DE INGRESOS Y GASTOS

El anterior Consejo Directivo entregó al actual un cheque de gerencia de US$ 7,778.73, con el cual se procedió a abrir una cuenta de ahorros en dólares en el Scotia Bank a nombre de Lorenzo Zolezzi Ibárcena y Oswaldo Hundskopf Exebio, Presidente y Secretario-Tesorero, respectivamente. Esta suma no comprendió US$ 3,000 destinados al Anuario de la Academia del periodo 2010-2012. La adición de ambas sumas arroja US$ 10,778.73.

En la Memoria del primer año de nuestra gestión, es decir, durante 2012-2013, reportamos un saldo a favor de la Academia de US$ 7,850.08, suma muy similar a la que recibimos. Destacamos en esa oportunidad que los ingresos de la Academia provienen exclusivamente de los aportes de los señores Académicos, por lo que resulta particularmente grave para nuestra institución la morosidad en el depósito de los aportes. En la Memoria del año pasado se consigna una deuda de US$ 4,800 por concepto de cuotas no pagadas entre 2004 y 2013.

Actualmente nuestra cuenta registra US$ 8,613.65, que es la suma que estamos entregando al nuevo Consejo Directivo. No se ha hecho ninguna deducción para fines de la publicación del Anuario. Pero debo agregar que existe una deuda en cuotas de US$ 500.00 del año 2012, US$ 1,500 del año 2013 y US$ 1,650 del año 2014, todo lo cual suma US$ 3,650. Si esta suma fuera recuperada, como creo que debe ser, pues no estamos hablando de épocas remotas sino apenas del periodo 2012-2014, la presente gestión culminaría con US$ 11,263.65, suma superior en US$ 484.92 a la que existía cuando se produjo el cambio de Consejo Directivo el 2012.

Las cifras que acabo de referir permiten concluir que si los señores académicos pagaran en el transcurso del año sus respectivas cuotas, y en el supuesto, que estuvieran cubiertas las 30 plazas de Académicos de Número, la Academia

podría recaudar US$ 9,000 por bienio, al que si restamos US$ 3,000 para el Anuario, aún quedarían US. 6,000, que cubren con holgura los gastos corrientes de la Academia, sin contar la suma de alrededor de US$ 8,000 con la que se cuenta como ahorro de esta y las gestiones anteriores.

Termino haciendo una invocación a los señores Académicos para que sean muy escrupulosos en el pago de sus cuotas anuales. Y sugiero que el nuevo Consejo Directivo diseñe una estrategia para la recuperación de las sumas adeudadas.

Lima, 15 de mayo de 2014

INCORPORACIONES

V
ACADÉMICOS DE NÚMERO

INCORPORACIÓN
DEL DR. BALDO KRESALJA ROSSELLÓ

(Lima, 25 de octubre de 2012)

DISCURSO DE RECEPCIÓN
DEL DR. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Señor Presidente de la Academia Peruana de Derecho

Señores miembros de la Directiva

Señores académicos

Señoras y señores

Es para mí una verdadera satisfacción recibir esta noche en el seno de la Academia al doctor Baldo Kresalja Rosselló. Y lo es por partida doble. En primer lugar, porque se trata de un maestro universitario y académico de renombre e influencia. Y adicionalmente, por los viejos lazos de amistad que con él mantengo desde hace muchos años y que se comprueba en los numerosos actos de nuestras vidas.

Nuestra Academia ha tenido una vida continua e interesante, pero no lineal, pues ha tenido en el camino algunos accidentes, nada serios, pero que pudieron ser decisivos. Según información que recogió primero Fernando Vidal Ramírez y ha ampliado Carlos Ramos Núñez, nacimos en 1889, con el nombre de

Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación, y así fue hasta 1906, según datos que más adelante deberán ser precisados. A poco de su fundación, fue reconocida conjuntamente con su par mexicana, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en cuya sede en Madrid, lo recordamos en febrero último, cuando ahí estuvimos con el secretario de entonces, el doctor Carlos Cárdenas Quirós. Fue esta ocasión propicia para incorporar como académicos honorarios a los profesores Eduardo García de Enterría, José María Castán Vázquez y Francisco Fernández Segado. Todo esto dentro de una política de llevar al extranjero a nuestra Academia y ampliar las redes con las entidades similares del exterior.

Tras la desaparición de la primera Academia, de la que somos sucesores, se fundó la actual en 1967, por iniciativa y gestión del doctor Mario Alzamora Valdez, entonces decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Y se hizo en ceremonia solemne en el local que entonces tenía el Colegio en el cuarto piso del Palacio de Justicia. Tuve el privilegio, por esas casualidades del destino, de estar presente en ese acto, del que guardo grato recuerdo. Y al que asistieron, entre otras personalidades, el presidente Fernando Belaunde Terry, el ministro de Justicia, doctor Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, y mi padre, Domingo García Rada, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, la Academia, por esos avatares políticos que pasan en nuestros países, entró en receso a mediados de los setenta, y se reinició años más tarde, en los noventa, gracias al impulso generoso y la decidida colaboración de Carlos Rodríguez Pastor, Javier Vargas y Vargas y Fernando Vidal Ramírez. Desde entonces, nuestra vida institucional ha ido avanzando en forma lenta, pero segura y creo que para mejor. Y sobre todo, sin retrocesos.

Dentro de esta perspectiva, cuando tuve el privilegio de ser elegido por mis pares como presidente de esta corporación, por generosa iniciativa de Jorge Avendaño y Felipe Osterling, mis dos maestros en la Universidad Católica, pensé que se habían hecho muchas cosas, pero que se podían hacer otras más. Fue así que con respaldo de mi directiva, se fijaron determinados lineamientos para las futuras candidaturas a la Academia –que por fallecimiento de sus miembros deja de continuo vacantes que hay que cubrir– y tratar de compensarla con la incorporación de juristas que representen otras áreas del Derecho, actualmente no cubiertas. Y todo esto con el ánimo de ser más representativos. Fue también propuesta mía, que aprobó la directiva anterior, incorporar a juristas de provincias, si bien esto, lamentablemente, no siempre es posible por diversas circunstancias que sería bueno analizar en otro momento. Creo, sin embargo, que la Academia debe tener siempre presente que no puede ser tan limeña, por más que Lima siga siendo, para bien o para mal, el centro más importante de la producción jurídica del país.

En este sentido, las dos recientes incorporaciones, responden a ese ideal. Lo fue la del doctor César San Martín, que al margen de ser actual presidente de la Corte Suprema, es penalista y procesalista eximio y distinguido maestro universitario, con estudios de perfeccionamiento fuera y autor de una obra muy sólida. Y ahora se nos suma el doctor Kresalja, quien cultiva un área que antes no existía, o mejor dicho, áreas que no existían. Empezó su andadura académica enseñando Derecho Industrial, en la década de los setenta, cuando solo se conocía la legislación industrial, y es sin lugar a dudas el pionero de esta disciplina en el Perú. Pero por una inevitable gravitación de los hechos y de los problemas a ella vinculados, amplió sus intereses al Derecho de la Competencia, al Derecho Marcario, si bien aquí podría discutirse su independencia como disciplina jurídica, para culminar en el Derecho Económico, centrándose sobre todo en el papel que tiene el Estado en este importante tema, que, como sabemos, aparece por vez primera, a nivel constitucional, en 1979. Y se reitera, si bien con otra modalidad, en la vigente carta de 1993.

Todo ello tenía que llevarlo a cabo partiendo, como no podía ser de otra manera, del Derecho Constitucional, disciplina que hoy por hoy, pese a quien pesare, orienta y condiciona el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico. Se ha dado en nuestro país, lo que el jurista francés Louis Favoreu, llamó en la década del sesenta, la "constitucionalización del derecho" o en palabras de Ricardo Guastini, "la constitucionalización del ordenamiento jurídico". Fruto de este esfuerzo de Kresalja, es no solamente cantidad de ensayos dispersos en revista nacionales y extranjeras, sino de libros y folletos, del que destaca su reciente y voluminoso "Derecho Constitucional Económico", que ha preparado con el apoyo de César Ochoa Cardich.

El doctor Kresalja no solo ha escrito y publicado mucho, sino que también ha influido en las nuevas generaciones y ha sido importante factor para la instalación en nuestro medio de instituciones tan necesarias, como el Indecopi. A ello debe agregarse la fundación y sostenimiento del "Anuario Andino de Derechos Intelectuales", cuyo número octavo acaba de salir, y que es una fuente indispensable para los que quieran enterarse de lo que pasa en ese ámbito a nivel internacional.

Debo mencionar también su breve paso por la cartera de Justicia en el gobierno del presidente Toledo, en donde sentó las bases de nuevas políticas públicas y prestó especial atención a la doctrina y legislación constitucional peruanas.

Decía hace unos momentos que existía de mi parte, otra satisfacción personal, y es mi relación, directa y fraterna, con nuestro nuevo Académico. Y es que lo conozco y he tratado con frecuencia los últimos cuarenta años, cifra espeluznante que por momentos me aterra. Alguna vez decía Luis Alberto Sánchez que

hay momentos en la vida en que más que dar un paso adelante, se da un paso hacia abajo. No sé si esto sea cierto o no, pero el paso de los años nos va convenciendo de la fragilidad de nuestras vidas. Que se convierte en íntima complacencia cuando se goza de buen ambiente y de la buena amistad.

Al doctor Kresalja lo conozco desde el colegio. Nos formamos ambos, si bien con ligera diferencia de años, en el Colegio de la Inmaculada, regentado por los padres jesuitas. Creo que la educación recibida en el colegio, conjuntamente con la del hogar, es siempre el más sólido fundamento que se da al que se inicia en la vida. Y si lo sabe aprovechar, es muy probable que llegue a buen puerto. Guardamos ambos un grato recuerdo de los jesuitas, a quien Unamuno, injustamente, calificó como "los degenerados hijos de Loyola". Más tarde, volví a encontrar a Kresalja en la casona de Lártiga, en cuyos bajos se encontraba el Rectorado y el Instituto Riva Agüero, y en los altos, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Durante esos años fue figura señera e inconfundible su secretario perpetuo –pienso que podríamos llamarlo así– que fue Xavier Kieffer Marchand, severo en las exigencias formales, pero con un fondo de calidez humana que se podía encontrar con facilidad. A él se le debe mucho, sobre todo en las épocas difíciles, y es una lástima que no se le haya rendido el reconocimiento que se merece.

Eran aquellos los días de la renovación de los estudios de Derecho, alentados por el Rectorado que en forma eficaz ejercía el padre Felipe Mac Gregor, a quien conocíamos desde los patios del colegio, y llevado a la práctica, en el ámbito de la Facultad de Derecho, por Jorge Avendaño en su primer y magnífico decanato. En esos años, fundamos una revista juvenil que denominé *Thémis* el año 1965, y desde el inicio conté con la invalorable colaboración de Baldo Kresalja y de otros alumnos de la Facultad, excelentes amigos y más tarde distinguidos y exitosos profesionales. Entre ellos menciono solo a los fallecidos: Enrique Gómez Ossio, Jack Batievsky y Luis Stucchi. Nuestra revista constituyó, por un lado, un foro académico, casi sin precedentes, pues nos reuníamos periódicamente para discutir temas de interés general e invitábamos a gente distinguida e importante de la época a nuestras reuniones. Pero adicionalmente éramos un grupo editor. De ese empeño quedan como testimonio siete (7) números publicados entre 1965 y 1969. Luego la revista desapareció. Años más tarde, un grupo de jóvenes me buscaron para pedirme autorización y apoyo para lanzar lo que llamaron "segunda época", a lo que por cierto accedí. Hoy la revista *Thémis*, siempre dirigida por alumnos, sigue saliendo en forma moderna y ágil, llena de actualidad y con mayores pretensiones que la nuestra. Y por cierto, con distinto espíritu.

Dentro de este gran marco de reformas que se implementó en la Facultad de Derecho, a fines de la década de los sesenta del siglo pasado, estuvo el programa

de viajes de perfeccionamiento, algunos cortos y otros largos, de profesores de la Facultad, en especial de los que recién se iniciaban en la docencia. Animador de ese proyecto en el exterior, fue el profesor Zigurds L. Zile, inestimable orientador y apoyo en esos meses que los profesores pasaban en la Universidad de Wisconsin, en el campus ubicado en la ciudad de Madison. Al programa de 1969 me tocó asistir con Baldo Kresalja y fue mi compañero de esos meses inolvidables, en donde aprecié al amigo y confidente, y además al hombre de muchas inquietudes. Kresalja no solo fue a estudiar lo suyo, sino a estudiar y aprender otras cosas. Sabía que el Derecho solo es insuficiente para entender el Derecho, y a esa misma conclusión había llegado yo. Debo recordar también a Luis Carlos Rodrigo, de quien mucho aprendimos, pero que nos acompañó solo por tres meses.

Instalados nuevamente en Lima en los inicios de 1970, seguimos cada uno nuestro rumbo, tanto académico como profesional, si bien no nos hemos visto con tanta frecuencia, pues esta ciudad se ha vuelto inmanejable por las distancias y el tránsito, a lo que hay que agregar que cada vez más se dan cócteles, recepciones, presentaciones de libros, misas de salud y otras actividades más, que muchas veces no podemos cumplir y que parecería que fueran una cómoda manera de matar el tiempo o de satisfacer vanidades ocultas.

El tema que expondrá hoy el nuevo académico, versa sobre la presencia normativa de los derechos intelectuales y su impacto en el Perú contemporáneo. Tema de actualidad innegable, como ustedes podrán apreciar más adelante.

En un país sin instituciones sólidas, con pequeñas excepciones que no hacen más que confirmar la regla, la Academia Peruana de Derecho se renueva una vez más con esta incorporación de un académico que, estoy seguro, dará lustre a nuestra corporación.

DISCURSO DEL RECIPIENDARIO
BALDO KRESALJA ROSELLÓ

PRESENCIA NORMATIVA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES Y SU IMPACTO EN LA VIDA SOCIAL DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO

Señor Presidente de la Academia Peruana de Derecho

Señores Miembros de la Academia

Señoras y señores

Deseo agradecer a los miembros de la Academia por haberme invitado a formar parte de ella, lo que constituye un honor que valoro grandemente. Deseo especialmente agradecer al Dr. Guillermo Lohmann, que me propusiera, y al Dr. Domingo García Belaunde por sus generosas palabras de presentación, que están formuladas más por la entrañable amistad que nos une desde largo tiempo atrás que por mis méritos académicos.

El contenido de mi discurso *PRESENCIA NORMATIVA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES Y SU IMPACTO EN LA VIDA SOCIAL DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO*, estará dividido en siete secciones:

1. Introducción
2. Brevísima referencia histórica
3. Perú: Antecedentes y vigencia normativa
4. El siglo XX y la actual situación normativa: El ADPIC

5. ADPIC: Su relación con los derechos humanos y el acceso a la cultura
6. Los Acuerdos de Libre Comercio (ADPIC-plus)
7. Reflexión final

I. INTRODUCCIÓN

No diré nada nuevo si afirmo que el hombre, por el solo hecho de vivir, crea constantemente. Pero la creación espiritual propiamente dicha que aquí nos interesa, no es otra cosa que la solución dada por un sujeto o por un conjunto de personas al problema de someter su personalidad a la prueba de manifestarse en entidades objetivas.

La realidad física seleccionada, ordenada y dispuesta de una determinada forma, según la combinación ideal, consistirá en palabras, representativas de ideas y conceptos, en la obra literaria o científica; en líneas, figuras o colores en las creaciones pictóricas; en sonidos integrados en una serie especial, en las obras musicales; en elementos sensibles que actúan causando ciertos efectos de acuerdo con las leyes naturales, en la invención; en palabras reales o de fantasía, en figuras o trazos, en el signo mercantil. y en las nuevas tecnologías en una combinación indeterminada de esos u otros contenidos.

La expresión "derechos intelectuales" alude conjuntamente a los dos grandes sectores en que suele dividirse la materia, la propiedad intelectual o derecho de autor y la propiedad industrial; aunque hay que advertir que entre esos sectores se aprecian diferencias sensibles en su tratamiento jurídico, en cuando a su adquisición, contenido y criterios de protección.

Los derechos intelectuales son una manifestación de un género de protección característico de las sociedades modernas y persiguen proteger los intereses morales y patrimoniales con respecto a determinadas creaciones que la ley determina. Otorgan un poder jurídico muy especial, que es el de impedir a los demás que utilicen un medio ideal que, por su propia naturaleza, se encuentra a disposición de todos. Se trata de una restricción onerosa para la sociedad misma, la que se realiza no únicamente en consideración al respeto que merecen los creadores, sino también al servicio de valores sociales que contribuyen a justificarla; por ejemplo, la necesidad de promover el desarrollo cultural o el progreso técnico. Los derechos intelectuales son derechos subjetivos privados que dan lugar a posiciones económicas privilegiadas; son, pues, derechos de exclusión en el plano económico.

Ahora bien, todas las creaciones espirituales son objetos culturales; es decir, su esencia no queda determinada por lo que son, sino por lo que valen; objetos estimados con relación a un tipo de valor determinado que pretende realizar: la belleza, la verdad o la utilidad.

II. BREVÍSIMA REFERENCIA HISTÓRICA

Las creaciones técnicas e intelectuales las ha producido el hombre en todos los tiempos, pero la historia de los derechos intelectuales no puede confundirse con la historia de la inventiva humana. La razón se encuentra en que deben concurrir un conjunto de condiciones de carácter cultural y técnico para que los derechos intelectuales aparezcan como una institución incorporada a los ordenamientos jurídicos positivos. Y esa incorporación se realiza no sin controversia y debate.

A modo de ejemplo, el inicio del moderno sistema de patentes se debe a dos desarrollos legislativos simultáneos, que representan dos concepciones filosóficas y políticas distintas. El primero es la Constitución de los Estados Unidos de 1787, cuyo artículo 1, Octava Sección, sirvió de fundamento jurídico para la ley estadounidense de patentes de 1790, y puso de relieve que la patente no es una concesión estatal graciosa ni tampoco un derecho natural del inventor, sino un instrumento para promover el desarrollo de las ciencias y de la tecnología. El segundo gran desarrollo legislativo es la ley francesa de 1791, cuya fundamentación es distinta a la norteamericana, pues las patentes son concedidas como la instrumentación del derecho de propiedad que corresponde al inventor sobre su creación, derecho que es considerado como un “derecho del hombre”. Estas posiciones siguen presentes en los debates contemporáneos.

En el siglo XIX comienza la etapa en la que los derechos intelectuales dejan de tener únicamente una protección nacional para tener cobertura internacional a través de dos tratados emblemáticos y aún vigentes: París en propiedad industrial y Berna en derechos de autor. A partir de la segunda mitad del siglo XIX la divulgación mundial de la legislación en estas materias fue amplísima. En América Latina, a fines del siglo XIX, la mayoría de los países contaban con leyes de protección a los autores, patentes y marcas. Hay muchas lecciones a aprender sobre la conducta durante el siglo XIX de los países hoy desarrollados y de las economías emergentes de Asia del siglo pasado. En estos casos, el diseño legislativo de los derechos intelectuales estuvo determinado por lo que cada país percibía eran sus intereses culturales y económicos, lo que puede comprobarse por el continuo cambio legislativo ocurrido conforme alcanzaban un mayor grado de desarrollo, habiendo ejemplos específicos de desconocimiento a los derechos de los no nacionales ocurridos en los países

hoy desarrollados, que en nuestros días causarían escándalo. Consideramos que durante las últimas décadas se han olvidado o relegado las lecciones de historia económica y legislativa al momento de enfrentar los retos e imposiciones provenientes de los países más poderosos.

El desarrollo en la sociedad del conocimiento a la que ingresamos ha sido guiado por la ciencia y la tecnología y facilitado, en alguna medida, por los derechos intelectuales; sus normas son esenciales para variadas actividades y negocios, pues protegen la inversión y la investigación. Si las leyes están adecuadamente diseñadas y pueden aplicarse con facilidad, entonces fomentarán la innovación y premiarán a los creadores y emprendedores.

La armonización internacional en este ámbito es un objetivo razonable, pero el balance óptimo se encuentra entre los incentivos que hacen posible un beneficio social y los daños causados por algunas restricciones, en especial en los países en vías de desarrollo.

III. PERÚ: ANTECEDENTES Y VIGENCIA NORMATIVA

El reconocimiento que nuestras Constituciones han hecho a la libertad de industria y comercio ha sido, sin duda, coadyuvante al reconocimiento moderno de los derechos intelectuales, pero ellas no utilizan esta denominación. La Constitución de 1828 otorgó al Congreso atribuciones para “acordar patentes por tiempo determinado a los autores o introductores de alguna invención o mejora útil a la república” (art. 48.19). También, a modo de ejemplo, en el Congreso que dio lugar a la Constitución de 1860 se produjeron debates de gran interés sobre la importancia y carácter jurídico de algunos derechos intelectuales, que pusieron de relieve la preocupación por el progreso técnico y científico. Todas las Constituciones del siglo XX reconocen las libertades de industria y comercio y la protección a los autores e inventores. Lo que deseo enfatizar es que estos temas han estado siempre presentes en el debate constitucional y han tenido también una expresión normativa específica. La primera ley de Derecho de Autor fue promulgada por Ramón Castilla en 1849. La primera ley sobre patentes de invención, denominada Ley de Privilegios, fue promulgada en 1869 por José Balta, y en el ámbito de los signos distintivos, la primera norma es promulgada por Remigio Morales Bermúdez en 1892. Desde entonces no ha habido prácticamente después ningún gobierno que no haya promulgado leyes o expedido decretos o resoluciones sobre estas materias.

Durante los últimos años se han puesto en vigencia numerosas disposiciones de carácter nacional y regional, y somos parte de prácticamente todos los convenios internacionales importantes, tales como la Declaración Universal de los

Derechos Humanos (en 1959), la Convención Universal sobre Derecho de Autor (en 1963), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en 1978), el Convenio que da lugar al nacimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (en 1980), el Convenio de Berna (en 1984), el Convenio de París (en 1994), y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC (en 1994).

Nuestras leyes vigentes son, en el ámbito del Derecho de Autor el Decreto Legislativo Nº 822 y en Propiedad Industrial ha ocurrido algo insólito, pues desde el 1 de febrero de 2009 no contamos con norma nacional por primera vez en más de un siglo, ya que con el pretexto de aplicar el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos (TLC), se derogó la norma nacional, Decreto Legislativo Nº 823, para después promulgar el Decreto Legislativo Nº 1075 y la Ley 23916 que sirven para "complementar" la Decisión Andina Nº 486, que de esa manera se ha convertido en nuestra ley nacional. Pero hay más, la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1075 señaló expresamente que entraba en vigencia a partir de la entrada en vigor del TLC, fecha también en que quedaría derogado el Decreto Legislativo Nº 823 sobre Propiedad Industrial ya citado, esto es, cuando el Congreso de los EE.UU. aprobara el TLC. Entonces, es primera vez que tengo noticia que una ley nacional es derogada (D.L. N° 823) y otra entra en vigencia (D.L. Nº 1075) cuando así lo decida el Congreso de un país extranjero, prueba palpable de la debilidad o desconcierto gubernamental en esta materia. Se cocinó este desaguisado durante el segundo periodo del presidente Alan García.

Ahora bien, es preciso referirnos a lo ocurrido en la Comunidad Andina de Naciones (CAN), también conocida como Pacto Andino. La única rama del ordenamiento jurídico que ha dado lugar a cinco Decisiones desde la suscripción del Acuerdo en 1969, ha sido la propiedad industrial. Los cambios ocurridos en las Decisiones de propiedad industrial, hasta la última vigente que es la Nº 486, han sido intentos sucesivos para asimilar e incorporar las disposiciones impuestas por la normativa internacional y en especial por el ADPIC. Y tiene una Decisión, la Nº 351, referida a derechos de autor.

Han sido características del proceso en la CAN que los legisladores hayan sido no los parlamentos de los países sino los propios funcionarios de la Junta del Acuerdo de Cartagena y los consultores contratados específicamente para tal tarea, habiendo intervenido solo tímida y eventualmente las fuerzas productivas o las relacionadas con la actividad académica, demostrando mayor interés en las formulaciones legales que se propusieron organismos internacionales como la OMPI o algunos gobiernos extranjeros.

IV. EL SIGLO XX Y LA ACTUAL SITUACIÓN NORMATIVA - EL ADPIC

Después de la Primera Guerra Mundial se extiende por casi todo el globo la aceptación de normas referidas a los derechos intelectuales, y los países paulatina y crecientemente se adhieren a los Convenios de París y de Berna. Múltiples causas contribuyen a esa aceptación general, pero hay que advertir que muchos países no entendieron el significado y consecuencias de dicha incorporación a su legislación nacional, dado su pobre nivel de desarrollo. El Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) fue firmado en Estocolmo en 1967 y entró en vigor en 1970. En 1974 pasó a ser uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas y tiene dos objetivos principales: el primero es fomentar la protección de los derechos intelectuales y el segundo administrar varios tratados. Asesora permanentemente a países en vías de desarrollo, pero se le critica por responder en sus tareas a los intereses de los países más ricos. La OMPI ha perdido presencia que ha sido ganada por la OMC.

Si bien durante las últimas décadas la determinación de los estándares normativos en los derechos intelectuales ha sido el resultado impuesto por los principales países occidentales y el Japón, en la parte final del siglo XX, los mejores ejemplos de una política diseñada en virtud de los propios intereses fue la adoptada por los países asiáticos, en especial Taiwán y Corea, habiendo sustentado su desarrollo económico especialmente en la imitación y la ingeniería reversa, como un elemento clave para poder desarrollar su propia tecnología y sus capacidades inventivas. La India ha sido y sigue siendo un país con una política independiente vinculada a la industria farmacéutica, la producción de medicinas genéricas y las nuevas tecnologías. En síntesis, la gran lección de la historia demuestra que cuando los países han sido capaces de adaptar a su particular realidad e intereses a largo plazo las leyes vinculadas a los derechos intelectuales, ha sido posible –con otros factores– facilitar la producción interna y el acceso al conocimiento, pero debe advertirse que este tipo de políticas estatales sufriría un impacto contrario con la aprobación del ADPIC.

El acuerdo del GATT de 1947 (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), órgano encargado de administrar un tratado multilateral en el campo del comercio, cuya función es la de eliminar barreras comerciales y resolver los conflictos internacionales en este ámbito, sufrió un cambio sustantivo como resultado de la constatación de que los derechos intelectuales desempeñan un papel relevante en el comercio internacional. En 1986 se iniciaron las negociaciones de la Ronda Uruguay. Los planteamientos de EE.UU., Unión Europea y Japón sufrieron al inicio reticencias sobre los denominados “nuevos temas”,

esto es, los aspectos de los derechos intelectuales relacionados con el comercio, inversiones y servicios. El denominado "Grupo de los 10" conformado, entre otros, por Brasil, India, Argentina y Perú, manifestó su oposición vigorosa a esos planteamientos porque consideraban que excedían la competencia del GATT, pero no tuvieron éxito en su empeño, siendo amenazados con sanciones por el gobierno de los EE.UU.

En la Ronda Uruguay se crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), que entre sus funciones tiene la de administrar el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas, conocido también como ADPIC. Entre sus disposiciones más importantes se encuentra que la protección establecida configura un mínimo que puede ser ampliado por los países miembros, esto es, no persigue una armonización de las legislaciones nacionales. La aprobación del ADPIC hizo posible que los países desarrollados mantengan prácticamente inalteradas sus legislaciones en la materia y más bien fueran los países en vías de desarrollo los que debieran modificar o condicionar sus respectivos sistemas. Ello ha significado el debilitamiento de los principios de territorialidad y soberanía, Y tiene dos características principales: la primera es el aumento de los estándares de protección; y la segunda es que esos estándares se convierten en obligatorios para todos los Estados (art. 4 ADPIC), aún en el caso de que sean exóticos a sus propias tradiciones legales y culturales.

El acuerdo ADPIC no es un código que regule totalmente los derechos intelectuales y contempla posibles regulaciones distintas a las de los países más desarrollados, las que –como veremos– se tratan de impedir mediante los convenios ADPIC-plus, esto es, los Acuerdos sobre Libre Comercio. Esas ventanas que pueden dar lugar a cambios legislativos e interpretaciones diversas favorables a nuestros intereses han buscado ser canceladas y el Estado peruano no ha tenido opinión pública y firme al respecto.

El ADPIC significa el inicio de una etapa surgida por el fenómeno de la globalización. La nueva regulación que promueve, aceptada por prácticamente todos los países, afectará al menos en el corto plazo a los países importadores de productos y servicios vinculados a los derechos intelectuales, pues deberán pagar por ellos precios cada vez mayores. De otro lado, serán los representantes del Sector Privado quienes continuarán jugando un rol central en el cumplimiento de sus disposiciones que buscan generalizar e imponer la legislación interna de los Estados Unidos a todos los países, utilizando los mecanismos de la OMC.

Cuando surgieron los opositores al ADPIC, "entonces la tinta ya estaba seca". Los opositores se concentraron en temas tales como las patentes sobre

diversas formas de vida y en el acceso a los productos farmacéuticos. Se trató de una reacción en cierto modo tardía, pues numerosos gobiernos firmaron el ADPIC, tal como lo señalan las Naciones Unidas, antes de comprender sus implicancias sociales y económicas.

El objetivo fundamental de los ADPIC es la promoción de la innovación por medio de incentivos comerciales. Los diversos vínculos con el objeto de los derechos humanos –la promoción de la salud pública, la nutrición, el medio ambiente y el desarrollo– suelen expresarse como excepciones a su normativa, más que como principios rectores en sí mismos, y están subordinados a las disposiciones del Acuerdo.

V. ADPIC: SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO A LA CULTURA

Dentro de los muchos temas conflictivos surgidos por la puesta en vigencia del ADPIC me referiré muy brevemente a algunos vinculados a los derechos humanos y a las limitaciones que impone al acceso a la cultura.

En primer lugar, señalar que la forma en que durante las últimas décadas se ha planteado la protección legal a los derechos humanos y a los derechos intelectuales es diferente, tanto en cómo se estructuran los derechos y obligaciones de las personas, así como en el rol que debe jugar el Estado. Mientras por un lado se buscaba, aunque sea parcialmente, el reconocimiento normativo de los derechos humanos, los defensores de las nuevas provisiones en el ámbito de los derechos intelectuales lograban la ampliación de la cobertura jurídica en los tratados internacionales más importantes sobre la materia. Si bien en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se protege a los autores desde un punto de vista moral y material como parte del catálogo de las libertades fundamentales, así como también lo hace la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no existe referencia igual en los más importantes tratados sobre derechos intelectuales, como son los de Berna, París y el ADPIC. Por cierto, estos hablan de “derechos” de los autores e inventores, pero la justificación de ello no reposa en el reconocimiento a su carácter fundamental, sino en los beneficios económicos resultantes de la protección jurídica, más allá de las fronteras nacionales. Es quizá por este motivo que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó varias resoluciones antagónicas al ADPIC, y señaló como temas conflictivos, entre otros, las estipulaciones sobre semillas y nuevas variedades vegetales y el patentamiento de los organismos genéticamente modificados, así como el impacto sobre el derecho a la salud.

Otros temas que han generado controversia son el reconocimiento del derecho a los pueblos aborígenes sobre sus conocimientos tradicionales y el impacto de las reglas vinculadas a la salud en medicamentos para el sida y el cáncer, de la que han salido parcialmente victoriosos países como Brasil y Sudáfrica, pues han decidido otorgar licencias obligatorias para la producción de esos medicamentos. A este respecto, resulta pertinente recordar que los países más desarrollados han adoptado medidas que favorecen a la salud pública que no han sido incorporadas en el Perú, para la fabricación de medicamentos genéricos, lo que da lugar a una sustantiva rebaja en sus precios (Bolar Exception). Otra medida es la de buscar acceder libremente a la información que se presenta ante las autoridades nacionales para la comercialización de nuevas drogas o medicamentos.

Un tema conflictivo es el vinculado a la alimentación, el desarrollo agrícola y la conservación de los recursos genéticos, pues no cabe duda de que existe un desequilibrio entre los derechos reconocidos a los titulares de las semillas de las modernas variedades vegetales y el interés ancestral de los agricultores. Es importante resaltar que la protección de las nuevas variedades vegetales conlleva una tendencia para favorecer la uniformidad y reducir la biodiversidad, cuya existencia es el resultado de una práctica inmemorial por parte de los agricultores de todo el mundo. Frente a esta realidad, es importante hacer mención al Convenio de Diversidad Biológica de 1992, del cual el Perú es parte, como muchos otros países, pero que no ha sido reconocido por algunos importantes países desarrollados, lo que dificulta grandemente su vigencia. Sí lo ha hecho, por ejemplo, la República Popular China en el Tratado de Libre Comercio celebrado con el Perú en el año 2009 (art. 145.2), así como la Unión Europea en el Tratado de Libre Comercio celebrado en el presente año (art. 196.4).

Vinculado a lo anterior, se encuentra el tema de la "biopiratería", en virtud de la cual las grandes corporaciones farmacéuticas, aprovechando la biodiversidad y el conocimiento tradicional acceden a recursos genéticos que después patentan. En el Perú ya han surgido varios conflictos a este respecto[1]. De allí que haya adquirido relevancia en los últimos años la búsqueda de una fórmula que haga posible el reparto de beneficios derivados de la explotación de la biodiversidad. Pero

(1) El Perú es uno de los países con mayor diversidad geográfica y climática del planeta. En su territorio se han identificado 11 ecorregiones, 28 de los 32 tipos de clima en la tierra y 84 de las 117 zonas de vida del planeta. El Perú está considerado entre los 17 países megadiversos del mundo. En su territorio existen, al menos, 25,000 especies de plantas y en sus mares habita la mayor cantidad de especies del planeta (más de 2,000). Es líder en aves (más de 1,800 especies) y posee el mayor número de plantas nativas de uso conocido y utilizadas por la población (4,400 especies), lo que ha dado lugar al desarrollo de numerosos grupos humanos con conocimientos propios que se vuelcan en el ámbito de la curación de enfermedades y el llamado arte culinario.

no cabe duda que más allá de suscribir convenios y declaraciones, el Estado peruano ha hecho muy poco para proteger y desarrollar esa riqueza.

*****

A lo largo de la historia, la noción de cultura ha tenido distintos significados y matices, pero en general siempre significó una suma de factores y disciplinas que implicaban la reivindicación de un patrimonio de ideas, valores y obras de arte, conocimientos filosóficos y científicos en constante evolución en todos los campos del saber. La cultura antecede y sostiene al conocimiento, lo orienta y le imprime una funcionalidad precisa.

El problema del acceso a la cultura está vinculado a la mayor protección jurídica en el ámbito del derecho de autor, y compromete tanto a la investigación como a la educación. Los productos informáticos contemporáneos son los que cuentan con la protección más rígida. En algunos países (como los EE.UU.), se otorgan inclusive patentes de invención a esos productos por plazos absolutamente contradictorios con su natural y rápida obsolescencia. De otro lado, Las llamadas bibliotecas digitales imponen cada día mayores restricciones para acceder a las obras que albergan, habiéndose extendido grandemente las llamadas tecnologías de encriptación.

El impacto generado por las nuevas tecnologías sacó al derecho de autor de la posición secundaria en que se lo situaba, pues preferentemente solía proteger a un grupo reducido de personas –escritores, dramaturgos, compositores, artistas plásticos– cuyas actividades, si bien se reconocían como esenciales para la cultura, se desarrollaban en áreas económicamente restringidas. Con la irrupción en el mercado, a partir de 1950, de los nuevos medios de reproducción, difusión y explotación de obras, se produjo una expansión sustancial de las industrias vinculadas a las editoriales, al entretenimiento, a la computación y a los medios de comunicación masiva, con el incremento considerable en la circulación internacional de bienes y productos culturales. Así, el campo del derecho de autor se amplió en lo relativo a los medios de utilización de obras (transmisión de programas por satélite, por cable, por fibra óptica, por video, etc.), los soportes materiales en que se fijan y comercializan (los discos compactos, las bases de datos, etc.), y los medios de fijación y de reproducción (equipos de grabación, fotocopiadoras, señales digitales de computación, etc.). Se ampliaron también los intereses a ser protegidos, conduciendo el reconocimiento de los llamados derechos conexos, de los cuales son beneficiarios, por ejemplo, los artistas intérpretes o ejecutantes.

Las nuevas normas han buscado, y han logrado en parte, poner de lado los derechos tradicionales de uso justo (*fair use*) de leer, compartir o hacer copias

privadas de obras protegidas por derechos de autor en formatos digitales. Ya son muchas las obras que solo pueden ser accesibles mediante un pago, incluso si es para un uso legítimo. Prácticamente todas esas medidas restrictivas se encuentran en la legislación de los EE.UU. contenida en su Ley de Derecho de Autor para el Milenio Digital (DMCA) de 1998, algunas de cuyas disposiciones resultan inaplicables a una realidad como la nuestra, y una limitación para quienes consideran que el objetivo final es compartir una cultura libre. Nuestros gobiernos y nuestro mundo académico no han hecho uso intenso, ni han tenido el empeño de hacerlo, de disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 del Convenio de Berna, que bajo ciertas condiciones permiten la reproducción y uso de obras en casos especiales vinculados a la enseñanza.

Ahora bien, los bienes y servicios culturales transmiten contenidos simbólicos, y participan activamente en la creación de imaginarios, memorias sociales y mundos de representación, a través de los cuales circulan valores, creencias y percepciones con las que interactúan millones de personas. Son las llamadas industrias culturales, fuente de identidad y en ocasiones mala maestra de conductas populares, pero a la vez realidad económica, generalmente protegida por el derecho de autor. No se ha analizado en profundidad el impacto que el incremento de la protección jurídica puede tener en el fomento de la creación y en la actividad cultural de países como el Perú.

Si bien el ADPIC determina un periodo de protección mínimo de 50 años después de la muerte del autor, muchos países, como el Perú, lo han extendido ya a 70 años, como consecuencia de la presión impuesta por las industrias vinculadas al derecho de autor, tal como es el caso de la cinematográfica. A este respecto debe señalarse que no hay ninguna racionalidad para ello y, por cierto, no significa ningún incentivo especial para los creadores, aunque sí para los conglomerados mediáticos, y viola más bien las bases que dieron lugar históricamente a la protección jurídica en esta área.

El uso continuo de la palabra “propiedad” ha contribuido a que se oscurezca y se desconozca el origen de estos derechos, que eran una concesión temporal por parte del Estado. La concentración de propiedad en la industria de los contenidos y su vinculación con una tecnología que permite controlar su uso y destino, obliga en esta área a redefinir el plazo y condiciones impuestas por la norma jurídica, con el propósito de restaurar el equilibrio entre los intereses privados y los comunitarios y hacer posible la libertad de expresión de los ciudadanos.

De otro lado, la publicidad ejerce un magisterio decisivo en los gustos, la sensibilidad, la imaginación y las costumbres, lo que pone en extraordinario valor aquello sobre lo que la publicidad se asienta, esto es, las marcas y

los lemas comerciales, dando lugar al reforzamiento de la protección jurídica a las marcas denominadas notorias o renombradas, de propiedad de empresas multinacionales.

******

La creciente piratería se origina en mercados globalizados por la masificación del consumo y el desarrollo de tecnologías que permiten la copia, pero también por una confusión que se origina entre cultura y entretenimiento. Este fenómeno se acrecienta en países como el nuestro, donde existe una gran informalidad, extendido subempleo y una brecha entre las instituciones legales y la realidad del país. La piratería, ese "heroísmo" de la vida moderna, afectó fraudulentamente al disco de música y a la cinta fílmica, y ahora enfila sus naves sin bandera hacia el cargamento escrito. Pero el tema es complejo y tiene otras variantes acuciosas y contemporáneas. Por ejemplo, para los defensores a ultranza del *e-book*, la fabricación o la lectura del libro impreso en papel sería un gesto empecinado de nostalgia, una labor de ilusos. En lo que ellos defienden parece primar la necesidad, la eficacia y la prontitud, nociones sin duda útiles, pero que tienen poco que ver con la búsqueda de la felicidad y la transmisión del conocimiento. Los defensores del *e-book* consideran que en un futuro cercano los editores y agentes deberán transformar su actual trabajo, los distribuidores desaparecerán, al igual que las librerías, y que solo unas pocas grandes bibliotecas almacenarán títulos en papel. Para esos defensores el predominio del libro electrónico podría convertirse en la mayor expansión democrática que ha experimentado la cultura desde la invención de la imprenta.

******

Como sabemos, los profesores de Derecho están obligados a tocar temas éticos en sus clases, pero ello se hace especialmente difícil cuando miles de estudiantes de esa especialidad descargan música ilegalmente, fotocopian impunemente libros y artículos, y realizan otras actividades que tradicionalmente estuvieron prohibidas o cuestionadas. Para muchos de ellos comportarse ilegalmente es cada vez más común. La respuesta a esa ilegalidad generalizada es hacer cumplir las leyes con más severidad o simplemente cambiarlas. Si los costos, previstos y colaterales, superan los beneficios, entonces la ley debería cambiarse. Porque el imperio de la ley depende de que la gente la obedezca, y cuanto más a menudo y de forma más repetida la incumple, entonces menos se la respetará, porque se habrá interiorizado la experiencia de violarla continuamente. Hay que admitir, sin embargo, que algunas estipulaciones del actual derecho de autor son de casi imposible cumplimiento, porque su regulación es extrema y excesiva. Por tanto, lo que hay que hacer es adecuar los estándares legales a las necesidades de

países como el nuestro, teniendo en cuenta las experiencias y desarrollos históricos de otros países.

*****

Es difícil predecir el futuro, pero puede afirmarse que estos u otros temas relacionados a los derechos humanos estarán presentes en la formulación y aplicación de los derechos intelectuales.

VI. LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO (ADPIC-PLUS)

Los países desarrollados han instado a los países en desarrollo a cumplir con el ADPIC, pero además a adoptar estándares de protección más estrictos de los ahí consignados. Por cierto, los países desarrollados poseen un interés legítimo en que sus niveles de protección se extiendan, pero ello debe hacerse principalmente a través de acuerdos multilaterales y no bilaterales, como es el caso de los acuerdos de comercio que promueven y que entre nosotros se denominan usualmente como TLC, y que están mayormente destinados en la materia que tratamos a impedir el uso de las flexibilidades y excepciones tradicionales vinculadas a la protección del interés público. A esos nuevos convenios bilaterales se les denomina ADPIC-plus, han sido promovidos especialmente por los EE.UU. y consideramos que tienen un valor político y estratégico superior al comercial.

El TLC celebrado por el Perú con los EE.UU., marca la pauta para todos los otros acuerdos comerciales en el ámbito de los derechos intelectuales. Busca una apertura comercial indiscriminada, salvo en el terreno agrícola y en el de las nuevas tecnologías. Una de sus características más acusadas es su asimetría, dada la inmensa diferencia en ingresos, poder económico, tecnología y producción entre EE.UU. y el Perú. El TLC celebrado con los EE.UU. fue considerado por nuestros gobernantes, por los representantes empresariales y por la mayoría de los medios de comunicación, en más de un sentido, como tabla de salvación y logro republicano. Cualquier crítica o expresión de posiciones discrepantes específicas o los intentos de analizar sus costos y beneficios han sido difíciles de hacerse oír y el país, en general, se ha mantenido sordo a cualquier empeño crítico.

Durante su negociación, al comprobarse que contenía un capítulo sobre derechos intelectuales, hubo iniciativas en el Perú buscando estudiar el contenido de la propuesta. Son ejemplo de ello la Resolución Ministerial Nº 249-2004-JUS, expedida por mí como ministro de Justicia, en la cual se designó a un conjunto de profesionales de primer nivel para que fijen la posición técnica

en la materia, en especial en las áreas de la investigación científica y la creación artística, indicándose en uno de sus **Considerandos** que cada etapa histórica define las características de su desarrollo cultural y económico, y señala, explícita o implícitamente, en un escenario necesariamente cambiante, la frontera jurídica entre el libre acceso a la información y la protección a los resultados de la actividad creativa. No creo que llamará la atención si señalo que el contenido de esta resolución ministerial causó incomodidad entre los promotores del acuerdo comercial a celebrarse con los EE.UU. y que después de mi renuncia fue archivada en el olvido.

Pero también el Indecopi formuló un conjunto de documentos y solicitó opiniones a expertos internacionales de prestigio, buscando sin mayor éxito que fueran de conocimiento general. El Ministerio de Salud realizó algunos estudios en relación con las medicinas y sus informes sufrieron igual suerte. En los acuerdos comerciales bilaterales algunos de los compromisos asumidos han estado en total contradicción con la dirección política tomada anteriormente por el Ministerio en cuestión, por ejemplo, en el campo de la salud. Los estudios del Indecopi señalaban, correctamente en mi opinión, que no habían sido definidos los intereses nacionales en el área de los derechos intelectuales y que se negociaba sin una posición clara sobre la materia; solicitaban por eso que se les excluyera del acuerdo comercial, debiéndoseles reservar para una negociación posterior, ya con una posición nacional debidamente elaborada. Todo ello cayó en el vacío.

Específicamente, el TLC celebrado con los EE.UU. en el ámbito de las patentes, por ejemplo, nos obliga a una expansión normativa, y presiona para que reconozcamos inventos o patentes no susceptibles de aplicación industrial, tales como los programas de computación, los métodos de negocios y terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos, y hacer "todos los esfuerzos razonables" para otorgar protección a patentes de plantas, lo que es un paso hacia la apropiación de organismos vivos complejos que muchos países han evitado por razones éticas o económicas. Sin duda, limita nuestra soberanía y permite que el país más poderoso pueda, por ejemplo, mantener sus subsidios agrícolas, mientras nos imponen e impiden aplicar medidas promocionales como la de preferir en las compras estatales a la producción nacional.

Es fácil constatar que las reglas que imponen estos acuerdos de comercio son muy diferentes a las que aplicaron los EE.UU., el Japón, Corea y las democracias capitalistas europeas para desarrollarse y convertirse en las potencias que son hoy. En estos países, durante décadas, el Estado ha intervenido en el mercado, subsidiado la investigación y a su industria nacional, sin tener en cuenta las opiniones o solicitudes de terceros países. Los gobiernos peruanos no han podido

negociar satisfactoriamente porque para ello se hubiera necesitado conocer cuál es el modelo de desarrollo que el país pretende, teniendo en cuenta factores esenciales como la capacidad productiva instalada, el nivel educativo y las variables geográficas. Son muchos los estudios originados en los propios países desarrollados que recomendaron no celebrar convenios bilaterales que contengan normas ADPIC-plus.

Las disposiciones sobre derechos intelectuales incorporadas en el acuerdo comercial celebrado con los EE.UU. para muchos significan un intencionado boicot a los esfuerzos de integración andinos y sudamericanos, a lo que se adiciona la estrechez de márgenes que deja para concebir y concretar una política de desarrollo propio vinculada a nuestros intereses permanentes. Así, el Acuerdo Comercial del que tratamos se convierte en un candado a las políticas generadas en los EE.UU. en lo que a tecnología e industrias culturales se refiere. No cabe duda de que nos dificultará realizar lo que ellos y otros países y sociedades más desarrollados hicieron cuando lo creyeron conveniente a sus intereses, y obligarnos a hacer lo que nos dicen debemos hacer, sintetizada en la frase: "*Do it as we say, not as we did*".

Las continuas referencias a los Estados Unidos deben interpretarse de la siguiente manera: de un lado, porque al ser el país más desarrollado del planeta también ha liderado las propuestas más novedosas y creativas en el ámbito de los derechos intelectuales, lo cual no puede desconocerse. Sin embargo, esa misma condición ha hecho que su gobierno persiga imponer más allá de sus fronteras aquello que es de interés primordial para sus grandes corporaciones, cuyos *lobbys* han opacado y empequeñecido las numerosas propuestas de alto nivel académico ahí mismo generadas, y que son de las que se puede obtener hoy la mejor y mayor información sobre el rol histórico y actual de los derechos intelectuales.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Es unánime la consideración de que constituye un prerrequisito para el desarrollo la necesidad de contar con capacidades artísticas, científicas y tecnológicas locales, pues mientras que las guerras coloniales del pasado se libraban por un territorio geográfico, la colonización actual se basa en las guerras por un territorio intelectual.

La interrogante que se plantea en numerosos foros internacionales, pero muy escasamente en el Perú, es si los derechos intelectuales, tal como están hoy concebidos, pueden contribuir a promover sistemas de innovación y si los países pueden promoverlos y llevarlos a la práctica. Las cifras revelan que existe un gran

contraste entre las compañías y los habitantes de los países desarrollados y las de los países en vías de desarrollo en la utilización del sistema jurídico vinculado a los derechos intelectuales. Por esta razón, muchos estudiosos afirman que un rápido crecimiento está asociado frecuentemente a una débil protección jurídica en algunos ámbitos y que así fue históricamente en muchos casos. Como dice Jurgen Habermas, el desequilibrio entre los imperativos del mercado y el poder regulador de la política es en nuestra época un verdadero desafío. Y el problema reside en que, al parecer, es la política la que ha renunciado a dar la batalla.

Uno de los grandes riesgos que enfrenta en nuestros días la democracia, reside en la toma de poder de las instancias públicas por agentes internacionales que defienden intereses privados, pues el debilitamiento de las instituciones propias del Estado nacional puede originar vacíos que serán probablemente llenados por la administración mercantil de lo social.

En un mundo conectado cada vez con más intensidad por el comercio y por las inversiones, el impacto de los derechos intelectuales es global. Los cambios tecnológicos y los procesos sociales son retos que han cambiado las concepciones previas que teníamos de las leyes en esta materia, alterando el horizonte quizás en forma irrevocable. A ello se agrega que asuntos éticos y sociales son continuamente traídos a colación en la aplicación de los derechos intelectuales.

Estudiar los derechos intelectuales desde la perspectiva del desarrollo humano requiere ahora hacernos más preguntas que aquellas que se repiten con mayor frecuencia y que tienen una visión utilitaria para la protección de los derechos intelectuales, y también nos lleva a ver qué otras áreas del Derecho, como la contractual o la vinculada a la competencia económica interactúa con las leyes en esta materia, especialmente cuando se refiere al acceso público de conocimientos. Es preciso un acercamiento multidisciplinario para estudiar y proponer reformas en el régimen de los derechos intelectuales, porque estos intangibles tienen tanto impacto positivo como negativo en el desarrollo humano.

Es preciso buscar reconciliar el interés público para acceder a los nuevos conocimientos con el interés público de estimular la creación, que es el soporte material y cultural del progreso. Pero no cabe duda de la dificultad para lograr una reconciliación entre ambas visiones, en parte porque los derechos intelectuales no discriminan entre bienes esenciales para la vida o la educación de otros bienes, como la identificación de la comida rápida. Por cierto, debe ser premisa aceptada que no existe circunstancia alguna en la cual los derechos humanos deban estar subordinados a los requerimientos exigidos para la protección de los derechos intelectuales.

*****

Ahora bien, son varios los esfuerzos que se han realizado durante los últimos años buscando que la legislación en esta materia pueda beneficiar a los países en desarrollo. Uno de las más importantes es la adopción internacional de "estándares máximos" de protección, a diferencia de lo que hoy sucede, ya que lo que suele estar definido son los "estándares mínimos".

En el caso del sistema de patentes las recomendaciones son excluir totalmente de la patentabilidad los diagnósticos terapéuticos y los métodos quirúrgicos para tratamiento humano y de animales; una definición restrictiva de los microorganismos; excluir también los programas de computación y los métodos de negocios y los nuevos usos de productos conocidos; tomar en cuenta, para los casos en que sea pertinente, el conocimiento tradicional al momento de examinar las solicitudes de patente; y hacer obligatorio que se informe en las solicitudes sobre el origen geográfico de los materiales biológicos de los cuales la invención es resultado. Algo de todo esto último ha siso satisfactoriamente incorporado, felizmente, en los Tratados de Libre Comercio celebrados por el Perú con la República Popular China (art. 145.4) y la Unión Europea (art. 201).

De otro lado, los datos de la realidad ponen de manifiesto que la distribución geográfica de la biodiversidad es muy desigual y se concentra en países en desarrollo, lo que es especialmente cierto para el Perú. En este sentido, se podría dar un renovado impulso a la Convención de Diversidad Biológica y utilizar extendida pero cuidadosamente los contratos de bioprospección con entidades de investigación de fama mundial, para poder arribar a conclusiones de interés compartidas en el ámbito de las nuevas variedades vegetales.

Aunque suene a herejía, la copia y la adaptación han significado la vía natural para que las naciones pobres alcancen a las más desarrolladas. Y esto está ampliamente fundamentado a nivel académico y práctico. Ello impulsa a reducir los plazos de protección para que los nuevos conocimientos pasen a la mayor brevedad al dominio público, porque el uso extensivo y rápido de las nuevas ideas significará un gran beneficio social.

Las características de las actuales innovaciones tecnológicas y las propias exigencias del mercado obligan a considerar que en el futuro la protección jurídica ya no podrá ser uniforme y rígida como es hoy. Los derechos intelectuales deben ser vistos como instrumentos de política pública que confieren privilegios económicos a individuos o compañías con el propósito de contribuir a un mayor bienestar común. Hay mucho que trabajar desde la perspectiva de la oferta jurídica. El Perú está ausente de estos esfuerzos y debería sumarse a aquellos pocos que en

nuestra región han comprendido la importancia de esa misión; en síntesis, el actual sistema unidimensional deberá ser cambiado o variado a uno más diferenciado.

*****

Muchas actitudes, tanto gubernamentales como privadas, deberán cambiar entre nosotros. Exitosas cifras macroeconómicas no pueden hacer olvidar esta necesidad. Se requiere un cambio de mentalidad que permita superar sentimientos de dependencia que tan agudamente se han manifestado en el área de los derechos intelectuales durante los últimos años. Las propuestas originales en el arte, el avance científico y tecnológico provenientes mayormente del exterior no pueden hacer olvidar que la esencia de su éxito reside en la existencia de hombres y mujeres que optan libremente por su destino, con carácter y optimismo, materia en la cual todos los pueblos pueden, si así se lo proponen, dar adecuada respuesta. Necesitamos encontrar, como señala Borges, "un tiempo caudaloso donde todo soñar halle cabida". El futuro nos reta: los juristas debemos obrar como hombres de pensamiento y pensar como hombres de acción.

Muchas gracias.

Lima, 25 de octubre de 2012

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AA.VV. *Propiedad Intelectual en el GATT.* Derecho Industrial y de la Competencia, Ediciones Ciudad Argentina, España, 1997.
- ABBOTT, F., & REICHMAN, J. *Access to essential medicines, lessons learned since the DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and public health, and policy options for the European Union*. European Parliament Committee of International Trade, June, 2007.
- ARANA, C. "Divulgación del origen de los recursos genéticos en la solicitud de patente e intercambio justo y equitativo del beneficio que se obtiene de la invención". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 3, Palestra Editores, Lima, 2007.
- BAYLOS, H. *Tratado de Derecho Industrial.* Civitas, Madrid, 1978.
- BERCOVITZ, A. "Globalización y Propiedad Intelectual". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 2, Palestra Editores, Lima, 2006.
- BERCOVITZ, R. "La tutela de los derechos de propiedad industrial en el ámbito digital". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 3, Palestra Editores, Lima, 2007.

- BORGES, D., CHON, M., y MONCAYO, A. "Slouching towards development in international intellectual property". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 8, Palestra Editores, Lima, 2012.
- CABANELLAS, G. *Derecho de las patentes de invención.* Heliasta, Buenos Aires, 2001.
- CAILLAUX, J. y RUIZ, M. "La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 1, Palestra Editores, Lima, 2005.
- CAILLAUX, J., y RUIZ, M. "Construyendo un régimen internacional para la protección de la creatividad e innovación de los pueblos indígenas. Reflexiones políticas y jurídicas desde el Perú". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 4, Palestra Editores, Lima, 2008.
- CASADO CERVIÑO, A. y BEGOÑA CERRO PRADA, *GATT y Propiedad Industrial.* Tecnos, Madrid, 1994.
- COMISIÓN DE COMUNIDADES EUROPEAS. *Objetivos y líneas de actuación propuestas por la Comunidad Europea para las negociaciones comerciales relacionadas con aspectos significativos de los Derechos de la Propiedad Industrial.* 1988.
- COMUNIDADES DE NEGOCIOS DE EE.UU., UNIÓN EUROPEA Y JAPÓN. *Basic framework of GATT provisions on Intellectual Property.* Publicado en idioma castellano en Madrid, 1989.
- CONGRESS OF THE UNITED STATES. *Intellectual Property Rights in the age of electronics and information.* Washington D.C., 1986.
- CORREA, C. *Tratados bilaterales de inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?* 2004.
- CORREA, C., y ABDULGAWI A. Yusuf (editores). *Intellectual Property and international trade. The TRIPS Agreement.* Kluwer Law International, Holanda, 2008.
- DERCLAYE, E. "Intellectual Property Rights and human rights: Coinciding and cooperating". En Torremans, P. (editor).
- DÍAZ, A. *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los Tratados de Libre Comercio.* CEPAL, Santiago de Chile, 2008.
- DRAHOS, P. "The universality of intellectual property rights: origins and development". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 5, Palestra Editores, Lima, 2009.
- DREXL, J. "IP in Bilateral Trade Agreements". En: Guidini, G. y Luis M. Genovesi (editores), *Intellectual Property and Market Power.* ATRIP, Buenos Aires, 2008.

- DUTFIELD, G., y SUTHERSANEN, U. "Harmonisation of differentiation in Intellectual Property protection? The lessons of history". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 2, Palestra Editores, Lima, 2006.
- Faría, J., "El derecho en la economía globalizada", Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ R. C. "El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual". En: *Revista de la Administración Pública*. Nº 183, Madrid, 2010.
- FERRO, P. "Acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales: escenario actual y últimos avances legislativos a nivel nacional". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 5, Palestra Editores, Lima, 2009.
- FINGER, M., & SCHULER, Philip (editores). *Poor people's knowledge*. World Bank and Oxford University Press, Washington D.C., 2004.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual*. Vol. XVI, ADI, Madrid, 1996.
- HABERMAS, J. *El occidente escindido*. Trotta, Madrid, 2009.
- HELFER, L.; ALTER, K., y GUERZOVICH, F. "Islands of effective international education: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 6, Palestra Editores, Lima, 2010.
- KRESALJA, B. "El GATT y la Propiedad Intelectual". En: *Análisis Internacional*. CEPEI, Lima, 1994.
- KRESALJA, B. "El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia". En: *Propiedad Intelectual en Iberoamérica*. Derecho Industrial y de la Competencia, Buenos Aires, 2001.
- KRESALJA, B. "La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina". En: *Derecho Comunitario Andino*. Lima, 2003.
- KRESALJA, B. *Los derechos intelectuales en el Perú republicano*. Lima, 2009.
- LEÓN VELARDE, F., y CASTILLO, A. "¿Se puede patentar la vida?". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 1, Palestra Editores, Lima, 2005.
- LESSIG, L. "Cultura Libre". Disponible en: <www.worcel.com/archivos/6/Cultura_libre_Lessig.pdf>, 2004.
- LIPSZYC, D. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Unesco, Argentina, 2004.
- LIPSZYC, D. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Argentina, 2006.
- MACHLUP, F. *An economic review of the patent system*. Washington, 1958.

- MASKUS, K. & REICHMAN, J. (editores). *International public goods and transfer of technology.* Cambridge University Press, 2005.
- MORTEN, H. et al, "Food security and Intellectual Property Rights: finding the linkage". En: Wong, T. & Graham Dutfield (editores), Ob. cit.
- NATIONAL SECURITY AND INTERNATIONAL AFFAIRS DIVISION. *International trade. Strenghtening worldwide protection of Intellectual Property Rights.* Washington D.C., 1987.
- PENROSE, e.t. *The economic of the international patent system*. The John Hopkins Press, Baltimore, 1951.
- PÉREZ P., M. *The international political economy of Intellectual Property Rights.* E. Elgar, UK, 2004.
- POSNER, R. "Intellectual property: the law and economics approach". En: *Journal of Economics Perspectives.* Vol. 19, Nº 2, 2005.
- RANGEL, H. "La materia viva en el derecho de patentes mexicano". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 4, Palestra Editores, Lima, 2008.
- ROCA, S. (compilador). *Propiedad intelectual y comercio en el Perú.* ESAN Ediciones, Lima, 2007.
- ROCA, S. *Los demócratas, el acceso a la salud pública y la propiedad intelectual en el TLC Perú-Estados Unidos.* Universidad ESAN, 2009.
- ROFFE, P. *América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual.* La Ley, Buenos Aires, 2007.
- SEUBA H., X. (coordinador). *Salud pública y patentes farmacéuticas.* Bosch Mercantil, España, 2008.
- SELL, S. *Private power; public law.* Cambridge University Press, UK, 2003.
- STIGLITZ, J. "Economic foundation of intellectual property rights". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 8, Palestra Editores, Lima, 2012.
- THE ROYAL SOCIETY, *Keeping science open: The effects of Intellectual Property police on the conduct of science.* Abril, 2003.
- THUROW, L. "Needed: a new system of intellectual property rights". En: *Harvard Business Review*, 1997.
- TORREMANS, P. (editor). *Intellectual Property and human rights.* Kluwer Law International, Holanda, 2008.
- United Kingdom, Comission on Intellectual Property Rights, "Integrating intellectual property rights and development policy", London, 2002.

- VALLADARES, G. “Propiedad intelectual y medicamentos en el Perú. ¿Los derechos de quién?”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 2, Palestra Editores, Lima, 2006.
- VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo.* Alfaguara, Lima, 2012.
- VENERO, B. “Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual”. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales.* Nº 1, Palestra Editores, Lima, 2005.
- VERMA, S.K. & MITTAL, Ramón (editores). *Intellectual Property Rights. A global vision.* Indian Law Institute, New Delhi, 2004.
- WONG, T. & DUTFIELD, Graham (editores). *Intellectual Property and human development.* Cambridge University Press, U.S.A., 2011.
- YU, P. “TRIPS and its discontents”. En: Marq. Intellectual Property L. Rev. 369, U.S.A., 2006.

INCORPORACIÓN
DEL DR. ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

(Lima, 22 de octubre de 2013)

DISCURSO DE RECEPCIÓN
DEL DR. FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Señor Presidente de la Academia Peruana de Derecho

Señores Miembros del Consejo Directivo

Señores Académicos

Distinguidas personalidades que esta noche nos acompañan

Debo decir que es un gran honor para mí presentar a la Academia Peruana de Derecho a un jurista de la talla de Alfredo Bullard. Pero debo señalar también que es un encargo extraordinariamente difícil. Porque, ¿cómo podemos presentar a quien no necesita de presentación? Yo diría que Alfredo Bullard es un miembro nato de esta Academia porque, desde que se graduó de abogado, mostró sus méritos para ser un Académico del Derecho.

Desde sus primeros años de abogado asumió sin vacilaciones su vocación por la enseñanza y la investigación del Derecho. Es así como siendo uno de los mejores abogados en activo ejercicio, nunca dejó de lado la cátedra ni la exploración por los apasionantes pero complejos campos del Derecho. Y, lo que es muy importante, toda su actividad jurídica estuvo siempre orientada por una extraordinaria y sana curiosidad, así como por una pasión insaciable por la aventura intelectual, por la novedad, por encontrar una perspectiva diferente en su acercamiento a la cosa jurídica, que permitiera explorar y replantear áreas que parecían intocables.

Es así como muy tempranamente Alfredo Bullard escuchó hablar de los nuevos planteamientos que se daban en los Estados Unidos sobre la relación entre el Derecho y la Economía; y esto lo entusiasmó. Anteriormente, el Derecho andaba por su lado y la Economía por el suyo. Sin duda, el Derecho prestaba un servicio a la economía, proporcionándole estabilidad y seguridad en los contratos. Pero las instituciones jurídicas se encontraban definidas en términos exclusivamente jurídicos: en su elaboración e interpretación; la economía no tenía nada que ver. La actividad económica se beneficiaba con los progresos del Derecho, pero no los condicionaba en forma alguna. El Derecho y la Economía vivían juntos y tenían relaciones en la práctica; pero su desarrollo pretendía ser independiente el uno del otro.

Ronald Coase y Richard Posner en la Universidad de Chicago y Guido Calabresi en la Universidad de Yale, cada universidad por su lado, insistieron en analizar el Derecho no por la belleza abstracta de sus razonamientos sino por sus efectos, por el resultado de sus normas en una realidad social compuesta en gran medida por la economía. Para este efecto, utilizaron la famosa regla de Pareto que determina que algo es conveniente cuando le da un beneficio a una persona sin que nadie por ese motivo pierda algo.

Alfredo Bullard recibió estas nuevas ideas tempranamente cuando se encontraba todavía de estudiante en Lima y por eso decidió ir a estudiar su maestría en Yale, donde estaba Guido Calabresi.

Y es así como se convenció de que Derecho y Economía tienen una relación íntima y la economía influye al Derecho, el cual a su vez influye y es influido por la praxis social. No habría una sociedad de mercado sin la existencia jurídica de los contratos; y, a su vez, no existirían los contratos si no fuera porque la economía los exige para su desarrollo. Por otra parte, comprendió que la regla de Pareto resulta la clave de un mundo moderno activo y próspero que puede ser muy bien utilizada en el análisis económico del Derecho: la ley será buena en la medida que beneficie a unos sin perjudicar a otros.

Cuando regresó de Yale, creó el curso de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Católica, donde presenta una perspectiva muy rica para entender la praxis social como una combinación de Economía y Derecho, disciplinas íntimamente vinculadas que se definen y redefinen recíprocamente. Este curso viene siendo dictado por Alfredo Bullard durante más de 20 años y podemos decir que, gracias a esta iniciativa del profesor Bullard, el Perú es probablemente el país de Latinoamérica en el que más se ha difundido esa forma de pensar y ha tenido impacto en cursos, publicaciones y políticas públicas, incluyendo algunas sentencias judiciales.

El profesor Bullar fue también, durante muchos años, abogado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y tuvo a su cargo la Presidencia de la Sala de Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual.

La orientación intelectual, que siempre ha imprimido en todas sus actividades, lo ha llevado a penetrar en temas que, siendo jurídicos, estaban al margen de las reflexión de los hombres de Derecho. Por ejemplo, en un trabajo investiga lo que sería un mundo sin propiedad; en otro desarrolla una teoría del incumplimiento contractual que no se limita a señalar las consecuencia jurídicas sino que estudia las causas y situaciones sociales que pueden llevar a tal incumplimiento. Otro tema importante que es imposible de analizar si no se tiene un pie en el Derecho y el otro en la Economía es el de las concertaciones de precios y la protección del consumidor. Esta mirada amplia que, manteniéndose en el campo del Derecho lo lleva a considerar todo lo que está en su entorno, lo impulsa también a estudiar ciertas acciones políticas insatisfactorias como la competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiaridad o el sistema de protección de las inversiones.

Algo que no puedo dejar de mencionar porque revela el espíritu joven y pleno de humor de Alfredo Bullard, son los títulos de sus trabajos. El sabe muy bien que los títulos son muy importantes, ya que crean la primera imagen mental de lo que se va a decir y estimulan un impulso de atracción o de rechazo. Por eso el título debe ser sugestivo, simpático y hasta quizá desconcertante... ya que el desconcierto anima la curiosidad y la curiosidad nos lleva al conocimiento.

Unos ejemplos pueden bastar para darse una idea de la habilidad y del siempre presente sentido del humor que utiliza Alfredo Bullard como instrumento para apoyar complejos y atrevidos razonamientos. Es así como nos encontramos, con referencia a las nuevas situaciones jurídicas que plantea el Internet, un artículo titulado “La fábula de los Tres Chanchitos y los nuevos paradigmas contractuales”. Ubicando al Poder Judicial desde una perspectiva cinematográfica, se pregunta si el juez peruano es un protagonista o es un extra; y defendiendo la labor de protección al consumidor tiene otro título que dice: “El Indecopi: por qué no es un cajón de sastre”. O también “La carreta delante de los bueyes”. Algunos títulos son sanamente irreverentes, como ese que dice “Kelsen de cabeza”. Otras veces utiliza frases célebres como aquella de la revolución estudiantil de Mayo de 1968 en Francia que proclamaba “¡Prohibido prohibir!”; o también la clásica “Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro”. Los Evangelios no dejan de estar presentes en la obra de Bullard, aun cuando se los utilice a contrario, por ejemplo “La parábola del mal samaritano”. Y, combatiendo la institución de la excesiva

onerosidad de la prestación, se pregunta si hay algo imprevisible en la vida. Un trabajo publicado en España lleva el enigmático título de "Las Boticas, las Farmacias y el 'Juego de las Sillas". Un trabajo sobre el transporte público lo titula "En el fondo hay sitio". Y, dentro de esta línea imaginativa y muy atractiva, nos habla también de que los fantasmas existen, que hay que sepultar a los muertos vivientes, menciona al abogado del diablo, a la mujer del César. Tiene algunos títulos misteriosos como "Votando por refrigeradoras y comprando congresistas" o también "No se lo digas a nadie". Y un trabajo sobre el Código de Tránsito lo titula "Licencia para matar".

Uno de los campos del Derecho en los que Bullard ha trabajado intensamente es el del arbitraje. Con la lucidez que lo caracteriza, comprendió tempranamente que el arbitraje era una solución para los conflictos de naturaleza económica. Y es así como ha actuado intensamente como abogado en tribunales arbitrales y como árbitro. Por otra parte, ha trabajado también en arbitrajes internacionales de inversión dentro del marco del Ciadi y de la Cámara Internacional de Comercio con sede en París. Y es miembro del International Bar Association.

Pero, además, su vena académica no podía estar ausente en este campo. Creó la cátedra de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Y así fue también Presidente de la Comisión que redactó la actual Ley de Arbitraje.

El espíritu de Alfredo Bullard es muy inquieto y pronto los campos del Derecho y la Economía le quedaron cortos; lo que lo hizo acercarse, siempre desde el Derecho que es su centro, a una actividad aparentemente ajena como es el cine. Conjuntamente con su esposa –que también es abogada– crearon el curso de Derecho y Cine en la Universidad Católica, que ha tenido un éxito extraordinario. La idea es usar el arte para enseñar y discutir problemas jurídicos. Es así como los alumnos revisan películas con temas vinculados al Derecho –que hay mucho más de lo que se piensa– y luego discuten los planteamientos jurídicos encontrados en esas películas y las alternativas posibles, así como la capacidad de lograr acuerdos, el papel de los jueces y los abogados, etc.

Esta tendencia jurídico-artística de Alfredo Bullard y de su esposa, los han llevado a hacerse cargo de la formación de los grupos que compiten en el Moot Court internacional. Como se sabe, el Moot Court es casi una obra de teatro donde los diferentes actores están previamente definidos como jueces, abogados, litigantes y testigos. Asimismo, el tema que se va a discutir está predeterminado; pero no los argumentos. No hay un libreto pre-establecido sino que se va a inventar a medida que se desarrolla la obra. Los abogados de las dos partes deben haberse preparado adecuadamente y debe hacer informes novedosos y convincentes

ante la Corte que puede tener uno o varios jueces. Por regla general, los abogados de las partes son alumnos y los jueces son profesores.

Esto da origen a una competencia internacional en la que, gracias al esfuerzo y al entusiasmo de Alfredo Bullard, el equipo de la Universidad Católica ha alcanzado niveles prominentes, llegando una vez hasta a ser finalista.

Dentro de este contexto, la productividad intelectual y la afición por el cine de Alfredo Bullard y de su esposa los llevó a convertir esa famosa película norteamericana titulada "Doce hombres en pugna" como una obra de teatro puesta por profesores, exalumnos y alumnos de Derecho. Esto, si bien fue planteado dentro del contexto del Moot Court constituye una novedad sumamente interesante.

Las cualidades y peculiaridades interesantes de Alfredo Bullard son múltiples y es imposible reseñarlas todas en una mera presentación.

Baste con decir que estudió en la Universidad Católica y terminó sus estudios como Egresado en el Primer Puesto de su promoción. En el año 1989 se graduó de Bachiller y luego de abogado, obteniendo en ambos casos la mención de sobresaliente.

Ha participado en arbitrajes internacionales en trece casos y en casi 200 arbitrajes nacionales. Como árbitro o como abogado litigante ha participado en casos administrados por instituciones tan importantes como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París ICC, el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio - Amcham, el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode, el Colegio de Abogados de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Asimismo, Alfredo Bullard ha sido presidente y otras veces consultor de un sinnúmero de instituciones nacionales e internacionales. Consecuentemente, ha tenido también múltiples reconocimientos, entre los que se destaca el Premio del Área Jurídica 2009 otorgado por la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.

Esta presentación podría seguir, calculo que durante varios días. Pero creo que todos estamos ansiosos de escuchar el discurso de orden del Prof. Bullard, el cual sin duda alguna aportará una perspectiva nueva e interesante sobre temas que interesan a todos los miembros de esta Academia.

DISCURSO DEL RECIPIENDARIO
DR. ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

CORTANDO LA MANZANA: PSICOLOGÍA, NEUROCIENCIA Y TÉCNICAS DE PERSUASIÓN EN LOS LITIGIOS

I. LA MANZANA PARTIDA

Anatomía de un asesinato (1959) de Otto Preminger es quizás la mejor película de juicios de todos los tiempos. Un miembro de las fuerzas armadas, el Teniente Manion, es acusado de asesinar a Barney Quill, quien había violado a su esposa.

Paul Biegler, encarnado, en una estupenda actuación por James Stewart, es un astuto abogado pueblerino que asume la defensa del Teniente Manion y enfrenta a un experimentado fiscal citadino.

Biegler sabe que el éxito de su caso depende de algo más que sus conocimientos jurídicos y de la actividad probatoria. Debe convencer al juez y a los jurados que el hecho que la víctima del asesinato haya violado a la esposa del acusado es trascendente, a pesar que formalmente no puede ser usado como defensa legal, porque la posibilidad de hacer justicia por mano propia no puede admitirse como defensa en un caso de homicidio.

Biegler no ha estudiado ni neurociencia ni psicología conductual ni cognitiva. Pero su experiencia le indica que tiene que incluir la violación en la discusión. Para ganar Biegler tiene que entender cómo funciona el cerebro humano.

El punto de quiebre en la defensa de Biegler se da en el interrogatorio al policía a cargo de las investigaciones del asesinato, el sargento Durgo. Como se aprecia en el siguiente pasaje, tomado del libreto original de la película y traducido libremente por el autor de este trabajo[1]. Durgo se resiste a utilizar la palabra "violación", para referirse al "problema" que motivó que el acusado, el teniente Manion, le disparara a Quill:

"Paul : Ahora Sargento, usted ha testificado que el Teniente le dijo que le había disparado a Barney Quill después de descubrir que su esposa había tenido 'un problema' con Quill. ¿Son esas las palabras que el Teniente uso? 'Un problema'.

Durgo : No señor. Esas fueron mis palabras, no las suyas.

Paul : ¿Usted considera que debe venir aquí y usar sus propias palabras y no las del acusado?

Durgo : No señor, no lo considero así.

Paul : ¿Alguna persona presente esta sala le sugirió usar el término 'un problema'?

Durgo : Sí señor, así fue.

Paul : Ahora, podría decirle a la Corte cuáles fueron las palabras realmente usadas por el Teniente Manion para describir 'el problema' que su esposa había tenido.

Fiscal : Objeción. Su señoría, ya hemos pasado por esto antes. Tal información no es relevante para ninguno de los asuntos que deben ser decididos ante esta Corte.

Paul : Su señoría, el término 'un problema' apareció durante el interrogatorio directo llevado a cabo por el fiscal al Sargento Durgo. Hasta ahora todos los testimonios que involucraban a Laura Manion han sido hábilmente restringidos por la fiscalía. Pero el gato ya salió de la bolsa y es justo que lo pueda perseguir.

Juez : Este es un punto delicado Sr. Biegler y se está tornando más delicado aún. Quisiera escuchar la posición de la fiscalía al respecto.

(1) En: <www.dailyscript.com/scripts/anatomy_of_a_murder.pdf>.

Fiscal : Su señoría, la carga de la prueba de acreditar demencia temporal al momento de asesinato recae sobre la defensa. Si la causa de la alegada demencia es importante para este caso entonces es un asunto para un testigo experto –un experto en lo relativo a la mente humana–. Lo que la defensa está tratando de hacer es introducir cierto material sensacionalista con el propósito de oscurecer los asuntos relevantes.

Paul : Su señoría, como podría un jurado apreciar de manera precisa los testimonios que se han rendido sin conocer primero la razón que subyace a todo este juicio. ¿Por qué el Teniente Manion le disparó a Quill? La fiscalía quiere separar el motivo del acto. Es como extraer el corazón de la manzana sin pelarle la cascara. Bien, el corazón de nuestra defensa de demencia temporal se gatilló por este llamado 'problema' con Quill. Le ruego a la Corte que me deje cortar la manzana.

Fiscal : Nuestra objeción sigue en pie su señoría.

(La sala queda en silencio. Toda la atención recae sobre el juez Weaver. Esta es la razón por la que es llamado juez, porque deberá decidir en soledad qué es justo o injusto. El juez Weaver, en profunda reflexión, saca su reloj, le da cuerda, su sonido claramente se escucha en la sala en silencio. Mira a Paul, Manion, Laura, y los fiscales (…). Finalmente el juez se acomoda en su silla y coloca el reloj en el bolsillo.)

Juez : Objeción infundada. Tomaré la pregunta.

(Una ola de excitación silenciosa recorre la sala. Paul, satisfecho y triunfante, se levanta para continuar el interrogatorio cruzado. El fiscal se levanta, tratando de protestar la decisión del juez, pero su compañero, el fiscal Dancer, lo detiene tocándole el hombro.)

Paul : Sargento Durgo, dígale a la Corte como describió el Teniente Manion el problema que su esposa tuvo con Barney Quill.

Durgo : Nos dijo que Quill había violado a su esposa".

Paul Biegler finalmente ganó el caso pues la introducción del término "violación" en lugar del término "problema" fue un elemento relevante en el resultado.

El "cortar la manzana" implica penetrar en las complejidades de la mente humana. La metáfora es tan lógica como persuasiva. Biegler le pide al juez que

le permita discutir algo más que mera teoría legal. El juez duda, pero guiado por una visión intuitiva de lo justo, admite introducir al juicio lo que siendo legalmente intrascendente, es emocionalmente relevante.

Historias como las de Paul Biegler son recurrentes en el cine.

En *El veredicto* (1982), de Sidney Lumet, Frank Galvin, una abogado alcohólico (encarnado por Paul Newman), gana el caso de responsabilidad civil de su cliente, una mujer descerebrada por un error médico, gracias a una prueba que fue declarada inadmisible por el juez, pero que nunca fue olvidada por el jurado.

En la película argentina *Derecho de familia* (2006), dirigida por Daniel Burman, un joven abogado y profesor de Derecho Procesal, Ariel Perelman (Daniel Hendler) demuestra a sus alumnos, cuando un supuesto estudiante entra en medio de la clase a confesarle que está enamorado del profesor, que todos ellos están en absoluta incapacidad de captar los hechos que rodean al incidente, ofuscados por el contenido emocional de lo ocurrido. Les muestra que los testigos declaran todos los días en tribunales sin tener una versión objetiva de los hechos, algo que los psicólogos conductuales predicen en sus experimentos.

En *Rashomon* (1950), del gran director japonés Akira Kurosawa, se muestra como el mismo hecho (una supuesta violación seguida de la muerte del esposo de la víctima) es percibido de manera sustancialmente diferente según la perspectiva del muerto, de su esposa, del violador o de un testigo ocasional. Las emociones e intereses generan versiones tan distintas como contradictorias.

Y quizás en el juego mejor logrado de la subjetividad con la que se toma una decisión en un juicio, en *Doce hombres en pugna* (1957) del mismo Sidney Lumet, un jurado cambia su veredicto de culpable a inocente gracias a las habilidades lógicas y emocionales de un arquitecto (el célebre jurado número ocho interpretado por Henry Fonda y en una reciente versión teatral por Mario Pasco, miembro de la Academia), trasluciendo la capacidad de manipular las creencias con distintas estrategias, estrategias que trascienden la pantalla e impactan en los espectadores.

Todos los abogados, ya en el mundo real, hacemos, en mayor o menor grado, lo mismo que Biegler. Pero pocos lo hacen conscientemente, y menos aún lo hacen manejando las técnicas que nos aportan otras ciencias como la psicología o la neurociencia.

Siempre he creído que lo interdisciplinario enriquece al Derecho. Cuando el Derecho se limita a pensarse a sí mismo, queda encerrado en las trampas

conceptuales que él mismo crea. Queda atrapado en meros razonamientos circulares que suelen contener lo definido en la definición.

Feliz Cohen expresa este problema de manera profundamente gráfica y persuasiva:

> "Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí mismo creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere que el opio hace dormir a los hombres por que contiene un principio somnífero.
>
> Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero es científicamente útil si "principio somnífero" es definido física o químicamente. De otra manera, solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión con un falso conocimiento".

Las palabras de Cohen han tenido una profunda influencia en mi forma de pensar y despertaron la inquietud de buscar fuera del Derecho lo necesario para entenderlo.

Ello explica mi interés por Análisis Económico del Derecho. También explica por qué me he concentrado en estudiar las técnicas de persuasión codictando cursos de litigación con directores de teatro como Roberto Ángeles y Malcolm Malca (idea inspirada y ejecutada primero por Shoshana Zusman), mejorando la técnica que los abogados necesitan para ser efectivos y persuasivos. Explica también mi interés por desarrollar esas habilidades en los alumnos a través de entrenarlos para competencias internacionales de Moot de Arbitraje.

Tampoco es accidental que también en los últimos años haya explorado, felizmente acompañado por Cecilia O´Neill, mi esposa, los caminos del uso del arte, y en especial el cine, como mecanismo de entender lo que las personas aspiran y ven en el Derecho. Me he visto sorprendido en descubrir la capacidad que el arte tiene de explicar, muchas veces de mejor manera que los textos doctrinarios o la jurisprudencia, como los seres humanos entienden el Derecho. Los directores de cine finalmente dan forma, o deforman la realidad (que en estricto es lo mismo) para alcanzarnos una manera distinta de comprenderla.

Esta ponencia, en la misma línea, plantea que las técnicas de persuasión pueden ser estudiadas desde una visión más científica y académica que nos ayude a entender por qué los Biegler del Derecho actúan como actúan, y para convertir sus formas de actuación en ejercicios más conscientes y científicos.

La neurociencia, la economía conductual, la psicología conductual, la psicología cognitiva y la psicología social se pueden unir para encontrar mejores fórmulas y mecanismos de entender cómo actúan los *decision makers* jurídicos.

No se trata, como alguna vez escuche decir, de estudiar triquiñuelas para influir. Se trata de entender qué pasa en la realidad con la mente de quienes deciden. Es asumir que los árbitros y jueces son personas de carne y hueso, con virtudes y defectos. Al tomar decisiones actúan como los seres humanos que son.

Cuando la Academia Peruana de Derecho cometió el generoso error de integrarme como miembro, Lorenzo Zolezzi me llamó para darme la buena noticia. Al comunicármela me señaló que influyó en la decisión mi inquietud por lo interdisciplinario, por buscar fuera del Derecho respuestas relevantes a los problemas jurídicos. Ello me motivó a profundizar, para el discurso de incorporación, la importancia que, creo, tendrá en los próximos años la neuroeconomía y la psicología cognitiva en la práctica jurídica.

Por supuesto que los alcances de este trabajo están tremendamente limitados por el espacio y el tiempo. La idea es anunciar algunos desarrollos que, estimo, ocurrirán en los próximos años.

Me voy a limitar a tratar solo cuatro temas: (1) como funciona el cerebro de un juez o un árbitro, (2) la importancia del anclaje o *anchoring*, (3) el *chunking process* o la forma como el cerebro organiza la información y (4) la importancia de elementos emocionales, en especial la ira, en el proceso de toma de decisiones legales.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL CEREBRO Y LA PERSUASIÓN: LO PERFECTO ES EL PEOR ENEMIGO DE LO BUENO

Comencemos con cómo funciona el cerebro de un juez o un árbitro.

El punto de partida es que funciona como el de cualquier ser humano.

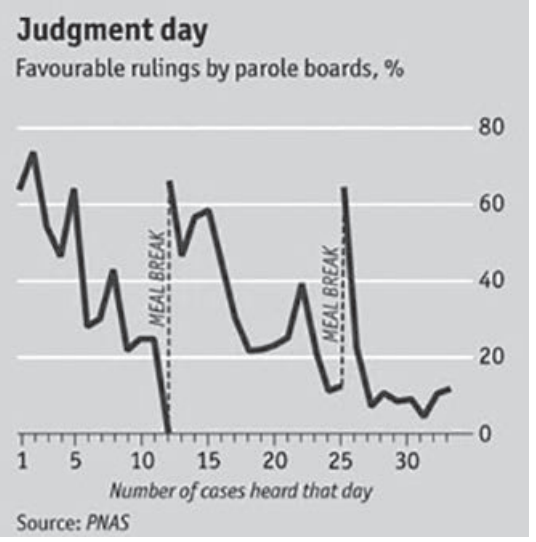
Solemos entender que pensar jurídicamente es usar las técnicas de uso de fuentes e interpretación jurídica de manera correcta y lógica y las técnicas probatorias de manera adecuada.

Un juicio es entonces visto como un enfrentamiento de esgrima conceptual y jurídica, donde la habilidad de usar los argumentos es el camino a transitar hacia la victoria. Pero esa es una visión incompleta.

Los juzgadores no son totalmente consientes y racionales. Nuestro cerebro actúa con frecuencia, aunque no queramos creerlo, a espaldas de nosotros.

Danzinger, Levav y Avnaim-Pesso(2) mostraron este punto. Los autores analizaron 1,112 decisiones (recolectadas por 50 días en un periodo de 10 meses) de ocho jueces israelitas respecto a solicitudes de libertad condicional. Luego las clasificaron sobre la base del resultado (otorgamiento/denegación de libertad condicional).

El estudio muestra una clara influencia de un factor externo y aparentemente irrelevante en los resultados: la comida. Así, consideraron las pausas para comer que tomaron los jueces a media mañana (*snack*) y a la hora de almuerzo. Inmediatamente después de una comida el porcentaje de decisiones favorables a la libertad condicional fue muy alto. Sin embargo, conforme nos alejábamos de las comidas, los números de libertades condicionales bajaban según el siguiente gráfico:



Como estos autores indican, **Justicia es lo que los jueces comen de desayuno**(3).

¿Qué explica un resultado tan aparentemente curioso? El cerebro actúa muchas veces, como dijimos, a nuestras espaldas y sigue procesos químico-físicos

(2) DANZINGER, Shai y otros. "Extraneous factors in judicial decisions". En: *Proceeding of National Academy of Sciences*. Vol. 108, Nº 17, 2011, p. 6889. (Traducción libre).

(3) Ídem.

ajenos a nuestro control. Pensar es una actividad orgánica, física, identificable con áreas específicas del cerebro.

El cerebro es el órgano del cuerpo humano que más energía consume. Lo que llamamos "pensar" es un proceso químico-físico complejo e intenso en energía. Para que funcione adecuadamente, debe ser eficiente.

Como cualquier máquina, el cerebro no puede obtener, con sus capacidades, todos los resultados deseados. Su capacidad es limitada.

El operador (que en este caso es el mismo cerebro) tiene que tomar una serie de decisiones que implican confrontar los costos en energía con los beneficios de la operación. Como no es posible hacer todo al mismo tiempo, el cerebro condiciona en las conexiones neuronales vías predefinidas que operan inconscientemente para ahorrar energía. A muchas de ellas se les conoce como *bias*, traducidas inexactamente como prejuicios cognitivos. Así, para ahorrar energía, el cerebro tiene predispuestas ciertas reacciones a ciertos supuestos, y los asume como mecanismos de ahorro. Con ello puede perder precisión, pero gana eficiencia.

Puede ser que un auto tenga la capacidad de recorrer 300 kilómetros a 100 kilómetros por hora, con lo que llegaría en tres horas. Pero ello asume que tiene el combustible suficiente para lograrlo. Si no lo tiene recorrerá la distancia a mejor velocidad y tomará más tiempo. Lo que parece ideal (ir rápido con poco consumo de combustible) no es posible en la realidad.

Como dice el dicho, "lo perfecto es enemigo de bueno". La operación perfecta del cerebro no necesariamente es deseable. La operación óptima no es perfecta, porque la perfección es demasiado costosa de alcanzar. El operador del cerebro debe encontrar un balance entre los costos (en energía) de pensar y los beneficios de dicho pensamiento.

Lo interesante es que esta forma de funcionar del cerebro es explicable en términos de la teoría evolutiva de Charles Darwin. Ciertos individuos de una especie pueden haber pensado más pero con el costo de consumir demasiado tiempo y energía. Otros individuos, con cerebros genéticamente más orientados no al pensamiento perfecto, sino al óptimo, gestionaron mejor su vida, y se adaptaron mejor a su medio ambiente. Los segundos tienden a sobrevivir más que los primeros. Así nuestro cerebro evolucionó a funcionar como funciona.

¿Y qué tiene que hacer esto con el hambre y el estudio sobre los jueces israelitas? El operador de una máquina que es consciente de que debe ser eficiente colocará la obtención de energía como su prioridad. Bajo un análisis costo

beneficio, su primera prioridad será la energía. El cuerpo humano, para obtener energía, necesita comer.

Por tanto, el cerebro reaccionará a la falta de energía reduciendo su capacidad de razonar y mandando señales para que esa actividad (pensar) abra paso a una más importante (comer). Como conceder la libertad condicional requiere generar una convicción (y, por tanto, razonamientos que consumen más energía), es de esperar que menos libertades condicionales se concedan lejos de las comidas. Por supuesto que los juzgadores ignoran ello. Pero el cerebro, inconscientemente, lo hace.

Así, un carro no puede funcionar sin refrigerante. Este recoge el calor del motor y lo traslada al radiador para que sea expulsado al ambiente. Esta misma función es cumplida por las pausas para comer que tomaron los jueces israelitas: las pausas refrescan el motor (cerebro) y permiten exteriorizar las ideas de manera más efectiva.

En ese sentido se pronuncian los autores del estudio:

> "Un pausa puede reabastecer los recursos mentales al proveer descanso, mejorar el ánimo o incrementar los niveles de glucosa en el cuerpo"(4).

Más allá de sacar una conclusión real, aunque suene frívola (trata que tu tribunal te oiga justo después de almuerzo y no al final del día, o asegúrate que siempre haya *coffee breaks* oportunos y suculentos en los arbitrajes) la información sirve para saber que no solo de Derecho vive el juzgador. También vive de pan, y el pan influye en sus decisiones.

III. EL ANCLAJE Y LAS LIMITACIONES EN LA PERCEPCIÓN (*ANCHORING*)

Un segundo aspecto a comentar es el anclaje o *anchoring.*

Sabemos que solo una fracción de lo que se presente al juez o a los árbitros será realmente percibido y la fracción de lo que será entendido será aún menor.

Cuando al cerebro se le encarga una función, suele limitar su capacidad de conocer información. Como no podemos procesar infinitas piezas de información, el cerebro selecciona, incluso a nuestras espaldas, cuales usar y cuáles no.

(4) DANZINGER, Shai y otros. Ob. cit., p. 6889.

Un árbitro puede llegar a una audiencia con varios casos en su cabeza. Además, puede tener otros problemas profesionales (por ejemplo un problema con la facturación de su estudio). Puede, además, tener problemas personales (su hijo está enfermo o su esposa le pidió que pare a comprar leche en su camino de regreso a casa). Toda esta información compite por espacio en la capacidad de procesamiento del cerebro y no toda puede ser atendida simultáneamente. El cerebro establece, muchas veces a nuestras espaldas, órdenes de prioridad.

Por ejemplo, la preocupación de no olvidarse de llevar la leche para evitar la reprimenda de su esposa o de comprar la medicina para su hijo puede tener un orden de prioridad mayor. Las conexiones neuronales condicionan percibir y guardar la información de esos elementos de manera prioritaria. El resultado es que el juzgador prestará menos atención a las exposiciones de los abogados y perderá detalles de las mismas.

Hoy sabemos, por ejemplo, que los elementos emotivos suelen ser priorizados sobre los racionales (por eso un hijo enfermo tiene una ventaja competitiva en el cerebro con relación a interpretar un artículo del Código Civil para un laudo).

Una lección aprendida de ello es que hay que apelar a elementos emotivos durante las discusiones legales, para ganar prioridad en el cerebro. Ello aconseja usar más los argumentos fácticos que los argumentos meramente jurídicos o legales para persuadir. Salvo excepciones, los razonamientos legales suelen no apelar mucho a nuestras emociones. En contraste los hechos pueden tener más capacidad para emocionar. El conseguir una cara de sorpresa en un testigo frente a una pregunta incomoda será priorizado sobre una elegante teoría de interpretación del artículo 1352 del Código Civil.

Los problemas de percepción han sido gráficamente explicados en el experimento de Chabris y Simon[(5)], denominado el "Experimento del gorila".

En un video seis jugadores de básquet, tres vestidos de blanco y tres de negro, se alistan a jugar pasándose la pelota. Los de blanco tienen una pelota y los de negro otra. Una voz te pide que cuentes cuantas veces el equipo blanco se pasa la pelota. Durante unos segundos te concentras en seguir la pelota para no perder la cuenta. Es posible que celebres al final del video haber llevado la cuenta perfectamente. Pero entonces una voz te pregunta "Viste al gorila". Inmediatamente te preguntas "¿Qué gorila?". Vuelven a pasar el video y descubres, sorprendido,

(5) Una explicación del experimento, incluido videos del mismo, pueden encontrarse en: <www.theinvisiblegorilla.com> revisado por última vez el 14 de octubre de 2013. Allí también pueden encontrarse referencias al libro de Christopher Chabris y Daniel Simon.

que un individuo, disfrazado de gorila, pasó por el medio de los jugadores. El gorila hizo esfuerzos para llamar la atención. Pero increíblemente no lo viste. Más del 50 % de las personas que ven el video por primera vez no lo ven, a pesar de que su presencia es más que obvia. ¿Por qué?

El cerebro recibió un encargo: contar pases. No recibió el encargo de buscar gorilas. Como los recursos neuronales son limitados el cerebro decidió no verlo, no incluirlo, por más que sus ojos lo vieron. Así se ahorra energía no consumiendo neuronas en actividades no necesarias para el objetivo.

Por supuesto que se podrán imaginar la cantidad de gorilas que se pueden pasar en una sala de audiencia, si los abogados no organizan la información y la forma de presentarla de manera adecuada.

¿Es malo que el cerebro deje pasar al gorila desapercibido? Pues depende. Por supuesto que parece mejor percibir todo que percibir solo una parte. Como puede parecer mejor que un carro recorra 300 kilómetros en tres horas. Pero ello parte de asumir que las neuronas y su funcionamiento son un recurso infinito que, como el auto de nuestro ejemplo, puede llegar rápido sin considerar el consumo de combustible. Sin embargo, dado que los recursos son limitados puede ser económica (y neuronalmente) eficiente que el cerebro se concentre en la función que se le encargó, dejando de lado otra.

Este tipo de situaciones puede generar lo que se conoce como ignorancia racional o irracionalidad racional. Saber todo puede ser irracional. Si alguien estudia Derecho decidió racionalmente ser ignorante en medicina. Y es que saber todo y ser el mismo tiempo eficiente con el conocimiento es imposible. El cerebro lo sabe, y por ello decide ignorar muchas cosas y no pesar otra buena cantidad de ellas.

Como bien explican Mckenzie, ZAK & Turner[(6)] "(…) así como los participantes en el mercado no pueden tener todo lo que quieren (y, por ende, tienen que elegir qué prefieren) el cerebro humano por sí mismo no puede hacer todo lo que se pide de él".

Ello es lógico. Si bien se estima que el ser humano cuenta con alrededor de unos cien mil millones de neuronas, estas aún son escasas para todas las actividades que tienen que desarrollar.

(6) MCKENZIE, R., ZAK, P., & TURNER, J. "The Neuroeconomics of Rational Decision Making". En: R. MCKENZIE. *Predictably Rational? In search of Defenses for Rational Behaviour in Economics*. Springer-Verlag, Berlin, 2010, pp. 177-178. (Traducción libre).

Mackenzie, Zak Turner[7] nos dicen, en una explicación bastante darwiniana, que "las pérdidas por los errores en la toma de decisiones llegaron a ser menos dañinas para la supervivencia de la especie que las pérdidas por el incremento en energía consumido a nivel neurológico que es requerido para tomar mejores decisiones"[8].

En pocas palabras, son mejores decisiones imperfectas pero "baratas" en uso de capacidad neuronal, que decisiones perfectas que consumen tanta energía que afectan la supervivencia de la especie. Por eso es tan relevante la frase "lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno".

Curiosamente parte de nuestra ignorancia e irracionalidad puede ser reflejo de los atajos que el cerebro toma para combatir sus propias limitaciones, de la misma manera que desaceleramos un automóvil para evitar consumir demasiado combustible o fundirle el motor.

Muchos de estos procesos cerebrales funcionan bajo lo que denominamos *bias* o prejuicios. El cerebro crea "atajos" que le permiten desarrollar procesos más eficientes.

Uno de estos atajos usados por el cerebro es asumir que lo que ya aprendió es cierto. Por tanto el cerebro se resiste a cambiar una idea que ya asumió como verdadera. La frase, común entre los abogados, que "quien golpea primero golpea dos veces" es, desde el punto de vista cerebral, cierta. Quien posiciona primero una idea tiene más posibilidades de ganar.

Quizás ustedes recuerden algo que su padre les dijo de pequeños. Como su padre es el primero que se los dijo, han asumido por años que es verdad. No cambian, porque cambiar implica consumir energía. Muchas de esas ideas aprendidas suelen falsas. Pero nos negamos a cambiarlas solo porque las aprendimos primero y defendemos tercamente su supuesta verdad.

Ello permite desarrollar una técnica de persuasión llamada *anchoring* o anclaje. Si consigues posicionar una idea de tu caso en la mente del juzgador, el cerebro de este tenderá a negar la evidencia que implique cambiarla y reforzara la evidencia que la confirme.

Como bien ha señalado Guthrie y otros: "Cuando las personas hacen estimados, suelen confiar en el valor inicial que tuvieron disponible. Ese valor inicial

(7) Ibídem, p. 192 (Traducción libre).
(8) Ibídem, (Traducción libre).

tiende a "anclar" sus estimados finales"[9]. Así, "Las anclas inducen a las personas a considerar seriamente que el valor real es similar al valor del ancla, conduciéndolos a pensar prioritariamente sobre las circunstancias fácticas que servirían de soporte a la conclusión de que al ancla es correcta"[10].

Por ejemplo, en experimentos efectuados con jurados ficticios, estos asignaron daños apenas superiores a US $ 90,000 cuando el demandante pidió US $ 100,000. Pero cuando los jurados ficticios enfrentaron las mismas demandas, con los mismos hechos, pero en la que el pedido inicial era ya no US $ 90,000, sino US $ 500,000, se otorgaron daños cercanos a US $ 300,000[11].

En otro experimento se separó a quienes iban a decidir en dos grupos: el Grupo Anclado y el Grupo No Anclado. Los hechos eran los mismos: un accidente de tráfico por falla en los frenos del camión dejó a una persona impedida de caminar.

El Grupo Anclado fue informado que la compañía propietaria del camión pidió la improcedencia de la demanda por que el caso "no cumplía con la cuantía mínima de US $ 75,000". Se trata claramente de una afirmación ridícula, pues los daños superaban claramente ese mínimo. El Grupo No Anclado no recibió dicha información.

Sin embargo, a pesar de no tener sentido, el dato funcionó como un ancla. El Grupo Anclado otorgó solo US $ 882,000 mientras que el Grupo No Anclado otorgó US $ 1'250,000[12].

Por razones de espacio, nos referiremos únicamente dos tipos de bias: al *egocentric bias* y al *confirmation bias.*

De acuerdo al primero, el prejuicio egocéntrico, una vez que nos formamos una posición sobre un caso, es muy difícil cambiarla. Ello obstruye la apreciación objetiva de las pruebas y los argumentos de las partes. Tendemos a encontrarle "peros" o cuestionamientos a todo lo que signifique cambiar nuestra forma de pensar.

La otra cara de la moneda es el *confirmation bias* o prejuicio de la confirmación, según la cual tendemos a buscar pruebas y argumentos que confirmen nuestra teoría del caso. Todo ello afecta, por medio de procesos inconscientes,

(9) GUTHRIE, Chris y otros. "Inside the Judicial Mind". En: *Cornell Law Review*. Vol. 86, Nº 4, 2001, p. 21. (Traducción libre).
(10) Ibídem, p. 22 (Traducción libre).
(11) Ibídem, p. 24.
(12) Ibídem, p. 28 (Traducción libre).

como funciona nuestra memoria para recordar hechos y argumentos. Como señalan Peer y Gamliel:

> "Si las personas tienen una concepción previa o hipótesis acerca de un asunto dado, tienden a favorecer la información que corresponde a sus creencias previas y a descartar evidencia que apunta hacia lo contrario. Este prejuicio de la confirmación lleva a las personas a buscar, organizar e interpretar información de una manera consistente con lo que ya han asumido, conduciéndolas a juicios y decisiones sesgadas"[13].

A veces este fenómeno es denominado *sunk cost bias* o prejuicio del costo hundido, en clara evidencia analógica al criterio de costo hundido en la economía. Los costos en energía y tiempo en que incurrió el cerebro para formarse una idea no son aplicables para otra idea. El cerebro trata de evitar que esos costos sean una pérdida y por ello se niega a aceptar que incurrió en costos de algo que ya no le sirve.

Y con esto regresamos a la frase "quien pega primero pega dos veces". Los primeros escritos y/o presentaciones ante un tribunal son claves porque pueden posicionar el caso y proteger ese primer impacto con los prejuicios del juzgador. Empezar perdiendo incrementa las posibilidades de perder finalmente. Voltear el partido puede ser realmente difícil.

IV. EL *CHUNKING PROCESS* (O DE COMO NUESTRO CEREBRO ORGANIZA LA INFORMACIÓN)

En tercer asunto a tratar es el llamado *chunking process*. Nuestro cerebro no piensa como nosotros queremos que piense. Los procesos de pensamiento están definidos por procesos neuronales no controlables a voluntad. La información se organiza no como queremos que se organice, sino como el cerebro está preparado a organizarla.

Desde el punto de vista legal esto tiene una implicancia importante. La ley y el Derecho no son entendidos como la ley o el Derecho quieren ser entendidos, sino como el cerebro los entiende.

Imaginemos el cerebro como una computadora. Para introducir información no es posible organizarla como a uno le parezca. La computadora tiene formas

(13) PEER, Eyal y GAMLIEL, Eyal. "Heuristics and biases in Judicial Decisions". En: *Court Review*. Vol. 49, 2013, pp. 114-115.

preestablecidas y ya configuradas. Si no sigues el patrón la información no puede ser introducida.

¿Quién no ha sufrido cuando la computadora "no te entiende" y uno pierde la paciencia tratando de hacerla entender algo? Pues bien el cerebro de un juez o un árbitro puede funcionar igual y generar el mismo tipo de frustración. Uno le explica algo, y el cerebro del juzgador no lo recibe.

Usemos un ejemplo más sencillo: un formulario. Si usted quiere llenar un formulario para hacer una solicitud, este tiene un formato preestablecido. Puede ser que la información que uno quiere ingresar no encaje en el formulario y en los campos que este ha definido (por ejemplo número de hijos o tipo de trabajo o estado civil). Si uno pretende incluirla puede ser que esa información se pierda.

Existen algunos estudios que muestran ciertos parámetros que hacen más probable que la información pueda ser procesada correctamente. Sabemos poco, pero sabemos algo, aunque en la mayoría de casos no sabemos el por qué. Aquí algunos ejemplos sencillos de los cuales podemos derivar consejos prácticos importantes.

1. La regla de tres

El primer ejemplo se le conoce como la regla de tres. Cuando usted quiere corregir a un hijo desobediente le dice "Deja de hacer eso, a la una, a las dos y a las tres". No le dice a la una y a las dos. Tampoco dice a la una, a las dos, a las tres y a las cuatro. Usualmente uno usa el número tres. ¿Por qué usamos el número tres? ¿Por qué asumimos que una amenaza en tres pasos es más persuasiva?

La cultura popular está llena de mensajes organizados de a tres:

- Julio César decía [1] Vine, [2] Vi, [3] Vencí"
- Abraham Lincoln formuló su celebre "Government [1] of the people, [2] by the people, [3] for the people"
- La santísima Trinidad: [1] Padre, [2] Hijo y [3] Espíritu Santo
- El uso del [1] Cielo, [2] infierno y [3] purgatorio.
- El abecedario se define como el [1] a, [2] b, [3] c.
- ¿Quién no ha escuchado la frase de Winston Churchill: "Les ofrezco [1] sangre, [2] sudor y [3] lágrimas". Lo curioso es que la frase original no era de a tres, sino de a cuatro "Les ofrezco [1] sangre, [2] esfuerzo, [3] sudor y [4] lágrimas". La cultura popular cambió la frase y con ello la inmortalizó.

- Incluso en los chistes, es común usar tres personajes ("Se encontraron un norteamericano, un chileno y un peruano").

¿Es casualidad? Los estudios demuestran que no. Por alguna razón los términos, conceptos y argumentos agrupados de a tres resultan más fáciles de recordar y son más persuasivos. La explicación no es un número cabalístico sino la forma como el cerebro agrupa la información y la organiza. Parece que para su *chunking process* el número tres tiene que hacer con los espacios para llenar en un formulario.

Hace unos días en la oficina revisé la segunda versión de un escrito trabajado por un grupo de asociados. Encontré la segunda versión sustancialmente más persuasiva y efectiva que la primera, pero me costaba identificar por qué. Conversando con los asociados y dándoles un comentario positivo de su trabajo ellos me dieron la explicación. "En la nueva versión usamos la regla de tres". Efectivamente todos los argumentos del escrito habían sido organizados en grupos de a tres. Incluso en algunos puntos se había forzado argumentos para agruparlos con otros y así reducir su número a tres. El resultado funcionaba.

2. El mágico número 7

Pero el 3 no parece ser el único número cabalístico. Algo similar ocurre con el 7. En los trabajos de Miller[14] se muestra que la memoria de corto plazo solo puede recordar alrededor de 7 datos.

Ello no quiere decir que el cerebro solo pueda recordar siete datos. La memoria humana puede retener miles o millones de datos. Pero la memoria de corto plazo (o *working memory*), la inmediata, la que usa un juez o árbitro en una audiencia o en el acto de lectura de un escrito, difícilmente puede retener más que ese número.

El proceso de organización del cerebro (*chunking process*) hace que antes de almacenar información en nuestra memoria de largo plazo, esta sea procesada por nuestra memoria de corto plazo o *working memory*. Según Miller nuestra memoria de corto plazo almacena aproximadamente siete datos.

La preparación de la información en un proceso legal debe entender este patrón. De seguirse el mismo será más fácil que los hechos relevantes del caso

(14) MILLER, George. "The Magical Numer 7, Plus or Minus Two: Some limits on our capacity for processing information". En: *The Psychological Review*. Vol. 63, 1956, pp. 81-97. (Traducción libre).

pasen de la memoria de corto plazo o *working memory* a la memoria de largo plazo, que será la que finalmente suministrará información para redactar el laudo o la sentencia. O dicho en sencillo, la información debe ser entregada en paquetes que entren en los casilleros en los que tendrán que ser depositados.

Por ello organizar una audiencia aspirando a exponer de manera detallada y precisa 40 hechos y esperar que todos sean recordados, es aspirar a un imposible. La información debe de ser agrupada en no más de siete hechos o elementos si es que aspiramos a que el juzgador promedio los recuerde antes de enviarla a su memoria de largo plazo.

3. Lo que se recuerdan son los relatos, no los hechos aislados

El cerebro parece preferir secuencias organizadas que hechos aislados. ¿Qué secuencia le es más fácil recordar? ¿1234567 o 8569381? Evidentemente la primera, porque tiene una secuencia que establece relaciones entre los números.

Es más fácil recordar "Juan lanzó la pelota con fuerza contra la pared" que "Pedro, carro, violento, avezado, al, mirar, Perú, computador, olvido". El número de palabras es el mismo. Pero la secuencia hace más sencillo recordar.

Los relatos permiten recordar mejor los datos a si los mismos se presentan aislados. El cerebro organiza la información en relatos o cuentos antes que en piezas de información no relacionadas. Ello explica por qué el uso de líneas de tiempo en escritos o audiencias hace más fácil organizar la información a ser almacenada. Y un relato persuasivo es más fácil de recordar y tienen más fuerza para convencer que simplemente una enumeración inconexa de eventos.

Esto, además, se vincula con lo que veremos en el punto siguiente: los relatos están en mayor capacidad de generar emociones y las emociones están en mayor capacidad de generar recuerdos y ser persuasivas.

Regresando al ejemplo del cine, una de las escenas más memorables que he visto en una película es la final de Cinema Paradiso (1988), del director italiano Giuseppe Tornatore. El protagonista (Toto), era ya un director de cine consumado. Pero su aprendizaje del cine la obtuvo desde niño del operador de proyección de un cine de pueblo (Cinema Paradiso). El operador es llamado Alfredo. La muerte de Alfredo hace regresar a Toto a su pueblo natal y recordar toda su vida, especialmente su vida con Alfredo. Y recordaba haberle pedido siempre a Alfredo las escenas de besos que el sacerdote del pueblo ordenaba cortar de las películas en una suerte de censura bastante artesanal. Alfredo nunca se las había entregado.

Sin embargo, justo antes de morir, Alfredo deja un rollo de película para ser entregado a Toto. Al regresar a Roma Toto pide que le proyecten el rollo de película para descubrir que Alfredo había pegado todas las escenas de besos cortadas. Toto rompe en llanto. Y su llanto hace llorar a buena parte de la audiencia que en ese momento está viendo la película.

La escena final, sola y aislada, no hubiera hecho llorar a nadie. Es el relato de la vida conjunta de Toto con Alfredo el que da significado y emoción a la escena. Y es la emoción la que hace memorable la película.

Al presentar una historia, correctamente relatada, se genera un efecto emocional que el cerebro identifica y recuerda de mejor manera. El proceso será más entretenido y persuasivo, y el cerebro lo agradecerá con el recuerdo.

4. Las emociones y la persuasión

Finalmente esto nos lleva a abordar la relevancia de las emociones. Cicerón decía lo siguiente respecto de la persuasión:

> "Requiere un conocimiento a fondo de todas las emociones con las que la naturaleza ha dotado a la raza humana (...) Por todos es sabido que el poder de un orador se manifiesta mejor, al tratar con los sentimientos de las personas, cuando genera ira u odio y resentimiento, o cuando rescata a las personas de estos mismos sentimientos trayéndolas hacía la dulzura y la compasión"(15).

Comenzamos este trabajo mencionando el impacto emocional que tuvo la estrategia del abogado Paul Beigler en Anatomía de un Asesinato. Su esfuerzo para generar indignación contra el acto de violación que motivo el asesinato, de la mano con generar compasión hacía la víctima, refleja precisamente aquello a lo que Cicerón se refiere.

La actuación emocional (o visceral) puede ser positiva, como veremos a continuación.

Como ha señalado Loewenstein:

> "Las deficiencias en cualquier factor visceral reduce la calidad de vida individual, las oportunidades de supervivencia y las posibilidades de

(15) Citado en DESTENO, David y otros. "Discrete Emotions and Persuasion: The Role of Emotion-Induced Expectancies". En: *Journal of Personality and Social Psychology*. Vol. 86, Nº 1, 2004, p. 43. (Traducción libre).

> reproducción. Personas que no experimentan hambre no comerán, aquellos que no sienten dolor se mutilaran accidentalmente e incluso déficit emocionales sutiles pueden afectar de manera dramáticamente negativa la funcionalidad individual"[16].

Las emociones son catalizadores que cumplen funciones importantes en el uso del recurso escaso que es la energía. Lo que llamamos pensar no es un proceso meramente racional. Y no es deseable que lo sea. La evolución del ser humano condujo a que las emociones jugaran un rol en su desarrollo. Todo indica que las emociones arrojaron resultados en los que el beneficio de su influencia estuvo compensado por los costos que implicaron. En otras palabras, y poniéndolo en términos de Darwin, todo indica que las emociones jugaron un rol en la supervivencia de la especie y explican en parte la capacidad del ser humano de adaptarse a su ambiente. Y entender cómo influyen las emociones es, como dice Cicerón, una parte importante en el desarrollo de la actividad de persuadir.

Se ha sostenido y demostrado que un mensaje es más persuasivo si está encuadrado en la misma clave emocional que el estado emocional del receptor. Ello significa, por ejemplo, que si el juzgador está molesto, el abogado será más persuasivo si construye sus argumentos con base en dicho sentimiento[17].

En esa línea Lowenstein ha señalado que:

> "Apelar a las emociones como fuente de influencia en la persuasión es una estrategia que debe destacarse y que viene siendo utilizada por los políticos y especialistas en marketing por igual. Los candidatos, por ejemplo, suelen generar la ira de su Audiencia en contra de ciertas posiciones políticas y los especialistas en marketing tratan de provocar el disgusto entre los clientes potenciales para convencerlos de la necesidad de comprar insecticidas o productos relacionados con la salud"[18].

En esa línea no es exagerado concluir que los factores emotivos/viscerales son más importantes en el proceso de pensar de que solemos asumir. Quien ha tenido experiencia en participar en audiencias judiciales o arbitrales intensas, puede dar fe de ello.

Por razones de espacio nos vamos a referir solo a una emoción importante y su relevancia en impartir justicia: la ira.

---

(16) LOEWENSTEIN, George. "Emotions in Economic Theory and Economic Behavior". En: *The American Economic Review*. Vol. 90, Nº 2, 2000, p. 427. (Traducción libre).

(17) DESTENO, David y otros. Ob. cit., p. 45. (Traducción libre).

(18) Ibídem, p. 43. (Traducción libre).

Por siglos los filósofos y los juristas han tratado de definir qué es la justicia. Pero han fracaso en lograr un consenso. En esta sala encontraremos tantas definiciones de justicia como personas hay en su interior.

Quizás el error está en pensar que la justicia, es un concepto racional, cuando quizás sea un concepto principalmente emocional. El juzgador, antes que saber si debe o no ser justo, siente que debe ser justo.

Ante un acto contrario a la buena fe o ante la violación de un derecho, el cerebro reacciona con una emoción antes que con una razón. Luego nos llenamos de razones. Pero nuestra primera reacción es emotiva.

En *El secreto de sus ojos* (2009) del director Juan José Campanella, un violador homicida que logra escapar de la justicia gracias a influencias políticas, es encerrado incomunicado de por vida (en aplicación de la cadena perpetua que le hubiera correspondido al delincuente) en una finca privada por el esposo de la víctima. En el curso de Cine y Derecho que dicto con Cecilia O´Neill, la mayoría de alumnos confiesa, luego de ver la película, que, más allá de la acción antijurídica del esposo de aplicar privadamente una sanción penal, sintieron, al menos en un inicio, que el desenlace era justo. Y es que, aunque suene duro, nuestra concepción de justicia, al menos la más básica, es más visceral que racional. Cuando vemos una película en la que, al final, el malhechor recibe su merecido, parece que es más importante lo que sentimos que lo que razonamos.

La reacción emocional sobre lo que es justo o injusto ha tenido una importancia central en el desarrollo de la vida humana en sociedad. El respeto a la vida, a la propiedad o a los demás derechos nació antes que como un orden racional, como un orden emocional. En algún momento de la evolución un grupo de individuos sintieron que ciertas conductas eran injustas y crearon marcos y reglas para sancionarlas. Esos individuos lo hicieron mejor que otros que no tuvieron las mismas reacciones emocionales. Las sociedades formadas por el primer grupo de individuos tuvieron mejor performance funcional y sobrevivieron o fueron más eficientes comparadas a sociedades conformadas por el segundo grupo de individuos.

Como señala Maroney, la cognición y la emoción contribuyen a la realización de lo que llamamos racionalidad y el mal funcionamiento de ambos aspectos puede afectarla. Si un juez tratara de eliminar sus emociones, estaría perdiéndose algo importante del funcionamiento de la mente humana: estaría perdiendo parte importante de su compromiso e involucramiento que la realidad de su trabajo exige[19].

(19) MARONEY, Terry. "Angry Judges". En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 65, Nº 5, 2012, p. 1216.

La ira o enojo suele estar vinculado a la sensación de que una acción es injusta y como tal debe generar responsabilidad. Quizás explicar ello en términos meramente cognoscitivos-racionales es una labor demasiado compleja y costosa en términos de energía necesaria para el cerebro. Una reacción visceral puede ser más directa y generar un mayor compromiso con la función del juzgador.

En otras palabras, así como quien no siente hambre no comerá, o quien no siente dolor se automutilará, quien no siente ira y se indigna con lo injusto, difícilmente podrá impartir justicia.

No pretendo inferir que los jueces deben ser meramente emotivos. De hecho creo que la aplicación lógica y razonada de la ley es indispensable. Pero sí creo que el componente emocional hace que el mero razonamiento tenga sentido como regla de convivencia humana. Lo que es justo o injusto es un sentimiento antes que una idea claramente establecida. Ese sentimiento explica por qué el juzgador siente que tiene que hacer algo para corregir una situación.

En otras palabras, la ira contribuye a desarrollar la capacidad de juzgar. Lo hace, curiosamente, reduciendo y focalizando la atención. Como indica Mahoney los eventos que generan ira son más vividos y persuasivos. La emoción es un signo que algo importante está ocurriendo y que merece ser tomado en cuenta. Ayuda a focalizarse en el problema concreto y en la situación de la víctima y la del agresor. Al hacerlo predispone un resultado: saciar un deseo de justicia. Ello motiva un deseo de cambiar las cosas y de hacer justicia con acciones concretas. La ira empuja a tomar acciones para cambiar las cosas, algo que ha influido de manera importante en el desarrollo de la civilización[20].

Por supuesto que no todo puede ser considerado positivo. La ira puede llevar a juicios apresurados, a reforzar prejuicios y a desviar la atención hacia aspectos no relevantes. Pero, sin duda, saber que la ira influye de manera determinante es bueno para el abogado que tiene que persuadir y para el juez que tiene que decidir. Ambos actuarán mejor si tienen tal conocimiento y son conscientes de sus efectos.

En síntesis, las emociones son, más allá de lo que podamos desear, parte importante del proceso por medio del cual nuestro cerebro toma decisiones. En términos culinarios, las emociones ponen la sazón a las ideas. Y sin una buena comprensión de cómo funciona la sazón, las ideas pueden salir insípidas o

(20) Ibídem, p. 1216.

demasiado saladas. Las emociones le ponen (o quitan) consistencia y efectividad a lo que pensamos.

VI. CONCLUSIÓN

Lo hasta aquí tratado es, como resulta obvio, preliminar y superficial. Solo busco perfilar lo que creo será un camino relevante al estudio del Derecho y sobre todo de su aplicación práctica en los años venideros.

Por supuesto que la aproximación que se plantea en esta ponencia puede ser fácilmente malinterpretada. Se podría creer que se pretende distorsionar el contenido del Derecho incorporando elementos que le son ajenos. Se puede, además, sesgar el análisis y plantear, como se mencionó, que se trata del diseño de "triquiñuelas".

Pero lo cierto es que el estudio de un área de conocimiento no puede darse al margen de todas las demás áreas. El Derecho trabaja sobre decisiones adoptadas por la mente humana. Entender cómo funciona esa mente es esencial para entender cómo funciona la vida misma, y el Derecho es parte de la vida misma.

Es importante destacar que los alcances del estudio de la neurociencia y de la psicología trascienden las destrezas legales y las técnicas de persuasión, para extender sus alcances a virtualmente todas las áreas del Derecho: los contratos, la protección al consumidor, las regulaciones de todo tipo, la propiedad, la responsabilidad civil, el derecho de familia, etc.

Y es que un área de conocimiento como el Derecho que regula la conducta humana se debe nutrir de toda otras ramas que ayuden a entender cómo se materializa dicha conducta. Saberlo ayuda a que los abogados hagamos mejor las cosas que ya hacemos.

Quiero culminar corrigiendo una aparente omisión. Usualmente este tipo de discursos comienzan con los agradecimientos y reconocimientos a todos aquellos que han contribuido a mi incorporación a la Academia.

Sin embargo, decidí hacer las cosas al revés, porque siento que lo que he explicado ayuda a entender mejor los sentimientos y emociones que me rodean en este momento.

Ahora que están más familiarizados con los aportes de la neurociencia y la psicología cognitiva es más sencillo entender la razón de mi incorporación. Si la decisión adoptada por los miembros de la Academia fuera meramente racional, sería muy difícil de explicar y sustentar y tendría que ser calificada, como ya lo he señalado, como un generoso error.

Pero hoy sabemos que los aspectos emocionales son tanto o más importantes que los racionales. Y en ello hay una explicación más atendible de la decisión. Muchos de los miembros de la Academia son antes que nada, mis amigos y he sentido siempre un particular cariño y reconocimiento que interpreto ha generado sesgos y *bias* que han condicionado su decisión.

Son sesgos que agradezco porque reconozco en ellos el mayor valor de mi incorporación a la Academia: el valor de una sincera amistad.

En especial agradezco a su presidente Lorenzo Zolezzi quien siempre me transmitió un particular entusiasmo y una especial calidez, en la incorporación que hoy se concreta formalmente.

A Fernando de Trazegnies agradecerle, además, la presentación y el particular cariño con el que siempre se refiere a mí. Si tuviera que definir mi relación con él diría que es una de tremenda empatía. La empatía es otra de las fuentes de *bias* en los estudios de psicología cognitiva. Debo decir que si traducimos *bias* como prejuicio, Fernando es quizás la persona con más prejuicios que conozco respecto a mí. Agradezco profundamente esos prejuicios interminables y acogedores con los que siempre ha expresado sin tapujos ni restricciones.

Sería necesario agradecer a todos los miembros de la Academia, pero dado que, para aplicar lo que hemos conversado, debemos aplicar el mágico número siete, me referiré a quienes, con su propuesta o sus llamadas, me han hecho sentir que entrar a la Academia será como entrar a mi casa: Jorge Avendaño, Javier de Belaunde, César Delgado Barreto, Domingo García Belaunde, Oswaldo Hundskopf, Guillermo Lohmann y Mario Pasco. Creo que ellos representan los sentimientos que percibo en todos.

No puedo dejar de reconocer la importancia de mi familia en el continuo apoyo y respeto a mi actividad académica, sacrificando prioridades que les corresponden. A mi esposa Cecilia, a todos mis hijos, a mis padres y a mis hermanos solo puedo decirles que son lo mejor que me ha pasado y que dan sentido a todo lo que hago.

A Alejandro, a Huáscar y ahora a Eduardo, mis socios, y a todos los asociados del Estudio, agradecerles el darme el espacio y el tiempo para que lo académico sea parte tan importante de mi vida. Y hacer que me levante cada mañana feliz de ir a la oficina, algo que los psicólogos conductuales difícilmente podrán explicar, pero créanme, ocurre.

Quiero agradecer especialmente a José María de la Jara y Milan Pejnovich por sembrar en mí las inquietudes intelectuales para entrar en estas áreas y sobre

todo su apoyo invalorable en la investigación y la revisión de la presentación que acaban de escuchar.

Y, finalmente, a mis alumnos que son de quienes más aprendo. Y en particular a aquellos que me han concedido el privilegio de ser entrenador durante las competencias internacionales del Moot donde la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi universidad, ha tenido tan buen papel. Su extraordinaria capacidad para aprender me ha permitido apreciar que mucho de lo que he dicho en ese discurso tiene sentido académico y profesional y sobre todo, funciona. Me han convencido de que es una línea de desarrollo académico en la que debemos seguir innovando.

Un viejo proverbio chino dice "Los jueces deciden por diez razones, nueve de las cuales nunca nadie sabrá". Lo que he pretendido mostrar es que los juzgadores deciden por muchas razones que desconocemos, y que pueden tener más peso que aquellas que nos hemos concentrado en estudiar tradicionalmente por años. Creo que el proverbio es cierto, pero también creo que estas nuevas líneas de investigación nos irán permitiendo descubrir, poco a poco, con rigor académico, cuales son algunas de esas otras nueve razones, estudiarlas y entenderlas.

La Academia, para decidir mi incorporación, actuó como un juzgador. Como bien dice el proverbio de las 10 razones por las que decidieron, hay nueve que nunca sabré. La única que conozco es la que más vale la pena y por la que me doy por satisfecho: su sincera amistad.

VI
ACADÉMICOS HONORARIOS

INCORPORACIÓN
DEL DR. ROGELIO PÉREZ PERDOMO

(Lima, 13 de agosto de 2012)

DISCURSO DE RECEPCIÓN
DEL DR. FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Quiero, en primer lugar, felicitar al jurista venezolano Rogelio Pérez Perdomo por su ingreso, el día de hoy, a la Academia Peruana de Derecho reconociéndole sus merecimientos y felicitar también a la Academia Peruana de Derecho por haber tomado la decisión de incorporar al jurista Pérez Perdomo en su seno, pues ello contribuye al enriquecimiento de la institución dadas las altas calidades de este nuevo miembro.

Por otra parte, agradezco a la Academia haberme dado el honor de encargarme de la presentación de este nuevo académico dadas sus calidades internacionalmente reconocidas como también porque me une con el Dr. Pérez Perdomo una amistad entrañable y muy antigua.

Conocí a Rogelio en Francia, hace ya 48 años, cuando él hacía sus estudios doctorales en Filosofía y Sociología del Derecho en la Universidad de París y yo participaba en la misma universidad en un programa de estudios sobre Filosofía del Derecho que sirvieron de base posteriormente para mi graduación de Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El inmediato contacto entre ambos era una consecuencia lógica por tratarse de dos personas venidas de muy lejos, ambas de Latinoamérica, para estudiar esa rama un poco exótica de las Ciencias Jurídicas, que es la Filosofía del Derecho. Pero, más allá de las circunstancias comunes que nos acercaban, pronto encontramos que teníamos ideas y preocupaciones académicas parecidas y sintonizamos extraordinariamente bien. Los dos fuimos discípulos de ese profesor tan extraordinario, Michel Villey, que, desbordando su parquedad natural, derrochaba entusiasmo por la Filosofía del Derecho y, sobre todo, alentaba a discutir los conceptos, a no tomarlos como dogmas sino como objetos de estudio. Aún cuando era un intelectual conservador, que veneraba el Derecho Romano, era jurídicamente devoto de Santo Tomas de Aquino y despreciaba a los filósofos contemporáneos, nos formó como agudos contestatarios enseñándonos a cuestionar y pensar más allá de toda horma ideológica.

Rogelio y yo regresamos a nuestros países y asumimos cada uno la cátedra de Filosofía del Derecho en nuestras respectivas universidades. Unos años más tarde, dirigiéndose a un Congreso en Chile, hizo una parada en el Perú. Y ambos quedamos gratamente sorprendidos cuando comprobamos que los dos habíamos sido invitados al mismo Congreso en Chile. Durante su breve estada en Lima, ciertamente lo llevé a la Universidad Católica y le presenté a los profesores del Área de Filosofía y Sociología del Derecho, entre ellos, al hoy presidente de nuestra Academia, el Dr. Lorenzo Zolezzi. Y también lo invité a que ese día fuera él quien diera la clase a mis alumnos de Filosofía del Derecho. Los alumnos estaban un poco desconcertados cuando les expliqué que un profesor venezolano daría la clase. Pero la clase los fascinó. Con un gran dominio de escena y calculando los efectos sobre un público inquieto, les dio la espalda a los alumnos y se puso a escribir en silencio una frase en la pizarra en letras muy grandes. Todos los alumnos observaban con gran curiosidad. Rogelio volteó hacia ellos y les señaló lo escrito, que decía “Estudiar Derecho es estudiar la ley”. Y les dijo: “Yo no voy a hablar en esta clase sino que lo harán ustedes. Quiero que ustedes discutan esta frase, digan si les parece verdadera o si debe ser corregida y, en cualquier caso, las razones para aceptarla o rechazarla. Yo seré únicamente el moderador de la discusión”. Pronto la clase se convirtió en un campo de batalla de conceptos y de ideas, donde las razones en un sentido o en otro cruzaban el aula produciendo explosiones de ideas en cada carpeta. Un cierto positivismo y un cierto iusnaturalismo, ambos más intuitivos que académicos, se enfrentaron en feroz combate. Como pueden imaginarse, esa clase fue inolvidable para mis alumnos de esa ocasión.

Viajamos a Chile juntos y me contó que la Universidad de Harvard le había otorgado una beca de dos años para realizar una maestría de Derecho

en esa universidad. Al Congreso de Chile habían asistido tres muy importantes profesores de Harvard. Y para mi gran asombro, uno de ellos me propuso también pasar una temporada académica en esa universidad. Me pareció una propuesta extraordinaria pero, por razones familiares y profesionales, yo no disponía del tiempo para quedarme a estudiar la maestría completa. Me ofrecieron entonces pasar sólo un año académico, sin derecho a título, como "profesor visitante", lo que acepté. Y es así como Rogelio y yo compartimos una vez más nuestra vida académica, dentro de un ambiente muy estimulante.

Creo que esta doble experiencia intelectual con perspectivas jurídicas tan diferentes, la francesa y la norteamericana, fue decisiva en la formación intelectual de Rogelio. Francia le aporto la visión romanista del Derecho y Estados Unidos le dio una mirada amplia que lo llevaba a ubicar el Derecho dentro de un contexto social determinado. Y es así como vinculó la Filosofía del Derecho con la Sociología, incursionó por esos campos cuidadosamente sembrados por Max Weber y llegó a la conclusión de que el Derecho no podía reducirse a la ley sino que debía entenderse como un sistema normativo que opera desde dentro de una realidad social determinada y al servicio de ella.

Es esta extraña combinación de sabiduría francesa y pragmatismo norteamericano que lo hizo alejarse del positivismo jurídico que estaba tan en boga en Latinoamérica durante el siglo pasado. Rogelio Pérez Perdomo fue uno de los promotores en América Latina de una visión más viva, más cercana a los hechos, que la que primaba entonces. De alguna manera, se propuso que los juristas no fueran moralistas abstractos que vivían en una nube ni tampoco una suerte de matemáticos del Derecho que pretendían encontrar la verdad silogísticamente. Rogelio propugnó con mucho éxito la visión del jurista como un operador social. Y, por consiguiente, su preocupación principal debía estar en el efecto real que producen las normas jurídicas y sus interpretaciones sobre la realidad social y económica en la que vivimos.

La biografía intelectual de Rogelio Perez Perdomo revela un espíritu intenso que no tiene reparos para entregarse a una actividad que trasciende las fronteras.

El profesor Perez Perdomo nació en Venezuela en 1941. Estudió en la Universidad Central de Venezuela. Abogado en 1964, residió en Francia durante los años 1964 a 1966 realizando estudios doctorales en Filosofía y Sociología del Derecho en la Universidad de París. En 1972, la Universidad de Harvard le otorgó el título de **Magistri in Legibus**. De regreso a Venezuela, recibió en 1975 el Doctorado en Ciencias, con mención en Derecho.

Apasionado por el Derecho como tema de estudio, se dedicó enteramente a la enseñanza de esta disciplina desde la perspectiva amplia que el mismo se había fijado, colocando el Derecho dentro de una visión sociológica de la sociedad. Y es así como es profesor de la Universidad Metropolitana de Caracas, donde también fue Decano de la Facultad de Estudios Políticos y Jurídicos durante seis años; y actualmente es Director de Estudios del Gobierno de dicha Universidad. No contento con enseñar en una universidad de Caracas fue también profesor en la Universidad Simón Bolívar y enseñó y ocupó numerosos cargos directivos en los institutos de investigación jurídica de la Universidad Central de Venezuela.

Pero el espíritu universal del profesor Pérez Perdomo lo ha llevado a transponer las fronteras de su país y participar como *visiting scholar* muchas veces –incluyendo el presente año– en la Universidad de Stanford en los Estados Unidos, habiendo ocupado el cargo de director académico del Programa de Estudio de Derecho Internacional de esa universidad. Pero además, en los Estados Unidos, ha sido profesor visitante también en la Universidad de la Florida y en la Universidad de Santa Clara. A ello debe agregarse su participación como profesor visitante en la Universidad de Sussex, en Inglaterra y también en la Universidad Nacional Autónoma de México, así como investigador visitante en el Instituto Max Planck de Alemania.

No puedo tampoco dejar de mencionar además de las universidades, a las importantes instituciones académicas internacionales en las que prestó colaboración. Es así como fue investigador durante dos años del prestigioso Instituto Internacional de Sociología Jurídica, con sede en Oñati, España. También fue asesor y luego miembro del Consejo Científico Internacional del Instituto de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Me resultaría imposible mencionar aquí las innumerables conferencias que el profesor Pérez Perdomo ha dado en múltiples partes del mundo. Baste señalar que la semana pasada ha dado un ciclo de tres conferencias en la Academia Peruana de la Magistratura, dirigidas a los vocales supremos y superiores.

Un aspecto que no puedo dejar pasar es el que se refiere a sus publicaciones. Con esa vocación comunicativa y participante de su saber jurídico, ciertamente sintió la llamada de la pluma y se sintió en la obligación de escribir muchos ensayos y libros. Ciertamente no puedo reseñarlos en esta presentación porque no terminaríamos ni en una semana. Baste con decir que en su **currículum vítae** aparecen nada menos que 141 ensayos y 18 libros. Estos trabajos tratan de temas tan diversos e importantes como el formalismo jurídico, justicia y pobreza, la ética de los negocios, los abogados de América Latina, la idea de ciencia en la Filosofía del Derecho, el argumento de autoridad, etc. Y, por cierto, estos trabajos están

publicados en una variedad amplísima de países: Venezuela, por cierto, pero también los Estados Unidos, el Perú, Chile, Italia, México, Londres, etc.

Además, estas publicaciones han sido muchas veces galardonadas con el Premio al Mejor Libro en Ciencias Sociales, el Premio Municipal de la Prosa, el Premio a la Investigación y a la Creación Intelectual, y otros.

Por todo ello, me es muy grato presentar a la Academia Peruana del Derecho una de las figuras señeras de la Filosofía del Derecho, de la Sociología del Derecho y de la investigación y enseñanza del Derecho en el mundo de hoy, el Dr. Rogelio Pérez Perdomo.

DISCURSO DEL RECIPIENDARIO
DR. ROGELIO PÉREZ PERDOMO

LA CULTURA JURÍDICA
Y LOS ACTORES DEL DERECHO

Recibo la designación de miembro honorario de la Academia Peruana de Derecho como una distinción que aprecio enormemente. En consecuencia debo comenzar por agradecer a los miembros de la Academia por tan alta distinción. Para mí es especialmente importante porque tengo gran aprecio y admiración por la contribución que miembros de esta Academia han hecho al Derecho y a la cultura jurídica de América Latina y del mundo.

He escogido el tema de la cultura jurídica para mis palabras de hoy justamente por sentirme en un sitial elevado de esa cultura y porque entiendo el honor que se me hace como un importante reconocimiento a mis trabajos sobre la cultura jurídica y los actores del Derecho. Como investigador he escrito sobre aspectos específicos de esta temática y ustedes me dan la oportunidad de reflexionar sobre el tema de una manera general.

Cuando analizamos el sistema jurídico en la perspectiva de las ciencias sociales encontramos las reglas o normas del Derecho (que se estudia y enseña con gran detalle), estructuras y organizaciones (por ejemplo el Poder Judicial, el Ministerio Público, el sistema de castigo), personas y cultura. Expliquemos esto. En el funcionamiento del sistema jurídico estamos involucrados todos los integrantes de la sociedad. En ese sentido, todos somos actores jurídicos. Pero hay algunos que son particularmente importantes en él porque se han educado especialmente para desempeñar funciones claves dentro del sistema y ocupacionalmente

se dedican a lo que una obra reciente llama los "oficios del jurista"[1]. Son los jueces, los abogados, los profesores de Derecho, los notarios, los fiscales del Ministerio Público, los asesores jurídicos de las cámaras legislativas y de los organismos públicos y privados. Los denominamos **profesionales del Derecho**.

La cultura jurídica es un tema un poco más complejo porque se habla de ella en muchos sentidos. Comencemos por afirmar que todos los miembros de una sociedad tenemos opiniones sobre el sistema jurídico, actitudes respecto a él y valoraciones respecto a su funcionamiento. Esto es lo que llamamos la cultura jurídica general o externa[2]. No importa el grado de conocimiento que tengamos sobre el Derecho, todos tenemos una cultura jurídica, como todos tenemos una cultura política, gastronómica o musical, aunque unos prefieran las guarachas y otros la música de Bach. La cultura jurídica también puede ser variada en una sociedad, pues no puede postularse que los educadores y los obreros de la construcción, los sacerdotes y las trabajadoras sexuales, los habitantes de la costa y los de la montaña, los jóvenes y los ancianos, compartan enteramente las opiniones, actitudes y valoraciones sobre el Derecho. Quienes estudian el tema son muy hábiles para determinar cuáles son las valoraciones y actitudes más comunes y en cuáles hay mayores diferencias.

Los profesionales del Derecho se distinguen del común de los mortales por tener un conocimiento mucho mayor del Derecho y por saber operar dentro del sistema jurídico. En la tradición latinoamericana es un conocimiento acreditado con un título universitario que varía según los países: bachiller o licenciado en Derecho, o abogado. Y también un conocimiento que viene del propio oficio, o experiencia profesional. El conocimiento, las opiniones, las actitudes y las valoraciones sobre el derecho de los profesionales de este campo pueden ser algo diferentes de las prevalecientes en la sociedad. Por esto se habla de una cultura jurídica profesional o interna.

Dentro de los grupos ocupacionales del Derecho podemos hablar de culturas jurídicas más específicas. Podemos hablar de la cultura jurídica de los jueces, o de los abogados. También de la cultura jurídica académica, es decir, la de los profesores universitarios que escriben libros y artículos sobre el Derecho. La línea de investigación que he venido desarrollando más recientemente es precisamente sobre los juristas académicos y su cultura. Por esto estoy muy consciente

(1) DÍEZ-PICAZO, L. M. (coord). *El oficio de jurista*. Siglo XXI, Madrid, 2006.

(2) FRIEDMAN, L. *The legal system: a social science perspective*. Russell Sage Foundation, New York, 1975.

de la importancia de ser recibido como miembro honorario de la Academia Peruana de Derecho.

Como sabemos, las academias en el sentido moderno de la expresión son hijas de la Ilustración. Por supuesto, no desconozco los antecedentes que se remontan a la Grecia antigua. Pero las academias modernas surgieron como instituciones para presentar y discutir trabajos académicos y promover el intercambio entre científicos o humanistas en una época en la cual las universidades habían dejado de ser los centros principales de creación y difusión del conocimiento. También sabemos que en los siglos XIX y XX las universidades recuperaron su sitial y que en algunas universidades la creación de conocimientos se convirtió en la tarea de los institutos o centros de investigación. Los miembros de los institutos se denominaron investigadores y fueron remunerados por hacer investigación. Otros sistemas universitarios han preferido exigir a la generalidad de los profesores que hagan investigación y gradúan su carga docente para permitir que tengan tiempo para hacerla. Las academias han redefinido sus funciones y se han concentrado en su labor de reconocimiento a la actividad científica, literaria o artística. De allí que en el mundo sean tan importantes algunas academias como la de Suecia, que otorga los premios Nobel. Por supuesto, ser recibido como miembro de una academia de prestigio, como lo es la Academia Peruana de Derecho, implica el reconocimiento de que la actividad de esa persona es relevante para ese campo del conocimiento.

El acto va más allá del honor, o de la satisfacción de la vanidad de la persona que recibe el honor. Implica el reconocimiento de una manera de abordar una disciplina. Personalmente he trabajado el Derecho en la perspectiva de la cultura jurídica y de la gente del Derecho, o actores profesionales del Derecho. Como ustedes saben, me he ocupado de la educación jurídica, los abogados, los jueces, el sistema de justicia y temas como la propiedad de la vivienda en las barriadas populares de Caracas, las dificultades de acceso a la justicia, de la violencia y el temor a los delitos violentos, y de la corrupción. Pero no he escrito sobre la correcta interpretación del artículo 1185 del Código Civil ni sobre el concepto de culpa en el Derecho Penal venezolano. Esto hace que los juristas tradicionales en mi país me consideren filósofo, o más derogatoriamente, ranchólogo (porque llamamos ranchos a las viviendas de los barrios populares), pero no un verdadero jurista.

Dentro de la concepción del Derecho como conjunto de normas coercibles sancionadas por el Estado, estos juristas tradicionales tienen razón porque no me he ocupado del Derecho en letras negras sino de la cultura jurídica y de los actores del Derecho. Me complace mucho que, al designarme miembro honorario, la

Academia Peruana esté usando un concepto más amplio de Derecho, que incluye la cultura jurídica.

Por supuesto, usar un concepto más amplio obliga a redefinir el Derecho. No podemos seguir definiéndole como conjunto de normas coercibles sancionadas por el Estado. Si vemos el Derecho como actividad humana, como parte de esa larga travesía que llamamos historia, si tomamos en serio que se remonta a la antigua Roma, y más allá de ella, a Babilonia y a los verdaderos comienzos de la historia, debemos verlo como un producto civilizatorio, como parte del proceso civilizatorio para usar el término de Norbert Elias[3]. Es un proceso que incorpora valores, o más propiamente, que ha creado valores. El Derecho no es solo normas coercibles sancionadas por el Estado.

Tomemos, por ejemplo, la idea de Estado de Derecho, tan elusiva para quienes definen el Derecho como producto del Estado, porque efectivamente el Derecho no podría limitar el ejercicio del poder político si es producto de este. La aporía no puede ser resuelta a partir de la definición tradicional de Derecho, pero si lo vemos como producto civilizatorio, es perfectamente comprensible que el Derecho puede limitar la acción estatal. Y que la profesión jurídica en su conjunto puede tener un importante papel en ello.

Lo mismo puede decirse de la idea de derechos humanos que a tantos juristas les cuesta incorporar a la idea del Derecho, a pesar del entramado de tratados y organismos nacionales e internacionales que los garantizan y que en gran medida se han impuesto sobre la voluntad de los estados nacionales, pero no sin grandes ruidos. Si vemos el campo de los derechos humanos como un campo de colaboración de organizaciones, incluyendo tribunales, nacionales e internacionales, podemos apreciar que es un campo en el cual estamos construyendo colectivamente el nuevo Derecho. El ultranacionalismo jurídico es un fenómeno nuevo y diría que anómalo en la visión histórica y cultural del Derecho.

Por supuesto, el poder político puede crear Derecho, pero también la conducta humana puede producirlo. Lo reconocen quienes aceptan que la costumbre es fuente importante de Derecho. De hecho, hoy estamos conscientes de que hay un conjunto de reglas de sociabilidad que hemos internalizado a veces de manera tan profunda que ni siquiera estamos conscientes de que son normas. Por otra parte, no cualquier norma creada por el poder político puede ser considerada derecho, no cualquier acto del poder político puede ser legitimado como derecho. En el pasado, quienes plantearon la idea del Derecho Natural tuvieron esta intuición

(3) ELIAS, Norbert. *El proceso civilizatorio*. FCE.

fundamental. Pero nótese que no estoy proponiendo que reconozcamos un Derecho superior basado en la naturaleza humana, la razón o la naturaleza de las cosas. Estoy proponiendo que aceptemos que el Derecho, nuestro Derecho, es el producto de un largo proceso civilizatorio y de una elaboración intelectual de siglos. Pensadores, juristas, políticos y ciudadanos comunes, todos han participado en un movimiento histórico de construcción de las ideas, valores y creencias que constituyen nuestra civilización.

Creo que lo que estoy proponiendo es a la vez obvio y polémico. Es obvio porque en la tradición romanista estamos muy conscientes de la historia de nuestro Derecho. Pero es también polémico porque vivimos una época en la cual estamos dispuestos a reconocer la diversidad de culturas y de aceptar que la llamada alta cultura no monopoliza el término. Pero creo que civilización tiene una connotación distinta que no tenemos por qué asociar con progreso sino con construcción de valores. A comienzos del siglo XX un jurista académico venezolano, Julio César Salas, estaba muy consciente de esto y lo explicó en una obra importante, denominada justamente *Civilización y barbarie*. En el capítulo final de la obra Salas llegó a identificar civilización con la protección de la libertad por el orden jurídico. Y barbarie con lo opuesto, con el irrespeto al Derecho y los derechos, con el caudillismo y las dictaduras lamentablemente tan frecuentes en la historia venezolana. Nuestro gran novelista, Rómulo Gallegos, retomó estas ideas. En la gran novela que es *Doña Bárbara*, el personaje que derrota a Doña Bárbara es un abogado que usa el Derecho con gran entereza y valentía. Es notable que tanto la obra de Salas como la de Gallegos se escribieron cuando gobernaba el general Juan Vicente Gómez, un paradigma de dictador, y estos valientes intelectuales son modelo para los juristas de hoy. Tal vez en Venezuela estamos muy conscientes de la fragilidad de la construcción del Derecho como civilización y de cómo la barbarie es una amenaza constante. Seguramente no es casual que Norbert Elias haya escrito su obra el *Proceso civilizatorio* cuando el régimen nazi lo obligó al exilio.

Deseo ahondar en esta explicación. Todos los artefactos que nos rodean tienen una historia y son artefactos culturales. Por ejemplo, el automóvil, o el aire acondicionado. Generalmente los usamos sin estar conscientes de su carácter profundamente cultural. Si no hay determinados desarrollos científicos y tecnológicos previos nunca hubieran podido ser inventados. Y sin una constelación de valores y actitudes, su uso mismo no hubiera tenido sentido. Pero cuando deseamos transportarnos de regreso a casa no tenemos por qué elaborar mucho sobre esto. Bastará entrar en el automóvil, encenderlo y conducirlo, sin que pensemos que el automóvil mismo y las vías en las cuales vamos a circular solo tienen sentido dentro de una civilización.

La Constitución es también un artefacto cultural, pero en mi opinión ganamos mucho si estamos conscientes de su construcción histórica, de los valores que incorpora. Esto nos ayudará a interpretarla adecuadamente. No debemos tratarla de la misma manera utilitaria como podemos tratar al automóvil, aunque, dicho sea de paso, nuestra vida sería mucho más rica si estuviéramos conscientes de los valores y actitudes que incorporan también estos artefactos aparentemente solo utilitarios.

Esta manera de ver al Derecho puede resolver uno de los dilemas de nuestra generación. Varios de los integrantes de esta Academia y otros juristas latinoamericanos, entre los que me cuento, propusimos en la década de 1970 que el Derecho tenía que ser entendido en su contexto social, económico y político. Que había que ir más allá del texto legal. La lucha en esa época era contra los formalistas o literalistas que querían encontrar todo el Derecho en los textos legales e interpretarlos como productos aislados. Por esto nos llamaron antiformalistas. Esta posición ha hecho fortuna y los formalistas están en retroceso, pero muchos no captaron la idea fundamental y han considerado que esta manera de comprender el Derecho autoriza al intérprete a entender los textos a su mejor conveniencia, y, en particular, de manera que pueda acomodar los deseos del poder político. La comprensión del Derecho como producto civilizatorio permite evitar el subjetivismo y combatir el oportunismo. Como sabemos, derechos humanos, Estado de Derecho, debido proceso, justicia, seguridad jurídica, imparcialidad, no son términos fáciles, pero son términos que tienen un sentido cuando se atiende a su historia, a la elaboración que se ha hecho de ellos como parte de una travesía histórica. Esta es la guía formidable que tenemos para trabajar con el Derecho. No se trata de sustituir la expresión a veces ambigua, a veces arbitraria, del legislador por la conveniencia o los intereses de jueces e intérpretes. El Derecho como producto civilizatorio tiene un contenido lleno de valores, los valores que la humanidad y, en particular, quienes han pensado el Derecho, han ayudado a construir.

Esto me lleva a hablar brevemente de la importancia de los juristas académicos, que son aquellos que han tomado como su tarea la elaboración intelectual del Derecho. La teoría tradicional de las fuentes no sabía qué hacer con ellos. Notó que su producción, que estrechamente definió como la doctrina, tenía importancia, pero como no entra en la definición de Derecho como normas coercibles sancionadas por el Estado, no podían reconocerla como verdadero Derecho. Los juristas académicos, es decir los autores de tratados, libros de texto y artículos monográficos, no son funcionarios estatales y sus dichos carecen de fuerza coercible. Por eso se vio a la doctrina como fuente secundaria, cuando no se la negó totalmente como fuente de Derecho. Pero un observador muy agudo de nuestra

tradición, John Henry Merryman, ha destacado por lo contrario que los académicos del Derecho son los personajes centrales de la tradición romanista. Cito:

> "Todo sugiere que el legislador en la tradición romanista ocupa la posición dominante que tiene el juez en el derecho anglo-americano. Por breves periodos de la historia esto puede haber sido verdad, pero los legisladores pronto se encontraron de nuevo en la sombra de aquellos que eran los principales responsables de la teoría del moderno estado-nación, de la doctrina del positivismo legalista y de la separación de poderes, de la forma, el estilo y el contenido de la codificación, y de la visión dominante de la naturaleza de la función judicial. El profesor-autor es el verdadero protagonista de la tradición romanista. Esta es una tradición de profesores". (*The civil law tradition*, 2007, p. 56).

La experiencia mayor de Merryman es en Italia, ¿pero es verdad también para Perú, Venezuela, Brasil, México y otros países de la América Latina? Esta es la investigación que estoy realizando. Está muy avanzada para Venezuela. He analizado la biografía y la obra de alrededor de ciento cincuenta juristas académicos desde comienzos del siglo XIX hasta el presente.

Ustedes me preguntarán por qué ocuparse de los juristas académicos venezolanos cuando Venezuela no luce como un país especialmente amante del derecho y es más conocido en el mundo por las reinas de belleza, los jugadores de béisbol, los músicos, ciertos políticos gárrulos y más recientemente por un espadachín olímpico. Pero mi interés no es el análisis del pensamiento jurídico sino más bien su lugar en la sociedad y los mecanismos de reconocimiento de la obra de los juristas académicos en distintas épocas. En particular, me ha interesado ver cómo ha interactuado el rol intelectual con el político. En ese sentido, la obra puede revestir un interés mayor al solo conocimiento de Venezuela.

Mi pregunta para futuras investigaciones es si lo encontrado respecto a Venezuela puede ser generalizable para la América Latina. Estoy buscando historiadores sociales del Derecho que se interesen en esta temática para que formulemos una obra colectiva. Naturalmente he realizado algunas exploraciones al respecto. Puedo adelantar que lo encontrado confirma la hipótesis de Merryman. Los juristas-académicos fueron los constructores de los estados naciones latinoamericanos y en gran medida los responsables de la pervivencia de los ideales republicanos. Les tocó tiempos convulsos y difíciles y tenemos que entender su obra en esas difíciles circunstancias.

En Venezuela en estos últimos tiempos los ideales republicanos se están viendo amenazados y una de las hipótesis de mi investigación es que el pesado fardo autoritario no ha asfixiado la producción intelectual del Derecho. Pese al

acoso y al miedo, el número de publicaciones no ha decaído aunque algunas revistas hayan dejado de publicarse. Pero sobre todo, el tipo de estudios jurídicos ha cambiado. De una literatura considerablemente tradicional, los juristas han pasado a plantearse temas fundamentales, a ser más críticos con la legislación y con los actos del poder político. Esta parte de la investigación ofrece dificultades especiales porque existe una literatura que se publica en la forma impresa que es habitual, pero hay muchos diálogos vía Internet que no son fáciles de reportar.

No creo que este desafío de construcción de repúblicas sea solo para los juristas venezolanos. Todos los juristas latinoamericanos todavía tenemos camino por andar en la consolidación de los ideales republicanos, los ideales del poder político limitado, que hemos traducido contemporáneamente en el lenguaje del Estado de Derecho y los derechos humanos. Pero tenemos un desafío todavía mayor, uno que sobrepasa la creación de repúblicas nacionales. Es el de crear el espacio latinoamericano y, a la vez, lograr la adecuada inserción de nuestros países en el complejo mundo global. En esto la perspectiva de la cultura jurídica puede ayudarnos. La legislación tiende a ser nacional y los sistemas jurídicos que privilegian la legislación tienden a ser estrechamente nacionales. Si privilegiamos la cultura jurídica, las fronteras se debilitan. Los estudios que se hagan sobre cultura jurídica peruana o colombiana se hacen relevantes en Venezuela, los que se hagan sobre cultura jurídica venezolana pueden resultar relevantes para el Perú.

Por eso aprecio tanto la invitación para formar parte de esta Academia Peruana de Derecho. Siento que ustedes están construyendo ese espacio latinoamericano y me honran especialmente al invitarme para esta tarea. Y, por supuesto, me siento especialmente honrado de ser invitado a formar parte de una academia que reúne a un grupo tan selecto de juristas académicos.

INCORPORACIÓN DE LOS PROFESORES JESÚS LÓPEZ MEDEL Y JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(Madrid, 22 de abril de 2013)

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL DR. CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

Excelentísimo señor Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Don Luis Díez-Picazo

Excelentísimo señor Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Don José Antonio Escudero

Excelentísimo señor Secretario General de esta Real Academia Don Rafael Navarro Valls

Excelencias, Ilustrísimos señores

Señoras, señores

Corresponde que dé inicio a la lectura de estas palabras, agradeciéndole muy especialmente a usted, señor Presidente, querido maestro y amigo, por todas las facilidades que nos ha brindado para hacer posible la realización de este acto en el marco de una sesión ordinaria del plano de académicos. Igualmente agradezco al señor Secretario General, don Rafael Navarro Valls, también muy dilecto amigo, por su valiosa contribución para ello. Finalmente, mi agradecimiento a mi buen amigo el señor Oficial Mayor de esta Academia, don Pablo Vales, quien con generosidad y la mayor disposición soportó afectuosamente el asedio al que lo sometí para concretar los detalles de esta ceremonia.

Para quien tiene la inmensa satisfacción de ostentar la condición de académico honorario de esta Real Academia y la de académico de Número de la Academia Peruana de Derecho y Vocal de su actual consejo directivo, no puede menos que resultarle especialmente significativo representar a la Academia Peruana en este acto de incorporación como Académicos Honorarios de ella de los ilustres profesores Jesús González Pérez y Jesús López Medel, a quienes en unos momentos tendré la satisfacción de imponerles las medallas respectivas y entregarles los diplomas correspondientes.

Es grato trasmitir a todos los concurrentes a este acto el saludo del Presidente de nuestra Academia, don Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien lamentablemente no puede estar presente como hubiera sido su deseo.

La Academia Peruana de Derecho fue fundada el 8 de mayo de 1967 por acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima. En la misma fecha fueron aprobados sus primeros estatutos.

Por Resolución Suprema Nº 209 del 30 de junio de 1967, rubricada por el presidente de la República, arquitecto Fernando Belaunde Terry, y firmada por su ministro de Justicia y Culto, doctor Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, se reconoció a la Academia Peruana de Derecho como "institución de cultura jurídica al servicio del país".

Su instalación se produjo el 20 de julio del mismo año en el Salón de Actos del indicado Colegio, contándose con la presencia del presidente Belaunde.

En la parte final del discurso que pronunció con tal motivo, el entonces Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, doctor Mario Alzamora Valdez, a quien correspondió la iniciativa de la creación de la Academia, señaló lo siguiente:

> "El Colegio de Abogados de Lima tiene fe profunda en que la Academia Peruana de Derecho, ha de ser el centro rector del pensamiento jurídico del Perú; y que las ideas que ella irradie, alcanzarán la alta jerarquía de supremas razones en que se inspire la transformación social y económica que reclama nuestro pueblo, basada en la justicia, en la paz y en el bien común, que pertenecen al mundo del espíritu y de la cultura, y que constituyen las más altas aspiraciones de la existencia humana".

A su turno, el doctor Alberto Ulloa Sotomayor, en su condición de primer Presidente de la Academia, expresó:

> "No estamos propugnando una institución de oportunidad o de emergencia; ni una entidad dictaminadora u opinante. En este sentido debe carecer la Academia de ese disfraz, muchas veces colorido y aventurado,

de la utilidad práctica inmediata. Tampoco buscará tener repercusión o influencia fuera de su legítimo campo de acción desinteresada e independiente. Más allá de este campo exclusivo, la Academia de Derecho nada pretenderá resolver directamente. El valor de los estudios que ella impulse o cobije dependerá del valor intrínseco de estos mismos estudios y de la capacidad y la ilustración de los juristas.

La Academia no tiene la misión de hacer juristas en el sentido de una escuela profesional. Los cobija, los estimula, los atrae, por el marco que les brinda y por la puerta que les abre a la notoriedad; y, a quienes valgan auténticamente, hasta a la fama. Los juristas deben serlo por vocación, por capacidad, por disciplina mental. Su obra debe tener una trascendencia derivada de su oportunidad y de la profundidad de su contenido; pero también, generalmente, requiere cierta continuidad y cierta extensión para ser trascendente.

Una Academia, debe ser, pues, un gabinete de estudio y un laboratorio de principios, de procedimientos, de conclusiones. Pero no colectivos o gremiales ni impositivos. No dicta sino plantea. No obliga sino sugiere. La Academia de Derecho no está destinada a dar un título de jurista, como una consagración formal, sino a servir de encauzamiento o de marco a quienes se consagran a sí mismos por su esfuerzo; o a incorporar, para relevarlos, a los ya consagrados".

Pero debe dejarse constancia de que esa Academia, la actual de 1967, es sucesora de la que con el nombre de Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación nació en 1889, como "correspondiente de la que en España funciona con el nombre de Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación", conforme lo señala el artículo 1 de su estatuto. Su creación se debió al impulso de la Real Academia que autorizó la constitución de academias correspondientes en Hispanoamérica. Entusiasta propulsor de la idea fue don José Maluquer y Salvador, Académico de Mérito de dicha corporación y reconocido defensor y teórico de la seguridad social en España[1].

El artículo 2 del estatuto de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación estableció como fin de la institución "el estudio del Derecho y mantener relaciones científicas con la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, especialmente canjeando las obras jurídicas que se publiquen y

(1) Cfr. PULIDO FERNÁNDEZ, Ángel. *Biografía del Excelentísimo Señor D. José Maluquer y Salvador*. Consejero delegado del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1924, p. 43.

trasmitiéndose recíprocamente cuantas noticias y datos juzguen de interés para el desarrollo de los estudios jurídicos".

Llamo la atención sobre el establecimiento de dicha Academia, cuya instalación se produjo el 6 de enero de 1890, según lo establecido en la Primera Disposición Transitoria de su estatuto, especialmente por el hecho de que, el 18 de diciembre de 1890, se celebró en Madrid una sesión solemne de esta corporación para "conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de México y del Perú". Existe, por cierto, una publicación de esta Real Academia, aparecida en 1891, que incluye los discursos pronunciados en ese acto y cuyo hallazgo –es deber ineludible mencionarlo–, se debe a la acuciosidad e interés por todo lo hispanoamericano, de nuestro querido y buen amigo el profesor don José María Castán Vázquez, ilustre Académico de Número de esta corporación[(2)].

El profesor Castán dedica varias líneas a dicho acto, con mención expresa de quienes intervinieron en él, en su estudio titulado "El 98 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", y en una nota a pie de página remite a la referida publicación[(3)].

De ese acto, que fue presidido por don Antonio María Fabié y Escudero, Ministro de Ultramar, siendo Presidente de la Real Academia don Vicente Romano Girón, podrían referirse muchos detalles relevantes y hasta alguno anecdótico como el hecho de que en el texto aparece que la sesión se inició a las nueve y media de la noche y concluyó a las once y veinte. (Como lo expresé en un acto semejante a este realizado en la ciudad de México al que me referiré después, felizmente, hasta donde llega mi conocimiento, esta singular práctica horaria para el inicio y terminación de las sesiones académicas ordinarias o extraordinarias no la mantiene ninguna corporación).

Pero entre los detalles relevantes corresponde mencionar en primer término estas palabras del ilustre don José Maluquer y Salvador, en su calidad de Secretario de la Comisión de Relaciones Científicas con la América Española:

> "La histórica ciudad de los Reyes, en cuyos Tribunales se citan aún con autoridad legal Las Partidas, cuyo ilustre Colegio de Abogados, fue una gloriosa fundación de un Rey español, y en la que se alberga una sociedad

(2) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sesión celebrada el 26 de diciembre de 1890 para conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de México y del Perú. Presidencia del Excmo. Sr. D. Antonio María Fabié, Ministro de Ultramar. Madrid. Tipografía de Manuel G. Hernández. 1891.

(3) El 98 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, p. 7 (separata).

> que se afana por conservar inalterables los rasgos más característicos del pueblo castellano, parecía destinada a servir de asilo a una de las primeras Academias correspondientes a la Real de Jurisprudencia de Madrid. Los que examinen el movimiento jurídico contemporáneo en el Perú no podrán desconocer la historia de la constitución de dicha Academia, obra iniciada por el distinguido jurisconsulto D. Juan Luna y el reputado catedrático y publicista D. Miguel Antonio de la Lama, y a la que puso brillante epílogo con su discurso inaugural el doctor Arenas, que había aquilatado sus aptitudes presidenciales al dirigir los debates del importantísimo congreso de jurisconsultos sudamericanos, reunido en Lima el año 1878. Allí, como en Méjico, quiso el gobierno acogerse a aquella manifestación de simpatía a España, y la Academia se enteró con el más profundo reconocimiento de que a la inauguración había asistido, acompañado de sus ministros, el que era entonces Presidente de la República, el Ilustre General Cáceres"(4).

Y concluyó su intervención señalando lo siguiente:

> "Al finalizar el siglo pasado, las relaciones de España y gran parte de América eran más políticas que sociales. Creo que todos los concurrentes a esta sesión estaremos de acuerdo en hacer votos sinceros para que al terminar el siglo actual, con ser los vínculos entre nuestra patria y las Repúblicas hispanoamericanas tan cordiales como permite su condición de Estados independientes, lo sean aún más los que existan en las restantes esferas de la vida, siendo tan íntimos que se haga innecesario concluir, por ser idea que halla extendido culto, el monumento a la fraternidad de América y de España que iniciaron Bolívar y el general español Morillo el año 1820, en la pequeña villa de Santa Ana (Venezuela), cuando los que habían combatido en los campos de batalla se abrazaron por vez primera como hermanos, reconociendo los lazos indestructibles que creó la naturaleza y ha desenvuelto la historia"(5).

Permítaseme aquí una digresión y mencionar el hecho de que al transcribir estas líneas que acabo de leer, mientras elaboraba esta presentación, me vino a la memoria lo que dice el notabilísimo poeta nicaragüense Pablo Antonio Cuadra(6) cuando escribe:

(4) Ob. cit., en nota 2, p. 7.
(5) Ob. cit., en nota 2, p. 8.
(6) *Entre la cruz y la espada*. Colección Hispano-Americana, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, p. 10.

> "Somos Hispanoamérica. Cristianoamérica. El contenido de una historia sagrada. De una historia que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido natal, en rutas y sangres, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha. Como una cruzada. Como los mismos Andes, que en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur".

Finalmente, a propósito de ese acto conmemorativo de diciembre de 1890, quiero recordar estas palabras del General Vicente Riva Palacio y Guerrero, Ministro de México en España, quien intervino en el acto en representación de su país(7):

> "Acertado consejo y sabio acuerdo ha sido el de la creación de las Academias correspondientes de la de Jurisprudencia en América. El cristianismo proclamó y asentó la fraternidad humana; la democracia, sobre todo en el Nuevo Mundo, ha consignado la igualdad de todos los hombres ante la ley, pero ante la ciencia no es posible reconocer esa igualdad. Darwin dice que, dado un tipo anatómico, cada hombre es una anomalía, y ampliando ese principio podemos decir que todas las naciones tienen distinto modo de ser y de sentir; que existe una idiosincrasia nacional, como hay una idiosincrasia individual; y establecidos los centros científicos y el cambio de estudios y de conocimientos entre México y España, los resultados deben ser de grande utilidad para la ciencia, como lo es el establecimiento de observatorios astronómicos en puntos muy separados para la observancia de los grandes fenómenos celestes. (…)
>
> El estudio que las Academias hagan relativamente de las instituciones y de la legislación de los diferentes países en que estén establecidas, tiene que ser de trascendentalísima importancia. Todas ellas cuentan en su seno con eminentes jurisconsultos, y el cambio de sus estudios y el imparcial examen de ellos en todo lo que se refiere a la legislación de cada pueblo producirá fecundos resultados, no porque yo crea que una ley, aun cuando sea muy acertada, puede aplicarse a cualquier pueblo, sino porque la comparación producirá la luz".

Y concluyó diciendo:

(7) Ob. cit., en nota 2, pp. 31-33.

> "(...) quisiera al cerrar mi discurso poder escribir con letras de oro en el recinto en que celebráis vuestras sesiones aquellas palabras de la Escritura: ***Sapientia aedificavit sibi domun***"[8].

Desafortunadamente, la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación se sumió en el letargo hacia 1906 –hasta donde llega nuestro conocimiento–, pues corresponden a ese año las últimas noticias sobre sus actividades[9].

Cuando en junio del año 2010 asumió la presidencia de nuestra corporación el doctor Domingo García Belaunde, cuya directiva tuve el honor de integrar como Secretario-Tesorero, una de sus principales preocupaciones, como ha dejado constancia en su última Memoria de mayo de 2012, a propósito de la incorporación de miembros extranjeros a nuestra Academia, fue la de materializar el ingreso de juristas foráneos de notables dimensiones que conocen lo nuestro y que están muy vinculados a nosotros. García Belaunde sostiene con absoluto acierto que "una Academia que tiene Académicos honorarios de relieve es algo que la privilegia, sin lugar a dudas".

Estas ideas inspiraron el texto del nuevo estatuto de nuestra Academia aprobado en la sesión del Pleno de académicos del 13 de junio de 2011, en el que se prevé que, cuando medien razones que lo imposibiliten, ya no es necesario –como sí lo exigía el estatuto anterior, sin considerar excepción alguna– que los juristas foráneos designados como académicos honorarios tengan que viajar a Lima para leer un discurso preparado al efecto y formalizar así su incorporación.

En mérito al nuevo sistema, se ha ofrecido la posibilidad de que sean más bien directivos de nuestra Academia quienes realicen el viaje a otros países con tal propósito. Así ocurrió, como lo recordarán ustedes, en febrero del año pasado cuando el día 20, en esta misma sala, en compañía del Presidente Domingo García Belaunde, participamos en la ceremonia que presidió don Landelino Lavilla Alsina, en la que se incorporó como académicos honorarios a los profesores Eduardo García de Enterría, José María Castán Vázquez y Francisco Fernández Segado.

---

(8) "La sabiduría edificó para sí una morada". Estas palabras están contenidas en el libro de Proverbios, capítulo 9, versículo 1.

(9) En la columna "Hace un siglo" incluida en la edición del diario *El Comercio* de Lima del 3 de septiembre de 2006, se da cuenta de una noticia aparecida en ese diario el 3 de septiembre de 1906, informando que "el 24 de agosto último se reunieron los miembros de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Española, bajo la presidencia del señor Alberto Elmore. Fueron designados nuevos miembros de número los doctores Manuel L. Castellanos, Ricardo Ortiz de Zevallos, Ramón Ribeyro, Francisco J. Eguiguren, Nicanor León, Estanislao Pardo Figueroa, Manuel M. Gálvez, José S. Cavero, Guillermo A. Seoane, Rafael Villanueva, Juan José Calle, Isaac Alzamora, Alejandro Arenas, Mariano M. Valcárcel, Javier Prado y Enrique de la Riva Agüero".

De la misma manera, en abril de 2012, concurrimos en compañía del Presidente García Belaunde al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM) en Ciudad de México, para incorporar como académicos honorarios a los ilustres profesores Héctor Fiz-Zamudio, Diego Valadés y Jorge Carpizo. Debido a que pocos días antes del acto se produjo el sensible fallecimiento del profesor Carpizo, quien oportunamente había aceptado su designación y cumplido con todos los requisitos exigidos para adquirir la calidad de académico honorario de la Academia Peruana, faltando solo la entrega de la medalla y el diploma correspondientes, estos fueron recibidos por su hermano, don Carlos Carpizo.

Precisamente, a propósito de este acto realizado en Ciudad de México, tengo la satisfacción de anunciar la reciente aparición, en enero de este año, de un pequeño libro que lleva el título de *Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo* y *Diego Valadés*, que reúne los diversos discursos pronunciados en esa oportunidad. Esta publicación ha sido hecha por la Academia Peruana de Derecho con el apoyo de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM).

Concluida la lectura de estas palabras, me complacerá, señor Presidente, hacerle entrega, lo mismo que al señor Secretario General, de un ejemplar de este libro. Haré llegar otro para la biblioteca de esta Real Academia.

Este acto que hoy nos congrega sigue precisamente la pauta de los mencionados de Madrid y Ciudad de México realizados en 2012.

La designación como académicos honorarios de la Academia Peruana de Derecho de los distinguidos profesores Jesús González Pérez –a propuesta del entonces Presidente García Belaunde– y Jesús López Medel –a propuesta mía–, se produjo en la sesión del Pleno de académicos realizada el 17 de mayo de 2012, la última de su mandato. El acuerdo correspondiente fue adoptado por unanimidad.

Excedería los límites de esta intervención referirme con detalle a la extensísima hoja de vida de cada uno de los académicos designados, siendo por demás conocidas sus relevantes calidades personales, académicas y profesionales y su vastísima producción bibliográfica.

Me circunscribiré por ello a hacer referencia solo a unos pocos aspectos de su intensa actividad académica y profesional que me parecen especialmente significativos.

El profesor Jesús González Pérez, catedrático de Derecho Administrativo, doctor en Derecho y doctor en Ciencias Políticas, ambos por la Universidad

Complutense de Madrid, Registrador de la Propiedad y Académico de Número de esta corporación y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, es un eminente cultor de los Derechos Administrativo, Procesal Administrativo y Urbanístico. A propósito de sus obras, corresponde destacar sus *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, su *Manual de procedimiento administrativo*, sus *Comentarios a la Ley de Régimen del suelo y valoraciones* y, entre las que ha publicado en México, su *Derecho administrativo procesal federal*. No obstante, no puedo dejar de mencionar mi especial afecto y predilección por su libro *La dignidad de la persona*, del cual conservo, en un lugar privilegiado de mi biblioteca, un ejemplar que incluye una muy apreciada dedicatoria. Su labor académica lo ha llevado al Perú, entre otros países hispanoamericanos, y la Revista peruana de Derecho Público lo cuenta entre sus distinguidos colaboradores.

Por su parte, el profesor Jesús López Medel, profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid entre 1953 y 1976, es también doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Registrador de la Propiedad, integrante del Cuerpo Jurídico del Aire, donde alcanzó el grado de General Consejero Togado, y Académico de Número de las Academias Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia y de Doctores –de la que es Vicepresidente de la Sección de Derecho– y Correspondiente de esta Real Academia. El profesor López Medel es un reconocido cultor de la filosofía, la teoría general del Derecho, el Derecho Hipotecario y la sociología educativa. Entre sus obras jurídicas destaco su *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, así como *El pensamiento jurídico de Ortega* y *Miguel Servet en el Derecho Natural Cristiano de la Reforma*. A propósito de sus visitas al Perú debo mencionar especialmente sus participaciones como ponente en el congreso internacional realizado en la Universidad de Lima a propósito de la reforma del Código Civil peruano de 1984 y como ponente general en el XII Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral de 1997. Vinculado con él, me complace especialmente recordar mi intervención como uno entre noventa colaboradores en el libro homenaje que con justicia y afecto se le dedicó y que fue publicado en 1999 en dos tomos por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Me parece oportuno recordar en este momento las siguientes palabras del profesor García Belaunde en el acto realizado en febrero de 2012, al que ya me referí y que corresponde repetir ahora textualmente:

> "Lo que ha decidido el nombramiento de estos queridos colegas como académicos honorarios de nuestra corporación, no solo es el propio valor de su obra y la calidad personal que ostentan, sino sobre todo, la cercanía con lo nuestro. Es obvio que el valor de una obra, por más respetable

> que sea, no puede ser el único criterio válido para propiciar incorporaciones académicas. Es necesaria también una relación con nuestra tierra, con nuestras gentes y con nuestras preocupaciones culturales, que los profesores antes mencionados representan con largueza"

Los profesores López Medel y González Pérez son un ejemplo vivo de una acendrada vocación por el Derecho al que han entregado con devoción y generosidad buena parte de su felizmente larga y fecunda existencia.

A don Ramón Serrano Suñer pertenecen estas reflexiones que leo seguidamente y que encuentro especialmente apropiadas para una ocasión tan grata como esta que nos convoca:

> "Pienso que avanzar en el camino de la vida, procurando que esta sea para nosotros algo más que una acumulación de años sin posibilidad de elevación sobre las posiciones de origen, sobre viejos prejuicios o arrastres dogmáticos, es el empeño normal de un hombre vivo y honrado. En lo pequeño como en lo no tan pequeño, hay que perseguir siempre esa elevación, buscando las vivencias auténticas y sin ceder a la tentación esclavizante al publicitarismo o a otras tentaciones peores. Se trata de dar fe de unas vocaciones entendidas no como vanidad ni como provecho sino, ante todo, como vocación real, es decir, como vida dotada de sentido. Es un placer del espíritu sentirse independiente, sincero, con alguna seguridad sobre la idea permanente de la inseguridad de las posiciones humanas, viviendo hacia dentro que es donde habita la verdad"[10].

Precisamente en este sentido, como justo homenaje a la persona y a la obra de los ilustres profesores González Pérez y López Medel, a su honestidad intelectual, a sus indeclinables creencias, a sus firmes convicciones y, *last but not least*, a su vinculación con el Perú, la Academia Peruana de Derecho se complace vivamente y yo también con ella, terminada la lectura de estas palabras y con su venia, apreciado señor Presidente, en imponerles las medallas y entregarles los diplomas que acreditan su condición de académicos honorarios de la Academia Peruana de Derecho.

Nada más.

(10) SERRANO SUÑER, Ramón. "De la justicia". En el diario *ABC* de Madrid, edición del 7 de setiembre de 1982, p. 11.

DISCURSO DEL RECIPIENDARIO
DR. JESÚS LÓPEZ MEDEL

GUERRA DE LA INDEPENDENCIA
Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812

I. ANTECEDENTES BIBLIOGRÁFICOS

Al redactar el texto que sigue no puedo dejar de lado la conmemoración o conmemoraciones centenarias[1], que se ha celebrado en toda España y en sus Comunidades Autónomas. Hay una extensa literatura histórico-jurídica, militar, política, religiosa y sociológica. Lo que supone, de momento, una cierta dificultad. Aunque al propio tiempo represente la posibilidad de disponer de una documentación, ambientación o información más rica.

El tema, en principio, habría de circunscribirse a la Constitución de 1812, como instrumento normativo, liberal-conservador, para unos, y revolucionario-progresista, para otros. Por ello, al menos en esta introducción, me ha parecido oportuno hacer breves referencias bibliográficas y orientadoras, que pueden

(1) Marzo de 2009. Y ya anticipo algunos textos, que muestran una policromía o especialidad. CASTAÑO, V. Franco. *La Real Armada y su Infantería de Marina en la Guerra de la Independencia*. 2008, FERNÁNDEZ PEÓN. *Religión y Milicia*. Murcia, 2008, en donde se recuerda a la Virgen del Pilar, como capitana de la tropa aragonesa, y a la que se dedica, en 1909, una placa en la basílica de Zaragoza, aunque en la otra se subrayan los efectos de la religión castrense respecto a Santiago y España. También, v. la conferencia de BLANCO GARCÍA. *Palafox, humanizado*. Casa de Aragón en Madrid, 16/12/2008. El aspecto militar fue resaltado por el General Alejandre, en la conferencia *Las FAS entre la Guerra de Independencia y el siglo XXI*, Asociación Española de Militares Escritores, de 06/04/2009.

explicar mejor el cometido sobre ese primer texto constitucional, discutido en plena contienda de la Guerra de la Independencia, iniciada en 1808, aprobada en 1812, al constituirse las Cortes de Cádiz. En 1814, termina la Guerra de la Independencia. Pocos meses después, tras la victoria contra los franceses, sería derogada, según Decreto-Ley, por el rey repuesto, Fernando VII. Con no disimulados enfados e irritaciones.

II. LOS ANIVERSARIOS TEMIBLES

Los aspectos cronológicos, y los contradictorios, de carácter ideológico, no fueron algo accidental. Por ejemplo, se dieron en el egregio Francisco de Goya(2), del cual Gerard Defour, desvela que "su comportamiento durante la invasión francesa estuvo tan lejos del heroísmo patriótico como del afrancesamiento".

Algo que el historiador y jesuita Fernando García de Cortázar, también apuntó(3), en cuanto a la complejidad del origen y desarrollo y desenlace de la Guerra de la Independencia, y aun de la propia conmemoración bicentenaria. Cortázar había sido uno de los artífices y portavoces de la conmemoración del evento, y creador de una fundación al respecto, y afirma:

> "Los aniversarios son temibles, pero al mismo tiempo pueden servirnos para mirar cara a cara el pasado y no quedarnos prisioneros del mismo (...). La historia se convierte en una especie de partera de la nación. De ahí que los historiadores seamos considerados sujetos peligrosos e indeseables por aquellos que hoy desean hacerse con una patria nueva, por aquellos que se esfuerzan en inventar una memoria separada y enfrentada a España, una memoria que reescribe su idea de nación con los renglones torcidos del mito, del odio, de la animosidad, de la diferencia. A los nacionalistas no les interesa, en absoluto, conmemorar la Guerra de la Independencia, que fue la que a un pueblo, aparentemente disperso, lo transformó en comunidad nacional por el calor y la exaltación de su respuesta unánime al extranjero".

(2) En "Goya durante la Guerra de la Independencia", Madrid, 2008, comentada por Ribot, en *ABC Cultural*, de 04/12/2008.

(3) "Las razones de un bicentenario", conferencia en el Casino de Madrid, ciclo "1808-La tragedia". V., asimismo, en el mismo, ALVAR ALFREDO, "Madrid antes de 1808" (V. revista "Casino de Madrid", N° 54, de 2008. Idem, la de "Emilio de Diego", y "Napoleón en Chamartín".

III. VARIEDAD DE REPRESENTACIONES Y VACÍO DE PODER

Me quedo, como idea básica en este punto, con que "los aniversarios son temibles", en el sentido de contradictorios o problemáticos. De una manera singular por las circunstancias de las ópticas y actitudes que se mezclan en la conmemoración, en la que pululan aspectos polémicos o poliédricos. Anoto algunos para comprender mejor la misma variedad que se va a producir en la elaboración, desarrollo y aprobación de la Constitución de 1812, en tanto en cuanto –y me interesa ya apuntarlo– mi preocupación investigadora –aparte de la hermenéutica jurídica del texto– es atisbar cómo y por qué se elabora de manera constituyente inédita en España. O las "fuerzas" comisionadas que las "representaron". Siendo así que la Constitución fue obra –ya lo anticipamos aquí–fruto de la aristocracia de una parte del clero y del pueblo español, como lo había sido inicialmente el levantamiento, de salvación y de unidad.

Se da el caso de que es en Asturias en donde antes del 1 de mayo, de Móstoles, ya se lanzaron ideas sobre organismos, como "la Armada asturiana", de la que habló el historiador Martínez-Radio Garrido(4). En la revista *Ilustración de Madrid*, hemos tenido la oportunidad de ver transcrito el documento "Declaración de guerra a la Francia de Napoleón", dada el 14 de noviembre de 1808, por el Conde de Floridablanca.

Vino a ser una advertencia formal para legitimar los llamamientos a la insurrección que van haciéndose en las distintas provincias, y que se remiten a la Junta Central, con el efecto, por tanto, al mismo tiempo, de un acto bélico con todas sus consecuencias, y a la vez, con sus propias limitaciones. (Aquí hacemos una referencia genérica a efectos biográficos, a la obra que la "Asociación Española de Escritores Militares" tiene encomendada por una editorial, que se terminará a finales del presente año).

Junto a lo militar, está también lo eclesial(5). Recordar, con las notas, que es un eclesiástico, Juan A. Vera Delgado, por la gracia de Dios y de la Santa Sede

(4) FUNDAMU, Conferencia sobre *La Armada Asturiana en la ocupación francesa*, 2008. V., ídem, trabajo de Carmen Cayetano Martin, p. 19, revista citada, Nº 10, 2008-2009. Otro tema: la escasa adjetivación "militar" de la Guerra: Alonso Vazquez explicó que los avatares previos de la reunión de El Escorial, el motín de Aranjuez, y la invasión-ocupación francesa, hicieron que los militares tuviesen indecisión respecto al lado de quién seguir y obedecer, dado además que un sistema de alianzas entre ingleses, franceses, portugueses y polacos, no hacían fácil una opción. El pueblo no quiso esperar. Al propio Palafox lo lanzó el pueblo aragonés, siguiendo al tío Pepe. Había un "vacío de poder", al principio, que afectó a los mandos militares y a otros sectores.

(5) V. CONDE MORA, Francisco G. "El eclesiástico que convocó las Cortes de 1810". En: *Revista Aportes*. Nº 3, 2006, p. 4 y ss. Sobre los aspectos religiosos, v. "El Santo Cristo de la Cama en el

Apostólica, Arzobispo, Obispo de Cádiz-Algeciras, Arzobispo de Laodicea, y presidente de la Juan Central, quien convoca las Cortes de 1810. Y es otro eclesiástico, el obispo de Orense, quien no asistirá a la última sesión, ni firmará el acta de aprobación de la Constitución, ni la jurará por entender que la soberanía nacional era contrapuesta a la soberanía regia, idea que tomaría nuestro Fernando VII.

He tenido la oportunidad de conocer algunas publicaciones sobre la sanidad militar en la Guerra de la Independencia, con trabajos de médicos militares. De entre ellos cito a Luis Alfonso Arcarazo García, autor de la obra *La asistencia sanitaria en Zaragoza durante la Guerra de la Independencia Española 1808-1814*(6). Es interesante, no solamente por los datos estrictamente técnico-sanitarios castrenses, sino porque explica el planteamiento y diferenciación de las formas de operar en la parte de los "sublevados", con graves dificultades personales y medios, desde la venida de la M. Rafols, de Cataluña, con diez religiosas de Santa Ana, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia, la destrucción de este, los núcleos de atención en el Colegio de PP. Escolapios y en la misma Basílica del Pilar.

Mientras que en los franceses hay un verdadero despliegue sanitario, que no es de citar aquí, se puede apuntar que por primera vez, en una guerra, se usa, o se inventa, la ambulancia, como "primera institución sanitaria", como así lo entiende el Dr. Flores Tascón. Y subrayar cómo, en la zona de los sublevados, se dio una conexión natural de los médicos y elementos sanitarios civiles y religiosos, con su celo, patriotismo y compenetración, prestaron un gran servicio a las guerrillas(7), con una atención primaria muy interesante, que compensó la falta de elementos organizadores de altos vuelos.

De esa variedad de fuentes bibliográficas, se resalta unánimemente que el pueblo-pueblo español, en sus diferentes expresiones y estamentos, es el que

rescate de los Sitios de Zaragoza". En: *Revista El Pilar*, febrero de 2009. Una mina explotó en el convento de Franciscanos, hoy Diputación Provincial, de Zaragoza, el 10/02/1809, en el segundo sitio, y asimismo, CORONA, Carlos. *Precedentes ideológicos de la Guerra de la Independencia*. Zaragoza, 1959.

(6) Publicada por la Institución Fernando el Católico, 2004, especialmente páginas 213 y ss. V., igualmente, GÓMEZ RODRÍGUEZ, "Asistencia sanitaria en la Guerra de la Independencia", conferencia en la Real Academia de Doctores, Madrid, 11-3-2009.

(7) El General CASINELLO dictó una conferencia en el CEU, sobre "Las guerrillas en la Guerra de la Independencia". Feliciano Barrios ingresó en la Real Academia de la Historia, con un discurso sobre "España 1808. El gobierno de la Monarquía", que arranca con la abdicación de Carlos IV, el día 9-3-1808. La llegada de los borbones produce grandes cambios en la estructura, especialmente el Consejo de Castilla. Escudero López habla del siglo XIX, como ejemplo de paradigma y contradicciones. Cita a Ortega y Gasset: "Lo que nos pasa a los españoles es que no sabemos lo que nos pasa, y eso es lo que nos pasa" ("los reyes abdican cuando quieren reinar, y luego abdican de haber abdicado").

predominó, pese a la escasa cultura, a la hora de engarzar las diferentes Juntas Provinciales, con la Junta Central, de la que van a situarse, y no siempre representativamente, o con elementos extraños, en los órganos prelegislativos y comisionados[8] para redactar la Constitución de 1812.

IV. DEL "VACÍO DE PODER" A LA UNIDAD Y SU LEGITIMACIÓN

En la sublevación española ante los franceses, no existió, en los primeros momentos, el asomo o atisbo de culminarla con una Constitución, máxime no habiendo terminado la Guerra. Lo que se interesó, hasta el año de 1812, había sido la respuesta por la fuerza, la movilización del pueblo español, de conseguir la independencia de los franceses. Se dejó para más adelante la restauración en el trono de Fernando VII. Se fluctuaba entre la fórmula de Regencia o la Restauración plena. El empuje del pueblo dejó para un lado discusiones intelectuales que habían precedido a la guerra, y que, además, desgraciadamente, no terminarían con ella.

En mayor o menor medida, a través de las comisiones al respecto y de las Juntas, provinciales y Central, se trataba de lograr una representatividad que no es propiamente orgánica ni institucional. Más bien sectores, o estamentos, o personajes concretos muy variados. El trabajo de Ramón Peral[9] servirá de referencia. Pero, antes, expondré unas ideas que ambientarán mejor la cuestión.

En toda Constitución hay siempre unas circunstancias fácticas, de hecho, que explican, justifican o limitan el alcance o incluso la viabilidad de su propia normativa.

En la de Cádiz, está dibujado anteriormente el cuadro multiforme, que no anula la raíz del "alzamiento", su "sublevación" o "expresión de soberanía popular". En el Estatuto de Bayona, de 8 de julio de 1808, se consumó normativamente la cesión de la Corona de España, realizada por la familia borbona a favor de Napoleón Bonaparte, quien la entrega a su hermano José, como pretexto para invadir Portugal, aliada con Inglaterra, frente a Francia. Se mezcla en la visión de Peralta la crisis dinástica: en Asturias se organizaron ya en mayo Juntas de

(8) "Diputados de Ultramar en las Cortes de Cádiz", fue el tema desarrollado en la "Tertulia Natalio Rivas", del Casino de Madrid, por la Dra. Garcia-Miarnda y Rivas.

(9) PERAL, Ramón. "Juntas de 1808". En: *Revista Razón y fe*. Nº 149, p. 319 y ss.; CASO GONZÁLEZ, José Miguel. Estudió el título preliminar y notas de Jovellanos, en: *Memoria en defensa de la Junta Central*, 1992.

"españoles libres". La Junta de Cataluña reclutó un ejército de 40.000 hombres, rechazando su anexión a Francia. Los vascos de los territorios de Alava, Vizcaya y Guipuzcoa lanzan una proclama conjunta –hoy asombraría su texto–, que invita a aragoneses, valencianos, andaluces, gallegos y castellanos, a la unidad "(…) no os llaméis sino españoles".

Otro dato está en que, ausente la familia real, las Juntas llenan un vacío de poder". Y la "legitimidad", ante lo que se entendió "secuestro de España", es invocada por las Juntas elegidas por aclamación, y con urgencia. Era el "puente" hacia una nueva realidad política, diferente del despotismo ministerial borbónico. La antigua Constitución hispánica de gobierno de la monarquía moderada, más coherente con la irrupción de la libertad, se convertiría en el nuevo horizonte que se materializará en la primera Constitución española.

V. FENOMENOLOGÍA IUSFILOSÓFICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812

Antes de adentrarnos en su análisis, y vistos estos antecedentes, subrayamos estos aspectos previos, que son propios de toda "Carta Magna":

1. Abstracción y concreción

En toda Norma Fundamental se da, con mayor frecuencia e intensidad que en las normas meramente civiles, penales o administrativas, esa duplicidad de aspectos: la abstracción y/o la concreción[10]. Y bajo esa perspectiva, hay que entender los efectos, y la naturaleza de muchos de sus aspectos. Lo cual en ocasiones explica sus contradicciones, su temporalidad, o la desviación de sus efectos.

2. Retórica y normativismo

Otra reflexión previa la encontramos en descubrir, valorar o criticar lo que hubiese de retórica, o de pragmatismo normativista. A veces, se entremezclan en el mismo texto. Responden a momentos diferentes. O simplemente, representan la voluntad política de un quehacer, con vistas hacia el futuro. (El Fuero del Trabajo de 1937, también en plena Guerra Civil, tendría cierta sintonía con la Constitución de Cádiz de 1812, aún no terminada la contienda).

(10) GIBERT, V. Rafael. *Historia General del Derecho español*. Madrid, 1981.

3. Normas puras, o sin contenido en valores

Naturalmente Kelsen no había publicado en aquel tiempo su magna obra *Teoría pura del Derecho*(11), cuya raíz estaba en la necesidad de una desideologización de las ciencias jurídicas. Por entender que los valores o ideales de signo ético, moral, patriótico, político, o sentimental, habían de quedar fuera de las Constituciones. Como luego veremos, la Constitución de 1812, especialmente el Discurso Preliminar de 24/11/1811, no está ajena a esta "traducción" o "trasvase" de sentimientos o ideales, que se manifestarán, por ejemplo, en los temas religiosos, o castrenses. Lo que no quiere decir que careciese de preceptos, con grandes efectos en la forma de contemplar una sociedad civil y política, con expresión de una valiosa experiencia para ulteriores desarrollos constitucionales.

4. Tendencias a la recopilación, y a la seguridad jurídica

Con independencia de los aspectos peculiares de la Guerra de la Independencia, no pueden desconocerse aquellos datos, o fenómenos, estrictamente normativos, propios de sus antecedentes del siglo XVIII, siglo de las luces, tardíamente consolidado en España. Es un tema que he de desarrollar(12). Aquí lo menciono en tanto en cuanto en la propia Constitución de 1812 hay cuestiones que suponen una respuesta –o lo intentan– partiendo del propio sistema o realidad jurídica: una tendencia a la recopilación de la anterior legislación, y, a su vez, respuesta de la codificación francesa. Una puesta a punto de la seguridad jurídica interterritorial, por sus aplicaciones especiales en la legislación general en determinadas zonas, comarcas, etc. Todo ello más los efectos específicos sobre la soberanía nacional –no es soberanía o "custodia monárquica"–, la desaparición de privilegios tanto del clero, como de la aristocracia y del Ejército, del Santo Oficio, entre otros, convirtiendo el hecho en Derecho(13).

(11) Traducida por Legaz Lacambra, 1933, y 2ª edición de la Editorial de Derecho Privado, 2009, con una presentación nuestra.

(12) En la obra *España en la encrucijada*, con prólogo de Velarde Fuertes, Plataforma 2003, Madrid, 2009.

(13) ALCALÁ GALIANO, V. *Índole de la Revolución en España en 1808*. Vol. II, Tomo LXXXIV de la BAE, O.E., p. 320 y ss. También el discurso de ingreso de Castan Vázquez, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 23/01/1984, sobre el tema "La influencia de la literatura española en la codificación americna", contestado por Hernández Gil.

VI. PROCESO CONSTITUYENTE

1. Características

El pueblo español, que había afirmado y defendido heroicamente[14] su soberanía y su voluntad inquebrantable de independencia, exigía un órgano representativo que encauzara sus impulsos. La variedad de situaciones bélicas y militares, que implicaba al tiempo una cierta confrontación interior –los "afrancesados" y los "defensores"– de los sitios de Zaragoza, han sido muy comentados. En uno y en otro, se preconizaba encontrar una fuerza común, no meramente estratégica, como era la coordinación de las Juntas Provinciales, con la Junta Central. Con el movimiento llamado "juntista", que apareció con ese nombre, casi espontáneamente, en Asturias, se trataba de lograr una operatividad, y de encauzar los impulsos, las ilusiones, e incluso los "intereses", en la búsqueda de algo común y de superior alcance. La Norma Electoral de la Junta Central del 1 de enero de 1810 convocaría las primeras elecciones generales para diputados constituyentes (Congreso) por sufragio electoral indirecto –uno de los tres primeros casos en el mundo, partiendo de los varones avecindados mayores de 25 años–. Con tres grados: parroquias, partidos judiciales y provincias. Un diputado en proporción al número de habitantes. En plena contienda se pudieron celebrar en la mayor parte del territorio español. Así llegaríamos al tercer texto constitucional escrito de Francia y Estados Unidos. Según Benedetto Croce, fueron los españoles los que inventaron el sentido político "liberal". No fue unánime ese desenlace de Constitución escrita, ya que Jovellanos era más partidario del texto no escrito, como el de Inglaterra[15].

Jovellanos falleció en febrero de 1811, y no llegó a conocer el texto constitucional, que no era plenamente consensuado. Sin una segunda Cámara, o Senado, los franceses seguían bombardeando Cádiz, y sin embargo el proyecto español

(14) V. PERALTA. "Las Juntas de 1808". En: *Revista Razón Española*, junio de 2008. Por otra parte, en la *Exposición de los Sitios de Zaragoza*, febrero de 2009, se refleja este aspecto, de una manera gráfica, con aportaciones de colecciones públicas y privadas: los Museos de Zaragoza, Prado, Naval, Ejército de Polonia, Inválidos de París, o Palacio de Versalles, entre otros. La Real Sociedad Aragonesa de Amigos del País hizo una reproducción, en 2008, de la "Colección de grabados sobre las ruinas de Zaragoza de 1808".

(15) Por cierto que José María Marco, en el prólogo a la obra de VILCHES, Jorge. *Liberales de 1808*. Madrid, 2008, recuerda la tentación de Jovellanos: "Yo no sigo un partido. Sigo la santa y justa causa que sostiene mi patria (…) no lidiamos como pretendéis, por el interés de los grandes de España. Lidiamos por los preciosos derechos de nuestro rey, nuestra religión, nuestra Constitución, y nuestra independencia".

terminó por inspirarse en una constitución "afrancesada"[16]. El Discurso Preliminar fue escrito por Arguelles. Pero no todos los participantes la aceptaron, y algunos como Álvarez Estrada y Antillón murieron en el exilio. Otros, como José Blanco, adoptaron como suya la lengua inglesa, y perdieron la fe cristiana. Predominó, pues, el grupo que se llamaría "Unión Liberal", germen del posterior Partido Liberal Conservador de Cánovas del Castillo.

Otras muchas peripecias, y orientaciones –en cierto modo sesgadas al papel liberal no conservador– eran el reflejo de actitudes parciales o de intereses peculiares. Intervinieron hispanoamericanos. Pero lo esencial, podríamos resumirlo, en la Nación, una centralización de lo burocrático, con fiscalidad común, un ejército nacional, y una cultura sin imposición alguna. Había otra rémora anterior precedente, que explicará una buena parte de este proceso constituyente.

2. El Estatuto de Bayona del 8 de julio de 1808

Como anota Ramón Sainz de Varanda[17], la usurpación napoleónica emana del Estatuto de Bayona de 1808, que empieza así:

> "En nombre de Dios Todopoderoso, don José Napoleón, por la Gracia de Dios, Rey de las Españas y de las Indias (...) decretamos la presente Constitución, como base del pacto para nuestros pueblos con Nos y a Nos".

Por su parte, el artículo primero, dentro del título primero, "de la religión", establece que "la Religión Católica, Apostólica y Romana en España y en todas las posesiones españolas será la Religión del Rey y de la Nación y no se permitirá ninguna otra". Recuerdo ese precepto, porque, curiosamente, la Revolución Francesa representó una de las más fuertes persecuciones religiosas en la historia de la Iglesia y era un dato vivo sobre la falacia que representó el Estatuto de Bayona, que en sí suponía la usurpación de España (artículo 2, sucesor a Napoleon, a través de su hermano José).

VII. CONVOCATORIA DE CORTES. DECRETO DEL 29 DE ENERO DE 1810

Lo hace el Rey y en su nombre, la Suprema Junta Central Gubernativa de España y de las Indias. Comienza por recordar la invasión del enemigo que "tan perfidiamente ha invadido y que con tan horrenda crueldad va desolando alguna

(16) ALONSO ,V. Miguel y RUBIO NÚÑEZ, R. *Fuentes para la historia del constitucionalismo español*. Universidad Complutense, 2006.

(17) En su obra *Colección de Leyes fundamentales*. Vol. I, Acribia, Zaragoza, 1957.

provincia. Arréglese con la debida deliberación, lo que más conveniente pareciese para dar firmeza y estabilidad a la Constitución y el orden, claridad y perfección a la legislación civil y criminal del Reino y a los diferentes ramos de la Administración Pública". Se trata de "reencontrar la autoridad real. Permitir elecciones a diputados a Cortes, concluir los trabajos de reforma, y en definitiva convocar elecciones generales a Cortes para el primer día de marzo. Se convocan individualmente a todos los arzobispos y obispos, y a todos los grandes de España que sean cabezas de familia y tengan más de 25 años (…)".

Se señala igualmente:

> "Las Proposiciones que hiciere a mi real nombre la Regencia a las Cortes, se examinarán, primero, en el estamento popular y si fueran aprobadas pasarán con un mensajero de Estado al estamento de dignidades… La Regencia sancionará las proposiciones si no hubieran graves razones de pública utilidad y graves inconvenientes y perjuicios".

También se señalan otras cautelas, acerca de su sanción: "Dado en la Real Isla de León, a 29 de enero de 1810".

VIII. LAS CORTES ASUMEN LA SOBERANÍA NACIONAL (DECRETO DE 24 DE SETIEMBRE DE 1810)

Lo firman el Presidente de las Cortes, Ramón Lázaro de León, y el Secretario, Evaristo Pérez de Castro, con fecha de 24 de septiembre de 1810.

Una vez celebradas las elecciones:

> "Los diputados que componen el Congreso y que representan a la Nación, se declaran legítimamente constituidos en Cortes Generales y extraordinarias y que reside en ellas la soberanía nacional".

Este es el primer párrafo, que tiene un sabor de "constituyente". A continuación,

> "proclaman y juran por su único Rey al señor don Fernando VII, declarando nula, sin ningún valor y efecto la cesión de la Corona que se dice hecha en favor de Napoleón, no solo por la violencia con que intervino en aquellos actos injustos e ilegales, sino, principalmente, por falta de consentimiento de la Nación".

No conviene que queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial: las Cortes se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión. Declaran que las personas en quienes delegaren el poder ejecutivo por

ausencia de nuestro legítimo rey, quedan responsables a la Nación por el tiempo de su administración.

Habilitan a los individuos del Consejo de Regencia para que con esta denominación, interinamente y hasta que las Cortes elijan el Gobierno que más convenga, ejerzan el poder ejecutivo.

La fórmula de reconocimiento y juramento que ha de hacer el Consejo de Regencias es la siguiente:

> "¿Reconocéis la soberanía de la Nación representada por los diputados de estas Cortes? ¿Juráis obedecer sus Decretos, Leyes y Constitución, que se establecen según los santos fines para que se han reunido y mandar observarlos y hacerlos ejecutar: conservar la independencia, libertad e integridad de la nación, la religión católica apostólica romana; el gobierno monárquico del Reino, restablecer en el Trono a nuestro amado Rey don Fernando VII de Borbón. ¿Y mirar en todo por el bien del Estado? Si así lo hicierais, que Dios os ayude, y si no, seréis responsables ante la Nación con arreglo a las Leyes".

Se confirma a todos los tribunales y Justicias del Rey para que continúen administrando justicia, según la Leyes. Así como a las autoridades civiles y militares.

Declaran que las personas de los diputados son inviolables.

El Decreto de 1810 tiene, pues, una fuerza restauradora del Monarca, con una fidelidad del pueblo, pese a las vicisitudes y altibajos monárquicos o regentistas en la elaboración de la Constitución. Respira un ambiente patriótico, de alta responsabilidad, y con un sentido casi pedagógico, persuasivo y esperanzador.

IX. DISCURSO PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN

Este texto[18], leído en las Cortes, al presentar el proyecto de Constitución, la Comisión nombrada al efecto, el 24 de diciembre de 1811, fue la base de todas las discusiones en la comisiones. Sus vicisitudes múltiples reflejan las propias de las tendencias, o las limitaciones de la representatividad. Los historiadores no juristas han hecho hincapié en ese discurso. Podríamos remitirnos bibliográficamente

(18) V. *La Constitución de 1812*, de Artola y Rafael Flaquer, en la Colección de *Las Constituciones españolas*, 2008.

a los textos, como los de Miguel Artola, Federico Suárez[19], y Tomás y Valiente[20], además del más reciente y citado de Jorge Vilches[21].

En términos generales recogió el sentir nacional, de reafirmación dinástica, y de reencuentro del pueblo español consigo mismo, de Norte a Sur, y de Este a Oeste de España. Sin ninguna excepción. Y con la policromía que derivaba de la propia sublevación frente a un invasor. Lo que no quiere decir que se plasmase exacta o plenamente en la Constitución. Quedaron sin desarrollar o aplicar algunos de sus preceptos, tal como ya anticipamos en los criterios orientadores y su problemática, y vienen a ser propio de todo proyecto constitucional.

El discurso es muy extenso y tiene una tabla de XCIX apartados, largos, retóricos, profusos y aun poéticos. Nos cabe subrayar algunos de ellos, en tanto en cuenta nos anticipan algunas cuestiones normativas, que luego se plasmarán en la Constitución.

Primeramente, se hace referencia al clima de desconfianza respecto al proyecto que se hace dentro de una contexto bélico, tratando de buscar el método y sistemática fundamental, en concordancia con lo "dispuesto en las leyes fundamentales de carácter normativo que rigen en Aragón, Navarra y Castilla", y que, con minuciosidad, va analizando, desde el Fuero Juzgo, los Fueros, los límites de las autoridades de cada uno de aquellos reinos[22]. Las Partidas, el Fuero Viejo, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, la Novísima Recopilación, etc. Hasta se recuerda que "los españoles fueron en tiempo de los godos una nación libre e independiente" (VII). Explica (VIII y ss.) la división de la Constitución en cuatro partes –como luego veremos–. Adelanto las razones de una división de poderes. Hace mención a los textos legales anteriores, por lo que el Rey participaba de algún modo de la autoridad legislativa, y que en la usurpación, por Napoleón del trono de España, se intentó establecer que "la Nación era una propiedad de la Familia Real, que arrancaba desde Bayona".

La proclamación sobre la religión católica (X) y sobre la Monarquía hereditaria y moderada por la ley fundamental (XI) debe determinarse con exactitud y precisión. Se formula la consideración de "ciudadano" para el español, con su "apreciable calidad" como tal (XIII). Aclara su representatividad en Cortes (XIV),

(19) V. *El proceso de convocatoria a Cortes*. Pamplona, 1982.

(20) V. su obra "Génesis de la Constitución". En: *Anuario Historia del Derecho*. Tomo LXV, 1995.

(21) "Liberales". Ob. cit., p. 246 y ss. También Guillermo Fatas, "Día grande y antiguo. 12 de octubre de 1808", comentando el primer asedio de Zaragoza.

(22) En Aragón, "Nos que valemos más que vos, e que juntos valemos más que vos, os juramos lealtad si vos juráis nuestros fueros y libertades, e que si no, non".

que no debe ser estamental (nobles, eclesiásticos, pueblo). Se busca la elección en condiciones de igualdad. Se alude a la dificultad de pruebas para acreditar la asistencia técnica de los brazos a las Cortes de la Nación, por la incertidumbre del origen, que se acercaba al sistema feudal (XIV).

A partir de este punto, hasta el XXII, se insiste en la problemática de esa representación –eclesiástica, universitaria, método para la Junta Central, remoción de obstáculos territoriales, renovación de diputados, trámites de discusión de leyes, su pronta ejecución, etc.

Del XXIII hasta el XXXI, se dedican a la monarquía, juramento del monarca, su responsabilidad, edad del sucesor, se crea el Príncipe de Asturias, sus fondos, distintos de los de la Nación, de los secretarios de Estado, de los consejeros de Estado permanentes. Del XXXII al XL, en adelante, se quieren asentar las bases de la "libertad política de los ciudadanos, y la estabilidad de las instituciones sociales, sujetas al suave yugo de la ley". Se resalta el Justicia Mayor de Aragón, se prevé y preanuncia un Código General, como base de seguridad jurídica. La reforma de la Administración de Justicia se confía a los propios jueces, y no solo a los cuerpos colegiados. "La potestad de aplicar leyes a los particulares no puede convertirse en instrumento de tiranía". Se alude a las causas de la mala administración de la Justicia, y quieren "evitarse los privilegios".

El XLI habla de la alteración en el fuero de los clérigos y de las autoridades civiles. Sobre los militares (XLII), se dice que "se ha creído indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas" y el papel de la ordenanza, conciliando el objeto de la institución militar y el respeto a las leyes y autoridades. "El soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de la Patria".

Del XLIII hasta el LXV, se dedican, con detalle, a los jueces, su responsabilidad, la igualdad de derechos, el Supremo Tribunal de la Justicia, la celeridad de los procesos, y su terminación, las "dilaciones", las relaciones entre los tribunales, limitación del arbitraje en los asuntos civiles, reforma del Código Penal, el juramento del reo, declarar el intolerable abuso de privar a un reo de su propiedad, que puede representar una vejación si además es arrestado. Separar a un mismo tiempo sobre el hecho y el derecho, y de ahí se rechaza del momento, el juicio de jurados.

El LXVI versa de los abusos en la suspensión en la aplicación de las leyes, que no podrá pasar sino de un plazo determinado. El LXVII se refiere a los ayuntamientos y provincias, en cuanto a sus prerrogativas y dirección de negocios sometidos siempre, sin privilegios, a las leyes. En el LXXIV se establece que "el

gobierno ha de vigilar escrupulosamente la observancia de las leyes. Este debe su primer cuidado, mas para mantener la paz y la tranquilidad de los pueblos, no se necesita introducirse a dirigir los intereses de los pueblos no necesita introducirse a dirigir los intereses de los particulares con providencias y actos de buen gobierno. El funesto empeño de sujetar todas las operaciones de la vida civil a reglamento y mandatos de autoridades, ha acarreado los mismos y aún mayores males que los que se intentaban evitar.

El LXXV protege "la libertad individual en el ejercicio de las facultades físicas y morales de cada particular, según su necesidad e inclinación".

A partir del LXXXIII, se abarca la materia económica y presupuestaria, en relación con cada provincia y en las ramas agricultura, comercio e industria, fijando responsabilidades; se elimina el sistema de aduanas, y la progresiva extinción de la deuda pública, y se fijan anualmente las contribuciones e impuestos, para el levantamiento de tropas de mar y tierra para la defensa interior y exterior del Estado (XC).

El servicio militar (XCII) es una contribución personal sobre los súbditos de un Estado, es gravosa y sagrada; tal es obligatoria, y de tiempo limitado. Organización, escuelas militares, progreso de los ejércitos. El Ejército permanente debe considerarse principalmente para la defensa de la patria, en los casos ordinarios de la guerra, de ofensas a la Nación. Una ordenanza especial por cada provincia. Un cuerpo de milicia especial proporcionado a su población haciendo compatible el servicio análogo a la institución, con las diversas ocupaciones en la vida civil, para asegurar su independencia exterior si fuese amenazada y su libertad interior de que atentase contra ella algún ambicioso (XCIII).

El XCV se refiere a la educación … formar verdaderos españoles … no confiar la enseñanza pública a manos mercenarias o genios limitados … Ciencias sagradas y morales … A las Cortes corresponde la aprobación de los planes de estudio. Libertad de ideas y pensamiento.

El XCVIII insiste en el principal carácter de una Constitución que ha de ser la estabilidad derivada de la solidez de sus principios. La experiencia es la única antorcha que pueda guiarla. El último XCIX es como una exhortación a:

> "La confianza en los principios de una Monarquía moderada con coherencia, sistema capaz de triunfar de las vicisitudes del tiempo y las pasiones. La ignorancia, el error y la malicia alzarán el grito contra este proyecto. Le calificarán de novador, de peligroso, de contrario a los intereses de la Nación y derechos del Rey. Mas sus esfuerzos serán inútiles, y sus impostores argumentos se desvanecerán como el humo al ver

demostrado hasta la evidencia que las bases de este proyecto han sido nuestros mayores verdaderas prácticas, axiomas reconocidos y santificados por la costumbre de muchos siglos (...) Dígale V.M. que en esta ley se contienen todos los elementos de su grandeza y prosperidad, y que si los generosos sentimientos de amor y lealtad a su inocente y adorado Rey la obligaron a alzarse para vengar el ultraje cometido contra su sagrada persona[23], hoy más que nunca debe redoblar sus esfuerzos para acelerar el suspirado momento de restituirle al Trono de sus mayores, que reposa majestuosamente sobre las bases sólidas desde una Constitución liberal".

X. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DEL 19 DE MARZO DE 1812

Entre el discurso preliminar, antes examinado, y tan sucintamente resumido, en las Cortes, y la presentación del proyecto de Constitución, han sucedido los avatares, propios de un proceso, durante el cual, España, seguía en pie, frente al invasor francés; lo que sirvió, sobre todo, para encauzar, estimular y orientar la confrontación. Si bien se partía de un objetivo común, y aun heroico[24] –la independencia y soberanía nacional— llevaba al tiempo, por un lado, lo liberal, y por otro, lo absolutista, lo laicista, y lo religioso, lo castrense y lo pacifista. Unos buenos propósitos. Dicho lo anterior, puede comprenderse las no pocas dificultades, y contrapuestos pareceres, desde lo que venía a ser una exposición de motivos, y declaración de buenas intenciones, y su concreción y fenómeno de abstracción, que ya se ha analizado anteriormente.

En un reciente estudio del académico Marti Mingarro, titulado *Paisajes y figuras del mundo jurídico del dos de mayo*[25], se pueden encontrar circunstancias, anécdotas, eventos sociológicos, políticos, intelectuales, y algunos más específicos, derivados de la propia participación de los abogados, que ayudan a describir el contorno español, en su conjunto y en sus particularidades. Incluso el proceso

(23) La redacción, retórica y patriótica, hoy, año 2009, se vuelve más serena y reposada, cuando se han creado las asociaciones y grupos españoles, franceses y polacos, que en este año –28 y 29 de febrero– han hecho una exhibición de simulacro de la rendición de Zaragoza, en el segundo sitio, participando el Estado Mayor Imperial. Granaderos y Fusileros de la Guardia Imperial. Regimiento de Infantería de Línea, Cazadores de Montaña, Aragonés de la Emperatriz, Segundo de Húsares, Marina y Legión Polaca del Vístula, entre otros. Tiene lugar por donde se abrió el frente que dividió a Zaragoza, en dos, hasta el puente de Piedra, arrojándose tres coronas al Ebro.

(24) Angela de Irisarri, en *La Artillera*, se refiera a "La heroinas de la Guerra de la Independencia en Zaragoza, y de una manera concreta a la M. Rafols. V- reportaje en el diario "Heraldo de Aragón", de 10/08/2008.

(25) En *Anales* de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2008.

doctrinal lo enlaza con el del siglo XVIII, al que nosotros prestaremos atención expresa en otro momento[26].

Es natural que el detalle, la altura, la vibración, y sentido pedagógico –a veces repetitivo de la "Declaración"– llevase a discusiones doctrinales, políticas, ideológicas, y aun teológicas. Con las suspicacias que pululaban por los estamentos de la nobleza, clero y pueblo. Y no digamos los de la Casa Regia, a la que se quería restaurar, con todas las dificultades y apremios. Lo que no siempre iba bien con las llamadas a la generosidad, la unidad de la Patria, la desaparición de privilegios. El concepto de ciudadano y de libertad política, sobre bases liberales, no enganchaba bien con la sobrevivencia o nostalgias en el pasado, pese a los recordatorios y el llamamiento a la Historia de España. También –hay que reconocerlo–, a la dificultad de traducir en un texto normativo lo que en muchos de aquellos puntos, efectivamente había que plasmar una determinada corriente ético-religiosa. Y pasar de una concepción del Derecho Natural abstracto, a lo concreto. El afán de recopilar o codificar no estaba demasiado maduro. Las urgencias del rey restituido Fernando VII, no se acompasaban con la realidad de una victoria del pueblo, y para el pueblo.

También en la obra citada de Jorge Vilches[27] abundan, con una buena estructura intelectual, pero acaso con apasionamiento y tendencia liberal, las singularidades y vicisitudes que van cualificando el "enfrentamiento" entre tradicionalistas y revolucionarios, liberales y absolutistas. Lo que siempre emana de criterios estrictamente jurídicos, que son los que, en nosotros, hemos querido predominasen. Por tanto, pasaremos, aunque con brevedad, al análisis y hermenéutica de la propia Constitución, que está dividida en Títulos, dentro de cada uno de ellos en capítulos, y a su vez en artículos.

Viene precedida de la clásica invocación "en nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Autor y Supremo Legislador de la Sociedad". Se recuerda a Fernando VII, "por la Gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia, y cautividad, la Regencia del reino", y dirigida a los que "vieren y entendieren". Después de un detenido examen de las Leyes Fundamentales de esta Monarquía, acompañada de las oportunas providencias y precauciones, señala el objetivo de "promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda Nación, decretan la Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado".

(26) En "Derecho y seguridad jurídica en el siglo XVIII", conferencia en el Casino de Madrid, en colaboración con la Real Academia de Doctores, el día 5 de mayo de 2009.

(27) Ob. cit., p. 257 y ss, "los enemigos del liberalismo".

1. Título Primero. "De la Nación Española y los Españoles"

Comprende el capítulo I, "de la Nación Española". El artículo 1: la nación española es reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. El artículo 2: la Nación es libre e independiente y no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona. El artículo 3: la soberanía reside esencialmente en la Nación. Y el artículo 4: la Nación está obligada por leyes justas a conservar y proteger la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de los individuos que la componen.

De otro lado, el Capítulo II define quiénes son españoles, por naturaleza y nacionalización (art. 5): Y hasta el 10, se señalan derechos y deberes: amor a la Patria como principal obligación, la fidelidad a la Constitución, obediencia a las leyes, respeto a las autoridades, contribuir en proporción a sus haberes a los gastos del Estado, y a defender a la Patria cuando fuese llamado. Y "asimismo a ser justos y benéficos".

2. El Título II. "Del territorio de las España, su religión y gobierno, de los ciudadanos españoles"

El capítulo I –arts. 10 a 11— habla de los territorios que comprendían las Españas, Península y posesiones de ultramar, remitiendo a una ley constitucional para una división más conveniente. El capítulo II tiene un solo artículo –"de la religión–", artículo 12: "La religión de la Nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica y Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra".

El capítulo III establece que "el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación", y que es una monarquía moderada. La potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey. La de ejecutarla, en el Rey; la de aplicarlas, a los tribunales. El capítulo IV se refiere a los ciudadanos, su obtención, su extinción y suspensión de derechos.

3. Otros títulos

El Título III –"de las Cortes"– dedica el capítulo I, al modo de formarse las Cortes (arts. 27-33); el II, sobre los nombramientos de los diputados (art.34); el III, a las Juntas Electorales de parroquia (arts. 35 a 58); el IV, de las Juntas Electorales de partido (arts. 59 a 77); el V, a las Juntas electorales de provincias (arts. 78 a 103); el VI, a la celebración de las Cortes (arts. 104-130), la renovación total será cada dos años); el VII, de las facultades de las Cortes (art. 131); el VIII, de la formación de las leyes y de la sanción real (arts. 132- 153); y IX, sobre la promulgación de las leyes (art. 154: publicada la ley en las Cortes se dará aviso al Rey para

que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne; y arts. 155-156). El X, de la Diputación Permanente de Cortes (arts. 157-160); el XI, de las Cortes extraordinarias (arts. 161-167): cuando vacare l Corona, cuando el Rey se imposibilita o quisiera abdicar, y en circunstancias críticas (arts. 161-167).

El Título IV, "del Rey". Con un capítulo I, "de la inviolabilidad del Rey y de su autoridad": el artículo 168: la persona del Rey es sagrada e inviolable; artículo 169: tratamiento de Majestad Católica. Artículo 170: potestad de ejecutar las leyes, autoridad para el orden público y seguridad del Estado según leyes. Artículo 171: competencias, entre ellas, la 8ª, sobre los Ejércitos y armadas, y nombramientos de generales, 9ª, disponer la Fuerza Armada distribuyéndola como mejor convenga. Artículo 172: restricciones de la autoridad del Rey, entre ellas, la 12ª: antes de contraer matrimonio, dar parte a las Cortes, para su consentimiento, y si no lo hiciere, entiende que abdica. Artículo 173: el juramento (muy extenso, y con imposición de algunas obligaciones éticas, sobre la propiedad de los ciudadanos si no lo cumple, que no deba ser desobedecido. Artículo 174 a 184, sobre la sucesión a la Corona. El capítulo III, de la menor edad del Rey de la Regencia (arts. 185-200). Capítulo IV (arts. 201-212), "de la Familia Real y del reconocimiento del Príncipe de Asturias". Capítulo V, "Dotación de la familia Real que se señalará por las Cortes (art. 213 a 221). Capítulo VI, de los secretarios de Estado y del despacho (arts. 222-230): serán siete, con un Reglamente por las Cortes. Capítulo VII, Consejo de Estado, artículos 231-241: serán cuarenta, de ellos cuatro eclesiásticos, nombrados por el Rey, a propuesta de las Cortes.

El Título V, "De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal". El Capítulo I, "de los Tribunales", artículos 242-279: potestad de aplicar las leyes, exclusivamente, sin otras funciones que juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, y siempre por Tribunal competente "determinado con anterioridad por la ley". Habrá un solo Tribunal Supremo. Capítulo II; "De la Administración de Justicia en lo civil", artículos 280-285: derecho a terminar las diferencias por jueces árbitros elegidos por ambas partes. El alcalde de cada pueblo, con dos hombres buenos. Capítulo III, "De la Administración de Justicia en lo criminal", artículo 286: proceso con brevedad y sin vicio, a fin de que los delitos sean prontamente castigados. Garantías del justiciable. En circunstancias extraordinarias, por la seguridad del Estado podrían suspenderse algunas garantías, decretadas por las Cortes y por tiempo limitado.

Título VI, "Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos", artículo 309 y ss: en cada pueblo, habrá un ayuntamiento, con un alcalde, nombrados por elecciones. Sus obligaciones: cuidar de todas las escuelas de primeras

lecturas y de los demás establecimientos de educación que se paguen con fondos del común. Promover ordenanzas de agricultura, industria y comercio. La inspección de los Ayuntamientos a cargo de la Diputación. Capítulo II, "Del gobierno político de las provincias y de las Diputaciones Provinciales", artículos 324-337: composición y funciones.

Título VII, "De las contribuciones", capítulo único, artículos 338-355: anualmente los establecerán las Cortes, sean generales (tales contribuciones), provinciales y municipales, y la derogación de las antiguas. Se repartirán por igual, sin privilegios. Tesorería General de la Nación y en cada provincia una Tesorería. Atención a la deuda pública como atención especial de las Cortes, y que se vaya progresivamente a su extinción.

Título VIII, "De la fuerza militar nacional", capítulo I, "de las tropas de continuo servicio", artículos 356-361. Habrá una fuerza militar permanente de tierra y mar para defensa del Estado y conservación del orden interior. Fijar anualmente, por las Cortes, el número necesario. Las Cortes establecerán las Ordenanzas, para disciplina, ascensos, etc. Escuelas Militares. No excusa de ningún español llamado a filas por la ley. Capítulo II, "De las Milicias Nacionales", artículos 362-365: en cada provincia, en proporción a su población. Una Ordenanza Especial. El servicio no será continuo[28].

Título IX, "De la instrucción pública", Capítulo único, artículos 366-371: en todos los pueblos, escuelas de primeras letras donde se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, el catecismo de la religión católica, y una breve exposición de las obligaciones civiles. Libertad de escribir, de imprimir, publicar ideas políticas, sin necesidad de licencia bajo las restricciones y responsabilidades de las leyes.

Título X, "De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella", capítulo único: todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución. Artículo 375: hasta pasados 8 años después de haber puesto en práctica la Constitución en todas sus partes, no se podrá proponer alteración, adición o reforma en ninguna de sus artículos. (La Diputación con poderes especiales). Con el art. 384 termina el texto articulado: una Diputación presentará el Decreto de Reforma al Rey para que le haga publicar y circular a todas las autoridades y pueblos de la Monarquía. Cádiz, dieciocho de marzo de 1812 (siguen las firmas de los diputados).

(28) En ley de 1908, se promulgaría la regulación de la oficialidad de Complemento, a la que se acogieron Javier García Pelayo, José Antonio Conde, Primo de Rivera y Francisco Mir, exalcalde de Melilla. V. nuestra obra *La Milicia Universitaria. Alféreces para la paz*. 3ª edición.

El Decreto CXXXVIII, de aquella, manda imprimir y publicar la Constitución de la Monarquía española, con la fórmula que la Regencia debe verificarlo:

> "Don Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía Española, Rey de las Españas y en su ausencia y cautividad, la Regencia del Reino, nombrada por las Cortes. Tendréislo entendido la Regencia del Reino para su cumplimiento y dispondréis se imprima, publique y circule. Dado en Cádiz, a 18 de marzo de 1812. Vicente Pascual, Presidente, José María Gutierrez Teran, Diputado Secretario, Joaquín Díaz Caneja, Diputado Secretario. A la Regencia del Reino".

XI. OPERATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812. EL MANIFIESTO REAL DEL 4 DE MAYO DE 1814

Sería muy largo de explicar aquí la virtualidad que tuvo la Constitución, dictaminada y aprobada en plena lucha armada con los franceses. Desde el lado de la realidad política, los historiadores(29) han dado un sinfín de causas, motivaciones y circunstancias. Nosotros nos remitimos, en buena parte, al capítulo 4, "La lucha por el poder", de la obra citada de Vilches, *Liberales de 1808*, en donde se resaltan los efectos de la disolución de la Junta Central, enero de 1810, para pasar su teórico poder a las proyectadas Cortes. La defensa que haría Jovellanos de aquella Junta Central, luego restauradas y situadas en igualdad de poderes de las Cortes. Las rivalidades entre los Generales Cuesta, victorioso en Bailén, Castaños y Palafox. La conjura de Granada. Martínez Marina sentenció que las Cortes eran una "representación nacional, pero que carecían de poder de voluntad general". Discusiones políticas, sobre legitimidad(30), tradicionalistas, liberales, con informes contradictorios sobre su viabilidad. Discusión sobre si se trataba

(29) PEIRO MARTIN, V. *La Guerra de Independencia y sus conmemoraciones.* Zaragoza, 2008. La "ideologización" entre conservadores y progresistas no solo llevó al efecto kelseniano de desviarse de una auténtica norma positiva objetivada, sino sofisticadamente de las conmemoraciones en 1908, o los 150 años, achacándose un desviacionismo ideológico, según la óptica o actitud interesada. Recuérdese a Hans Kelsen, en su obra "Teoría pura del Derecho", 1933, con la alusión a la II República Española, traducida por Legaz Lacambra, reeditada por la Editorial Reus, anteriormente citada.

(30) Todavía sigue en la actualidad al polémica sobre si en la Conmemoración del bicentenario han predominado los elementos "revolucionarios", o los conservadores-liberales, frente a los monárquicos, o a los carlistas. IBAÑEZ QUINTANA, V. "La Nación". En: *1808: España contra la Revolución*. En otras citas anteriores se habrá visto un sentido contrario. No faltaron aportaciones más objetivas como las tres muestras organizadas en Madrid, bajo la rúbrica, "Conmemoraciones históricas de un mito", en el Palacio de Conde Duque, en el Museo Histórico y Biblioteca Nacional. También lo fueron las separatas que a lo largo de 2008, el diario *Heraldo de Aragón*, incluía semanalmente en sus ediciones, más allá a la referencia a los Sitios de Zaragioza.

del restablecimiento de la Monarquía antigua, y no una nueva. Y hasta hay quien se pregunte sobre el perjuicio que pudo ser la Guerra y la Constitución, en el siglo de las Luces.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, por nuestra cuenta, advertiríamos que pese a una hermenéutica voluntariosa, se acerca a una orientación de la Constitución francesa, y con cierto aire codificador, y no meramente recopilador, era difícil verter todo el hermosos, retórico y frondoso Discurso Preliminar del 24/11/1811, en un texto articulado. Fue prolijo, y del que deberían haberse dejado para leyes orgánicas especiales los aspectos más concretos, como la Administración de la Justicia, el Gobierno territorial, etc. El tono, a veces persuasivo. Con frecuencia pedagógico, siempre patriótico, no facilitaba una interpretación equilibrada y desinteresada, y ecuánime. No se entendió bien la pérdida de privilegios, y en particular la desaparición del Santo Oficio. Había cierto aire laicista, que luego sirvió para antecedente par la desamortización. Pero al mismo tiempo, no entusiasmaba para los más liberales; el reconocimiento a perpetuidad de la Nación, sin citar al Rey como en el Discurso Preliminar, y de confesadamente católica, apostólica y romana.

Sería el propio Fernando VII, cuya restauración solo pudo ser posible por una lucha en defensa de la Nación y su unidad y grandeza, quien respondiera, con acritud, al hecho constitucional.

En el Manifiesto de 4 de mayo de 1814, de abrogación del régimen constitucional, después de narrar el propio Rey su exilio y resaltar la defensa heroica del pueblo español, entendió –mal asesorado– que se habían copiado los principios revolucionarios y democráticos de la Constitución francesa de 1791: que en Cádiz no se sancionaron leyes fundamentales de una Monarquía moderada, sino las de un Gobierno popular con un Jefe o Magistrado, mero ejecutor delegado, que no Rey, aunque allí se le diese este nombre para alucinar y seducir a los incautos y a la Nación. Declaró nula la Constitución y los Decretos, y reos de lesa majestad a quienes los ejecuten. Dado en Valencia el 4 de mayo de 1814. Yo el Rey. Como secretario del Rey, Pedro de Macanaz. Después vendría el bienio constitucional con el pronunciamiento de Cabezas de San Juan, de 1 de enero de 1820, por el Jefe de Estado Mayor, Felipe del Arco Agüero. Pero esa es otra historia. La "Pepa" quedó, como monumento legislativo con influencia en la legislación constitucional posterior, y un gran número de leyes del siglo XIX.

DISCURSO DEL RECIPIENDARIO
DR. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

En el verano que siguió al último curso de la licenciatura de Derecho asistí a un Seminario sobre Hispanidad, en el que participó muy activamente un jesuita chileno de trato agradable y, por supuesto, inteligente. Era tal su fe en los valores hispánicos y el ardor con que los defendía, que hizo de todos los asistentes, fervorosos hispanistas. Yo, que desde niño había sentido curiosidad por los cosas de América, aquel momento en que empezaba a hacer realidad mi vocación por el Derecho dediqué especial atención a los ordenamientos de aquellos pueblos.

Desde entonces, han sido continuas mis visitas a los distintos países. Creo que he sido uno de los españoles que con más asiduidad e intensidad ha respondido a las llamadas que con tanto cariño e interés se nos hace de los centros académicos de América, como reconoció Agustín Gordillo en Curitiba, en la laudatorio que me dedicó con motivo de mi nombramiento de profesor honoris causa de la Universidad de Panamá. "Ha sido siempre –dijo– un amigo leal, entrañable de todos los latinoamericanos. Ha venido de manera infatigable y por más de medio siglo a todos los eventos académicos en que le hemos pedido nos honrase con su presencia y su magisterio. Ya debe de haber perdido la cuenta de las veces que su corazón le ha traído a América latina, porque solo su corazón puede dar cuenta de tanta generosidad de sí mismo y para todos nosotros".

A lo largo de los viajes que en mi ya larga vida he hecho a nuestra América, a la América de lengua española y portuguesa, he recibido muchos homenajes,

premios y distinciones. Pero puede asegurarte que pocos, muy pocos los he recibido con la emoción con que recibo este que hoy me ofrecéis. Desde este momento trataré de corresponder al honor que me concedéis, cumpliendo escrupulosamente mis deberes como académico honorario, colaborando en las tareas académicas cuantas veces me lo pidáis.

Mi discurso de ingreso lo dedicaré a uno de los temas por los que mostrado siempre especial interés:

I. INTRODUCCIÓN

Resulta sorprendente la ligereza con que se habla de "principios". Lo ha expresado muy gráficamente mi buen amigo y coautor del libro *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Francisco González Navarro al referirse a los principios de la Ciencia de la Administración y del procedimiento administrativo. Dice así(1):

> "Los cultivadores de la Ciencia de la Administración –algunos de ellos, al menos, y de los más conocidos– reaccionaron hace tiempo contra la manía 'principialista'. Así, Herbert A. Simón publicó en 1946 un trabajo muy crítico contra la moda 'principialista' que tituló *The proverbs of administration*; simples proverbios, que no principios(2). Y Dwight Waldo, en 1961, hacía estas vitriólicas afirmaciones: 'Puede que existan principios generales, pero estamos a una gran distancia de poder saber si son ciertos, e incluso de que existan'"(3).

Entre nosotros, y sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución la moda de los principios "hace furor", y el legislador, la jurisprudencia y la doctrina científica rivalizan en el alumbramiento (en ocasiones múltiple) de principios, en la aplicación, y en el análisis de principios determinados. Lo que no abundan en cambio son las investigaciones acerca de lo que sea un principio.

(1) En la 4ª edición, Thomson-Civitas, 2007, al comentar el artículo 3. Del tema me ocupé en el prólogo del libro de Brewer Carias, *Principios del procedimiento administrativo en America latina*, Universidad del Rosario, Bogotá 2003, incluido más tarde en *Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carias*, Tomo II, Thomson-Civitas, 2004, p. 1508 y ss.

(2) SIMON, Herbert A. "The proverbs of admnistration". En: *Public Administration Review*. 6, 1946 pp. 5-57.

(3) WALDO, Dwight. "Organization theory: An Elphantine Problem". En: *Public Administration Review*. 4, 1946, p. 210.

Y se habla de principios del Derecho Administrativo, Civil, Penal como si existieran principios de cada una de las disciplinas jurídicas, incluyendo entre los principios a los que no son sino simples reglas, refranes o proverbios, sin distinguir entre los que son principios de Derecho y los de simple organización. Y así lo ha destacado la doctrina. Ya Hildegard Rondón de Sansó, en el estudio preliminar que, con la introducción de Brewer-Carías, se incluye en el texto de la Ley orgánica de Venezuela publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, distinguía entre los "principios relativos a las garantías jurídicas (*audire alteram partem*, principio de imparcialidad, principio de publicidad)", y los "principios relativos a la eficacia administrativa (economía procedimental, racionalización, actuación de oficio)". Cajarville, al estudiar las Normas Generales de actuación administrativa de la Administración central de Uruguay, dice que los principios generales por los que se rige el procedimiento administrativo –que enumera el artículo 2 del D. 500/91, indiscriminadamente– pueden agruparse en dos grandes categorías: "Unos, –dice– son, realmente, principios generales del ordenamiento en su conjunto, que como tales se aplican también en esta materia; otros, son específicos del procedimiento administrativo y derivan de las características de la función que en él se ejercita"(4).

Danós, al estudiar el proyecto de la que llegó a ser Ley Nº 27444, había explicado que deliberadamente la Comisión redactora solo había incorporado los principios que regulan la actuación administrativa y que tenían repercusión en los distintos procedimientos, no habiendo considerado los que configuraban la organización de la Administración Pública(5).

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

1. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho, como nos enseñó Federico de Castro, son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación, las normas básicas de un ordenamiento jurídico; "la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución

(4) *Procedimiento administrativo*, p. 20 y ss. en el D. 500/991, Montevideo, 1992. En análogo sentido, refiriéndose a la Ley de Perú Nº 27.444; Espinosa Saldaña, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Ara Editores, Lima, 2011.

(5) DANOS. "Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativo". En: *Thenis*. Nº 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 237 y ss.

jurídica", las normas principales que dan unidad al ordenamiento[6]. De aquí que quepa hablar de tres clases de principios: los de Derecho Natural, que son las ideas básicas recogidas por ese ordenamiento superior revelado por la razón; los tradicionales, que son el resultado de la evolución de una comunidad, los que ha ido decantando la tradición, los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo, y los políticos, que son los que representan el esquema organizativo básico del Estado, la concepción política adoptada en un momento dado por el pueblo y reflejada en su Constitución[7].

El valor de los principios es indiscutible, con independencia de su consagración en un texto constitucional, hayan logrado o no su reconocimiento jurisprudencial. Por lo general, los principios políticos se proclamarán de modo solemne en el momento constituyente, bien en las normas jurídicas positivas o en el preámbulo de la ley fundamental. Pero, corno ocurre generalmente con los de Derecho natural y los tradicionales, pueden no venir consagrados en ningún texto. Y será el intérprete el que tendrá que investigar hasta llegar al principio. Normalmente, el juez, por lo que la jurisprudencia, aunque no crea el principio, constituye el instrumento idóneo para su conocimiento. Ahora bien, se aplican, juegan en la vida jurídica, independientemente de que un Tribunal los haya reconocido como tales.

En consecuencia, la generalidad que se predica de los principios generales hace referencia a su aplicación al Derecho como un todo, como unidad de una pluralidad y no a sectores particulares del ordenamiento jurídico[8].

2. Principios del Derecho Procesal Administrativo

Así concebidos, es impropio hablar de "principios" del Derecho Procesal Administrativo, como de cualquier otra parcela del ordenamiento jurídico. No es que existan, como por ejemplo afirma Priori Posada[9] principios del Derecho Procesal aplicables al procedimiento contencioso-administrativo y principios del proceso contencioso-administrativo, considerando que estos son los

(6) DE CASTRO. *Derecho Civil de España*. I, Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 464.

(7) Así, en mi trabajo "El método en el Derecho Administrativo". En: *Revista de Administración Pública*. Nº 22, p. 44 y ss. (al que sigue Elías de Tejada, en Los principios generales de Derecho en el Título preliminar del Código civil reformado en 1973, en El Título preliminar del Código Civil, Academia Matritense del Notariado, 1977, p. 87) y en El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo, 5ª edición, Thomson-Reuters-Civitas, 2009, p. 119 y ss.

(8) Así, Guasp, Derecho, 1971, p. 299.

(9) En: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo*. Ara Editores, Lima, 2002, p. 79 y ss.

que regula el artículo 2 de la Ley peruana de 2001. No puede hablarse de **principios específicos del procedimiento contencioso-administrativo** como hace la Exposición de Motivos de la Ley que regula el proceso administrativo peruano 5/7/2001), ni siquiera de principios del Derecho Procesal. Por esta razón, cuando redacté el anteproyecto de su Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo en la reunión que tuvo lugar en Madrid en 2002, dediqué a los principios un artículo, el 3 que decía:

> "1. Las actuaciones del Tribunal y de las partes deberán ajustarse a los principios generales del Ordenamiento y, en especial, a los de la buena fe, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio.
>
> 2. En consecuencia, no se declarará la invalidez de ningún acto ni la inadmisibilidad de la pretensión sin dar oportunidad a la parte de subsanar el defecto susceptible de ello, concediendo un plazo prudencial y suficiente, cuando la deficiencia no pueda ser suplida de oficio por el propio Tribunal".

Y justificaba su redacción en mi intervención en las V Jornadas hispano argentinas de Derecho Administrativo celebradas en Salta en 2005, en los siguientes términos(10):

En las últimas manifestaciones de la legislación iberoamericana sobre proceso administrativo, es frecuente incluir algún artículo delimitando los principios generales. En algunos cuerpos legales que regulan tanto los procedimientos administrativos como los contencioso-administrativos –en Méjico se han promulgado en algunos Estados: de Méjico, Veracruz y Nayarit– aparecen en las disposiciones comunes a ambos. En los dedicados a regular únicamente el contencioso-administrativo se refieren solo a este.

Aunque a veces se consideran principios generales del ordenamiento procesal administrativo, estamos ante principios generales del ordenamiento jurídico como un todo, si bien se proyectan en el ámbito procesal y, concretamente, en el procesal administrativo. Por ello, no tiene sentido que, en un cuerpo legal sobre el proceso administrativo, se enumeren todos o algunos de aquellos principios, salvo que tengan una especial incidencia en él.

(10) GONZÁLEZ PÉREZ-CASSAGNE. *La Justicia administrativo en Iberoamérica*. Lexis-Nexis, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 69 y ss. En términos análogos, en la misma dirección GALINDO VACHA. *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*. I, 2ª edición, Bogotá, 2006, p. 60 y ss.

Como una de las quiebras de la jurisdicción administrativa ha sido el exagerado formalismo, que ha dado lugar a que pretensiones muy fundadas en Derecho quedaran sin ser examinadas en cuanto al fondo por la declaración de inadmisibilidades absurdas, he considerado conveniente la alusión específica a aquellos principios que pueden ser decisivos para superar situaciones que constituyan auténticas denegaciones de Justicia. Por ello, en el artículo 3.1, después de señalar que las actuaciones del Tribunal y de las partes deberán ajustarse a los principios generales, añado: "y, en especial, a los de la buena fe, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio", principios estos últimos que, en unión de otros muchos, están en la ley peruana 27.584, de 7 de diciembre de 2001 (art. 2)[11] Y, a fin de remachar lo que ellos comportan, en el número 2 del artículo se establece: "En consecuencia, no se declarará la invalidez de ningún acto ni la inadmisibilidad de la pretensión sin dar oportunidad a la parte de subsanar el defecto susceptible de ello, concediendo un plazo prudencial y suficiente, cuando la deficiencia no pueda ser suplida de oficio por el propio Tribunal".

Ahora bien, entre los principios generales del Derecho, existen algunos que se refieren a la Justicia, como en el derecho de la tutela judicial efectiva, que constituye un auténtico principio general del Derecho, del que son proyecciones en los distintos procesos una serie de garantías con distinta relevancia según el proceso de que se trate, que también suelen denominarse principios.

3. Principio de la tutela judicial efectiva

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, sino algo consustancial a todo Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle,

(11) PRIORI POSADA. *Comentarios a la Lev del Proceso Contencioso-Administrativo*. Ob. cit., p. 92 y ss.; DANÓS. "El proceso contencioso administrativo en el Perú". En: *Revista de Direito Administrativo Constitucional*. Nº 13, Bello Horizonte, p. 13 y ss. Sobre los principios en la Ley de Procedimiento Administrativo General, de Perú; Cfr. el completo trabajo de Ochoa Cardich. "Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General". En: *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*. Año 3, Nº 4, p. 127 y ss.

como recogen otros principios de Derecho Natural, al lado de los principios políticos y tradicionales.

Figura como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 6) y en la Convención Interamericana de Derechos humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969 (art. 8.1). Y se regula en las Constituciones de muy distinto signo político, en términos parecidos(12).

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 47, establece:

> "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.
>
> Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.
>
> Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

En las Constituciones de los pueblos de lengua española se consagra el derecho a la tutela jurisdiccional en términos muy distintos, dominando las que acentúan su proyección en el ámbito penal. Mientras unas se limitan a reconocer el derecho de acceso a los tribunales, como la de Colombia de 1996, en su artículo 229, o la de Honduras de 1982, en su artículo 82, otras emplean fórmulas bellísimas, como la de Costa Rica que, en su artículo 41, dice: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia

(12) Dice Guasp ("Administración de Justicia y derechos de la personalidad". En: *Revista de Estudios Políticos*. Nº 17, p. 142) que las normas del Derecho natural operan, "no como un medio de producción de determinadas prescripciones concretas y taxativas, sino como meros puntos de referencia de los distintos problemas que la experiencia jurídica va planteando: la formulación generalmente negativa de aquellas prescripciones, la variabilidad de los resultados que numerosas veces se hacen, dependen de mudables circunstancias de tiempo y de lugar, y la repugnancia por las enunciaciones precisas, acudiendo contrariamente a indicaciones de una evidente vaguedad demuestra, sin dejar lugar a dudas, que las normas del Derecho natural para el ordenamiento del proceso, como para cualquiera otra rama del Derecho positivo, tiene una especial significación).

pronta, cumplida, sin denegación y estricta conformidad con las leyes”[13]. La de Venezuela de 1999 es, quizás, la que le reconoció de forma más completa, al decir (art. 26): “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

El principio –y derecho fundamental– a la tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres momentos: en el de acceso a la Jurisdicción, en el proceso ya incoado y, una vez dictada sentencia, en el momento culminante de la ejecución y plena efectividad de los pronunciamientos.

Y como elemental garantía de una eficaz tutela, se reconoce con carácter general el derecho a la asistencia de abogado. No solo en el proceso penal, sino en cualquier orden judicial. “Toda persona –dice la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea– podrá hacerse aconsejar, defender y representar”. Y la Constitución española reconoce el “derecho a la defensa y a la asistencia de letrado” (art. 24.2).

Derecho que se reconoce de forma incondicionada (STC 71/1990) y ampara a todos los que comparezcan ante cualquier jurisdicción (STC 114/1998 de 1 de junio), aunque en un proceso determinado la intervención de abogado no sea preceptiva, pues el carácter no preceptivo de la intervención no obliga a las partes a actuar personalmente (SSTC 92/1996 del 27 de mayo; 22/2001 del 29 de enero). Asistencia que ha de ser efectiva, como ha referido el TC español, en la misma línea que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 6.3.c)

(13) Así lo destaqué en mi intervención en las Jornadas sobre Justicia administrativa celebradas en San José de Costa Rica, en abril de 1986. Cfr. “Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración pública”. En: *Revista de Derecho Público*. Nº 26, Venezuela, p. 5 y ss. Un completo resumen de los textos constitucionales en el excelente trabajo de Fix Zamudio, que presentó en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985, incluido como el capítulo XIII en su libro *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Méjico, 1988, p. 462 y ss. Constituye, sin duda alguna, en apretada síntesis, uno de los mejores trabajos sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. Al principio, en general he dedicado mi trabajo *El derecho a la tutela judicial*, 3ª edición, Civitas, 2001 y, a algunos aspectos concretos, “El derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección en el proceso administrativo a través de la reciente jurisprudencia constitucional”. En: *Derechos fundamentales y otros estudios, en homenaje al Prof. D. Lorenzo Martín Retortillo*. Tomo II, 2008, p. 1349 y ss.

del Convenio de Roma (SSTC 37/1988 del 3 de marzo; 106/1988, del 8 de junio; 13/2000 del 18 de enero; 141/2011 del 21 de septiembre).

A continuación examino cuáles de esos principios de segundo grado –o subprincipios– adquieren mayor relevancia en cada uno de esos tres momentos en el proceso administrativo.

III. ACCESO A LA JURISDICCIÓN

1. Idea general

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantiza a toda persona que su causa sea oída por un juez independiente e imparcial. Como para ello ha de seguirse unos cauces formales que han de cumplir unos requisitos, ha de procurar que estos no constituyan obstáculo a que el juez llegue a pronunciarse sobre la pretensión deducida. Y, como conlleva unos costes, que se facilite el acceso al que carece de medios económicos.

Independencia e imparcialidad del juez, principio *pro actione* y gratuidad de la justicia, son, por tanto, las tres más importantes cuestiones que plantea la proyección del principio de tutela judicial efectiva en el momento de acceso a la justicia.

2. Independencia del órgano judicial e imparcialidad del juez

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece en el artículo 47, párrafo segundo que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un juez independiente e imparcial". Y es que sin independencia e imparcialidad de quien tiene la misión de otorgar la tutela no pueda hablarse de jurisdicción ni de justicia. En ningún orden jurisdiccional. Ni por tanto en el contencioso-administrativo.

Si adquiere especial relevancia en este es porque en sus orígenes se confió a órganos que, lejos de estar integrados en el Poder Judicial, estaban en el ejecutivo y, aunque en el sistema francés en el Consejo de Estado llegó el ciudadano a encontrar un nivel de las garantías superior a la que en otros países se encontraba en los Tribunales judiciales, la experiencia en nuestros países ha puesto de manifiesto que solo verdaderos Tribunales con jueces de carrera y no esos seudotribunales que tanto abundan en nuestros países, podrán dispensar tutela judicial efectiva siempre que estén bien estructurados y permitan contar con jueces con la especialidad requerida para enjuiciar los litigios administrativos. Al tema

dediqué un trabajo publicado en la Revista del Poder judicial del Estado mejicano de Nuevo León[14].

Pero si la imparcialidad de los jueces adquiere especial relevancia en el ámbito de los procesos administrativos, es porque en este, como en ningún otro, –salvo en el penal cuando enjuicia cuestiones de corrupción– es mayor la politización. En España al menos, es el mas grave que padecemos. Tenemos una judicatura modélica, intachable, inmune a tantas tentaciones humanas; pero hasta ahora al menos no hemos logrado idear un sistema que logre evitar la invasión de la política. No es que como se ha dicho, haya muerto Montesquieu. Es que aunque estuviera muy viva la división de poderes seguiría habiendo politización de la justicia. Y, como dice un viejo refrán castellano cuando en un Tribunal entra la política por la puerta, sale la justicia por la ventana.

3. Principio *pro actione*

Que las leyes exijan el cumplimiento de determinados requisitos o presupuestos para que el Tribunal ante el que se formule una pretensión pueda pronunciarse sobre la cuestión de fondo, no infringe el derecho (y principio) a la tutela judicial efectiva. Pero sí se infringe si tal y como se regulan o interpretan esos presupuestos constituyen formalismos enervantes o claramente desviados del sentido propio de los mismos. Y para evitarlo y garantizar la plena efectividad de la tutela judicial, se establecen una serie de garantías que se engloban en lo que se ha denominado principio *pro actione,* **de interpretación más favorable al enjuiciamiento de los actos admitidos**[15], antiformalista[16], de **favorecimiento del proceso**[17].

Entre las manifestaciones de este principio se han destacado las siguientes por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español:

(14) "La selección de los Jueces". En: *Judicatus*. 2º apar., 2008, p. 33 y ss., y en libro con el mismo título en *Cuadernos*, Civitas, 2008. PRIORI POSADA. *Comentarios* ... Ob. cit. pp. 80 y 81 se refiere a los principios de independencia y de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

(15) Así García de Enterría, en artículo publicado en la *Revista de Administración pública.* Nº 42, p. 182 y ss.

(16) Así en mi trabajo "El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en la misma *Revista*, Nº 57, p. 182 y ss.

(17) PRIORI. *Comentarios* ... Ob. cit., p. 92 y ss.

a) **Que las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales**.

Debe interpretarse la norma en el sentido más favorable a la admisibilidad, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución. Así lo impone el artículo 5.1, LOPJ.

En consecuencia, se lesiona el derecho a la tutela judicial si no se apura la interpretación más favorable a la admisibilidad. En este sentido, la STC 132/1987, del 21 de julio, dice:

> "Los Tribunales que entendieron del asunto no apuraron hasta sus últimas consecuencias la virtualidad del artículo 24 de la Constitución, al no tomar en consideración las circunstancias concurrentes y no interpretar ni aplicar las normas legales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental en cuestión, cuyo contenido normal estriba en la obtención de una resolución jurídicamente fundada sobre el fondo de la pretensión deducida".

b) **Que no debe declararse la inadmisibilidad de una pretensión por un defecto procesal si este es subsanable, sin dar oportunidad de subsanación.**

Esta consecuencia del principio, que ya había sido consagrada para el proceso administrativo en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (art. 129), fue generalizada en el artículo 11.3, LOPJ, al decir: "Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes".

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en más de una ocasión sobre esta proyección del principio de tutela judicial efectiva. "No puede estimarse la falta del cumplimiento de un requisito procesal sin conceder al efecto un plazo para su subsanación", dice la STC 18/1988, de 16 de julio. Y, entre otras, la STC 174/1988, del 3 de octubre, establece que "el rechazo del recurso defectuosamente propuesto o interpuesto no podría adoptarse sin antes dar ocasión a la subsanación del mismo". La misma doctrina en Ss. 3/1987, del 21 de enero; 39/1988,

del 9 de marzo, y 94/1988, del 25 de mayo; 22/2011 del 14 de marzo, 155/2011 del 17 de octubre y 165/2011 del 3 de noviembre.

La STC 108/2000, de 5 de mayo, antes citada, estimó el recurso de amparo contra una sentencia dictada por un Juzgado de 1ª instancia ante el que se había formulado solicitud de subsanación de un defecto procesal, y el Juzgado, en lugar de proceder de tal modo atendiendo a la solicitud de subsanación, dictó sentencia sin introducir consideración alguna sobre la intentada subsanación del requisito procesal, pues "con tal actuación procesal se privó a quien demanda amparo de su derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una decisión sobre la cuestión de fondo de su pretensión".

4. Gratuidad de la justicia para los que carezcan de medios

El coste de los procesos y la situación económica de los litigantes constituyen uno de los más graves obstáculos del derecho de acceso a la justicia(18).

El remedio más simplista no es otro que el de la justicia gratuita, tan en boga en otras épocas, que llegó a consagrarse en alguna Constitución. Ha vuelto a la actualidad. Y se ha llegado a propugnar, no solo la eliminación de los gastos frente al Estado (impuestos y tasas), sino frente a peritos y abogados(19).

Entre nosotros, la publicación de la Ley 10/2012, del 20 de noviembre extendiendo la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civiles, contencioso-administrativo y social, dio lugar a una reacción generalizada, como se reflejó en una encuesta que se recogía en el Nº 77 de *Abogados* (Revista del Consejo General de la Abogacía), que en su portada, con grandes letras decía: TASAS NO / JUSTICIA PARA TODOS. Según esta encuesta el 83 % de los españoles estaba en contra del pago de tasas para acceder a la Justicia. Y la Carta del editor con la que se indicaba la revista, decía:

(18) Como decían CARPELLETTI, M. y GARTH, B. *El acceso a la Justicia*, México, 1996, p. 17, "las personas u organizaciones que posean recursos financieros considerables o relativamente altos y que puedan utilizarlos para litigar, tienen ventajas obvias en la búsqueda o defensa de sus reclamaciones. En primer lugar, pueden darse el lujo de litigar. Además pueden soportar los retrasos del litigio. Cada una de estas capacidades, si solo está en manos de una de las partes, puede ser arma poderosa contra la otra; la amenaza del litigio se vuelve creíble y efectiva". En análogo sentido, FIX ZAMUDIO, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988, p. 516 y ss.

(19) En este sentido, ECHANDÍA, Devis. "Humanización del proceso judicial y acceso a los Tribunales y tutela de las partes económicamente débiles". En: *Estudios de Derecho Procesal*. I, Bogotá, 1979, p. 332.

> "**NUNCA** en la larga historia de la justicia española se había producido una unanimidad tan absoluta respecto de un asunto. Desde el Consejo General del Poder Judicial al Fiscal general del Estado, pasando por todas las asociaciones de jueces y fiscales, los secretarios judiciales, los funcionarios, los sindicatos, los ciudadanos consumidores y usuarios, los partidos políticos, los medios de comunicación casi sin excepción y, por supuesto, y de forma activa y protagonista, los abogados, la unanimidad ha sido absoluta".

Crítica tan generalizada dio lugar a que el Gobierno rectificara. Y lo hizo por el Decreto-Ley 3/2013 del 22 de febrero por el que se modificó el régimen de tasas y el sistema de asistencia gratuita. Por un lado, se modifica la Ley 10/2012, limitando el ámbito de aplicación de las tasas y reduciendo la cuantía, y, por otro, la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, atenuando los requisitos para acceder a la asistencia gratuita. Pero la reforma tampoco satisfizo a los distintos ámbitos profesionales. Y en la misma Revista *Abogados*, Nº 78, figuraba en la portada esta declaración: "Gallardón rectifica (pero no es la solución)" titulando la "carta del editor" así "Una rectificación forzosa, insuficiente y tardía".

No ofrece duda que el importe de las tasas judiciales tal y como se regula –incluso después del Decreto-Ley– resulta excesivo y hasta desproporcionado. Pero también es indudable que la litigiosidad es alta, aunque haya disminuido algo los últimos años. No es infrecuente el abuso del proceso, la incoación de los procesos temerarios, que la exigencia de unas tasas podría frenar, con un asesoramiento adecuado por una abogacía que alcanzara el más alto estandar moral a que se refería el Presidente del Tribunal de Derechos Humanos en carta que dirigió al Presidente del Colegio de Abogados de Belgrado. Al incluirse en la tasación de costas la tasa (como hace el art. 241.7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), soportará su importe la parte vencida o que hubiese actuado con temeridad.

Aun limitando la gratuidad a los gastos frente al Estado, en modo alguno constituye la resolución adecuada para hacer posible el acceso a la justicia a los económicamente débiles. Pues no existe razón alguna para prestar gratuitamente el servicio de la justicia a los que cuentan con medios económicos para ello. Y en todo caso, aun cuando la utopía de un Estado que presta gratuitamente todo a sus ciudadanos fuera posible, resulta difícil pensar que la máquina del proceso pueda funcionar sin abogado o con abogados cuya asistencia figurase dentro de un magno Seguro Obligatorio de Justicia, que cumpliese, en este ámbito, la función que desempeña en otro campo el Seguro de Enfermedad.

En el IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en que se trató monográficamente el tema, se sentó esta conclusión[20]:

> "(...) 2. El principio de gratuidad de la justicia, tan debatido en otras épocas con argumentos de tipo político más que jurídico, es una cuestión ya superada en la actualidad, por lo que quedó relegada a una aspiración puramente ideal, que no parece realizable en la práctica.
>
> 3. La onerosidad en el presupuesto financiero del proceso, no puede ser prácticamente eliminada; frente al derecho a la tutela jurídica (acción como derecho subjetivo público frente al Estado), la prestación de la actividad jurisdiccional es siempre onerosa".

El remedio no radica en la prestación de la justicia gratuita para todos, sino únicamente para los que carezcan de medios económicos. Es a los que carecen de medios a los que reconoce el derecho a la justicia gratuita el artículo 119, CE, en los siguientes términos: "La justicia será gratuita, cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea dice que "se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia" (art. 47).

IV GARANTÍAS PROCESALES QUE HAGAN POSIBLE LA DEFENSA DE LAS PARTES

1. El principio de la tutela judicial efectiva y el procedimiento

La tutela judicial efectiva no quedará prestada con la recepción de la pretensión por un órgano independiente y la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad con el ordenamiento jurídico. La tutela solo será efectiva si el órgano jurisdiccional sigue un procedimiento invertido de todas las garantías que hagan posible la defensa de las partes.

El artículo 24.1 de la Constitución sienta el principio básico: que "en ningún caso puede producirse indefensión". "El derecho a la defensa –dice la STC 34/1996, de 11 de marzo– es exactamente el antídoto de la tacha más grave que

(20) Memoria publicada en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Nºs 77-78, p. 780. Sobre el problema. Cfr. entre los trabajos recientes, RIVERO TANG. "Breves notas sobre las costas procesales en el contencioso-administrativo y en el contencioso constitucional venezolano". En: *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Caracas, 2011, p. 723 y ss.

puede enervar la tutela judicial hasta hacerla desaparecer, la indefensión, y a su vez actúa como cabecera o capitular de otros derechos que le siguen en el mismo texto constitucional". Siempre que en el proceso se haya producido la indefensión de cualquiera de las partes se habrá infringido el artículo 24 y vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. De aquí que siempre que el Tribunal Constitucional se enfrenta con un recurso de amparo en que se alega infracción del artículo citado, la cuestión se concreta en si, realmente, ha existido indefensión. Indefensión que "se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, con mengua del derecho a intervenir en el proceso si se produce por concretos actos de los órganos judiciales" (SSTC 48/1984, 185/1998, del 28 de septiembre). En consecuencia, es irrelevante a efectos de verificar si se ha lesionado el derecho a la tutela judicial "la indefensión debida a la pasividad, desatención, negligencia o impericia de la parte o de los profesionales que la defiendan", como ha destacado el TC en STC 128/2011 de 18 de julio.

2. Principios generales del Derecho en su proyección procesal

Las garantías que los ordenamientos procesales establecen en orden al desarrollo del proceso son proyección del principio constitucional (y derecho fundamental) a la tutela judicial efectiva; pero existen otros principios generales del Derecho cuya aplicación en todo proceso y, en especial en el proceso administrativo, tienen gran relevancia para que este pueda cumplir su función. No son **principios del Derecho Procesal Administrativo**, como se establece en algunas Leyes reguladoras del proceso administrativo, ni del Derecho Procesal en general, sino principios generales del Derecho, constitucionales (como el de igualdad) o no (como el de buena fe).

a) Igualdad

La igualdad procesal no es sino consecuencia del principio constitucional de igualdad reconocido en todas las Constituciones. Supone que no debe concederse a una de las partes medios o armas procesales superiores o inferiores en cuanto a su eficacia a las que a la otra otorgan. Si se ha recogido en algunas leyes reguladoras del proceso administrativo y en alguna como principio del proceso administrativo, como la Ley peruana (art. 2, 2), es porque quiebra aparatosamente en este orden[21]. En realidad no quiebra solo en los procesos administrativos, sino que quiebra en todos los procesos en que es parte una Administración

(21) Así, MONTERO AROCA. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima, 1999, p. 220 y ss.; PRIORI POSADA. *Comentarios* ... Ob. cit. p. 88 y ss.

Pública, en especial de la Administración del Estado[22] Y es que, como dijo Alcalá-Zamora hace ya muchos años[23] y he citado más de una vez, los privilegios de la Administración, "sea recurrida o recurrente, aparecerán inevitables, ya que el Poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte a encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos; y por eso es muy relativa la igualdad procesal de partes en los litigios que la enfrentan. Sin que el régimen político sea, como suele serlo en nuestro tiempo, muy socializado, muy autoritario, o las dos cosas a la vez, el interés público invoca como presunción normal a favor de la Administración, gozará de primacía por su índole, por su destino, por su permanencia y hasta por su total volumen"[24].

b) Principio general de la buena fe

La Ley Orgánica del Poder Judicial español acoge el principio en el artículo 11.1, norma que se reitera en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

En el proceso administrativo, como en los demás, deben respetarse las reglas de la buena fe. Como ha dicho una sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo –la S. de 1 de marzo de 1988– el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige un "juego limpio procesal", debiendo evitarse litigios innecesarios[25].

En algunos de los ordenamientos hispanoamericanos se establece expresamente, bien al regular el proceso administrativo, el procedimiento administrativo o al regular conjuntamente el proceso administrativo y el procedimiento administrativo, en este último caso como principio general que informa una y otra reglamentación.

(22) Pues tampoco rige en los procesos civiles en que es parte la Administración pública. Cfr. RODRÍGUEZ PORRERO. "Situación privilegiada del Estado los Tribunales de Justicia". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. LXXII, p. 552 y ss., y GONZÁLEZ PÉREZ. "Régimen Administrativo y Proceso Administrativo". En: *Scritti in memoria de P. Calamandrei*. Padua, 1956,

(23) ALCALÁ-ZAMORA. *Lo contencioso-administrativo*. Buenos Aires, 1943, p. 56.

(24) Así en mi *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo II, 2ª edición, Madrid, 1966, p. 249.

(25) Sentencia por mí comentada en un trabajo publicado con el título "El principio de la buena fe en el proceso administrativo", en el *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6/1988, p. 71 y ss. Asimismo dediqué el tema en mi comunicación al "V Congreso Internacional de Derecho administrativo" celebrado en la isla Margarita en 2013, publicado en *Actualidad del contencioso-administrativo y otros mecanismos del control público*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 15 y ss. En el *Cuaderno de Derecho Judicial* sobre el abuso del proceso, mala fe fraude procesal, mi colaboración lleva por título "Buena fe y abuso del Derecho: su reflejo en el proceso administrativo", 2006, p. 321 y ss.

En la Ley de procedimiento administrativo de Bolivia de 2002, en su artículo 4 (principios de la actividad administrativa) dice que este se regirá por los siguientes principios: "e) Principio de buena fe. En la relación de los particulares con la Administración pública se presume el principio de buena fe, la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos orientan el procedimiento administrativo".

Se establece el principio como informador del procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo, en el Código de los Procedimientos Administrativos del Estado de Méjico de 1997 (art. 3), en el Código de Procedimiento Administrativo del Estado de Veracruz de 2001 (art. 4) y en la Ley de Justicia y Procedimiento Administrativo del Estado de Nayarit de 2002 (art. 3).

La Ley de la Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de Nicaragua de 2000, en el artículo 7 establece: "Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los participantes del proceso ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes, a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria".

La Ley peruana reguladora del proceso contencioso-administrativo no incluye entre los principios que rigen este proceso (art. 2) el de buena fe, pero sí el de favorecimiento del proceso y de suplencia de oficio (apartados 3 y 4). Se ha explicado la omisión por entender que, entre los principios del Derecho Procesal aplicables al contencioso-administrativo está el de moralidad, que se define como "el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso", que proscriben "la malicia, la mala fe, la deshonestidad, que no son instrumentos aceptables para ganar pleitos"; con ello "el principio de moralidad reclama que la conducta procesal se adecue a la buena fe, lealtad, veracidad y probidad"[26].

La jurisprudencia española contencioso-administrativa ha aplicado el principio de la buena fe en mayor medida que en otros órdenes jurisprudenciales. Entre los supuestos más característicos en que se consideraba infringido el principio, están los siguientes:[27]

(26) PRIORI POSADA, Comentarios, cit., p. 84.

(27) Una referencia más extensa, en mis trabajos *El principio de la buena fe en el Derecho procesal*, "Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo, Consejo General del Notariado 1988-1992, 257 y ss. y *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo.* Thomson-Reuters, Civitas, 5ª ed. pp. 274, ss.

- Indebida utilización del proceso y no dar lugar a procesos o a trámites innecesarios.
- Improcedencia de alegar la inadmisibilidad de la pretensión en estos casos:
  - Falta de personalidad por haber sido reconocida en vía administrativa.
  - Por motivos provocados por la propia demandada.
  - Si el motivo de inadmisibilidad fue consecuencia de la actuación de los órganos jurisdiccionales.
- Actuación contradictoria o contraria a la verdad.
- Obstaculizar la instrucción del proceso, llegándose a invertir la carga de la prueba cuando una parte –normalmente la Administración– tiene facilidad para poder probar determinados hechos y no lo hace.
- Indebida continuación del proceso, como cuando se produce una jurisprudencia reiteradísima desestimatoria de pretensiones idénticas.
- Interposición abusiva de recursos.
- Infracción del principio que prohíbe ir contra los actos propios.

3. Principio de contradicción

El llamado principio de contradicción constituye una garantía esencial del derecho de defensa reconocido prácticamente en todos los ordenamientos[28]. Lo ha reiterado de forma terminante el Tribunal Constitucional. "El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales –dice la STC 154/2000 de 12 de junio– constituye, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, del 28 de noviembre; 162/1993, del 18 de mayo; 110/1994, del 11 de abril; 175/1994, del 7 de junio, y 102/1998, del 18 de mayo)".

(28) Cfr. por ejemplo, ARAUJO JUÁREZ. *Principios generales del Derecho procesal administrativo*. Valencia (Venezuela), 1996, p. 388 y ss, y PRIORI POSADA. *Comentarios* ... Ob. cit., p. 81 y ss.

Y es que, como había dicho la STC 25/1996 del 13 de febrero: "Todo proceso debe estar presidido por una efectiva contradicción para que pueda entenderse cumplimentado el derecho de defensa, lo que a su vez implica forzosamente, siempre que ello sea posible, el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes".

La defensa no será posible si los afectados por la sentencia que pone fin al proceso no comparecen, por no haber tenido conocimiento del mismo. De aquí que constituya una garantía esencial la notificación de la existencia del proceso a los demandados o titulares de derechos e intereses legítimos que pudieran resultar afectados por la sentencia, a fin de que puedan comparecer.

De aquí que exista vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva los supuestos de *inaudita pars*, como la omisión del emplazamiento procesal personal y directo en el proceso administrativo, causante de indefensión (STC 60/2011 del 5 de mayo).

Como en el proceso administrativo, además de la Administración Pública, suelen estar legitimados como parte demandada aquellos cuyos derechos o intereses legítimos pueden resultar lesionados por la sentencia, y no estar determinados o desconocerse su domicilio, a veces no es posible el emplazamiento directo, teniendo que acudir al emplazamiento por edictos, con la consiguiente demora en la tramitación, para luego no suponer garantía efectiva de que llegara a su conocimiento.

El principio no opera solamente en el momento del emplazamiento, sino a lo largo del procedimiento, prohibiendo al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre cualquier alegación o tener en cuenta pruebas que provengan de las otras partes o de la actuación de oficio del juez.

4. Garantías en la instrucción del proceso

Si la instrucción tiende a proporcionar al órgano judicial los elementos necesarios para que pueda llevarse a cabo la comparación entre los fundamentos de la pretensión y el ordenamiento jurídico, no existirá tutela judicial efectiva si las partes no tienen posibilidad de proporcionar cuantos elementos estimen necesarios a tal efecto, lo que presupone el conocimiento del objeto de la litis cuando no es la parte demandante. Como dice la STC 135/1986 del 31 de octubre: "Es claro que el artículo 24.1 del CE, incluye en sus garantías la protección del derecho de todo posible litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, y que de no ser así, supuesto un impedimento no legal o legal, pero no atemperado a una aplicación razonable, se causaría

indefensión susceptible de amparo constitucional, al no gozar la parte impedida u obstaculizada de los mismos derechos que la contraria (principio de igualdad, principio de contradicción, principio de audiencia bilateral".

Y, congruentemente, el principio conlleva el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, como reitera la STC 246/2000 del 16 de octubre, en estos términos:

> "Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el artículo 24.2 del CE, reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso (por todas, STC 37/2000, del 14 de febrero, f. j. 3). Asimismo este Tribunal ha podido declarar en diversas ocasiones que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del artículo 24.2 del CE".

5. Garantías en la terminación del proceso

En el momento de la terminación normal del proceso por la sentencia el principio de la tutela judicial efectiva conlleva que la sentencia cumpla dos requisitos: la motivación y la congruencia.

En cuanto a la motivación, la STC 281/2000, del 27 de diciembre, "hemos declarado con reiteración y recordado recientemente (STC 169/2000, del 26 de junio, f. j. 2) que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios jurídicos razonables, de modo que un error notorio del juzgador puede implicar la infracción del artículo 24.1 del CE, ya que, en ese caso, la decisión judicial no puede ser calificada de razonable y razonada jurídicamente, pues la aplicación de la norma se reduciría a mera apariencia (entre las más recientes, SSTC 25/2000, del 31 de enero, f. j. 2; 96/2000, del 10 de abril, f. j. 5)".

En cuanto a la congruencia, la STC 34/2000 del 14 de febrero, resume así la doctrina jurisprudencial "el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente el núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso (SSTC 20/1992, del 29 de junio; 369/1993, del 13 de diciembre; 136/1998, del 29 de junio; 19/1999, del 22 de febrero, y 96/1999, del 31 de mayo, entre otras muchas)". La sentencia debe decidir todas –y solo– las cuestiones planteadas. Ahora bien, no todo desajuste entre el fallo y las pretensiones constituye una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha reiterado la jurisprudencia del TC, que resume así la STC 17/2000, del 31 de enero (f. j. 4):

> "Respecto de la incongruencia, hemos dicho reiteradamente desde la STC 20/1982, del 5 de mayo, que tal vicio o defecto, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, 191/1987, 88/1992, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 111/1997 y 220/1997)" (STC 136/1998, del 29 de junio).

La Ley peruana, en su artículo 38 dispone que la sentencia que declare fundada la pretensión podrá decidir **en función de la pretensión planteada** "y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica planteada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda".

Y proyección de la congruencia en el siguiente o posterior grado jurisdiccional en vía de recurso es la interdicción de la *reformatio in pejus* o empeoramiento de la condición jurídica en recurrente.

6. Invariabilidad de las sentencias

Consecuencia del principio de la seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva es el de invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias.

7. Impugnabilidad del proceso

Dictada una resolución judicial, se plantea el problema de hasta qué punto la posibilidad de plantear su adecuación a Derecho constituye o no una exigencia

del derecho a la tutela judicial efectiva. Los recursos y la multiplicación de las instancias se han considerado más que como garantía del justiciable como instrumento para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia. Lo que se ha traducido en una tendencia a limitar las instancias, que ha tenido consagración en buen número de Constituciones hispanoamericas, en las que domina el criterio de que únicamente existan dos distancias[29]. Y hasta esto se ha estimado excesivo y contrario al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso administrativo al obligar al particular a vencer dos veces a la Administración pública[30], olvidando que gracias a esta segunda instancia, en más de una ocasión, el justiciable ha podido obtener una sentencia favorable frente a la Administración, al lograr la estimación de un recurso ante el Tribunal Superior.

Ante los intentos de que el amparo pudiera servir para garantizar el derecho de recurso fuera de los casos previstos en las leyes, el Tribunal Constitucional ha sentado esta doctrina en la sentencia del 21 de abril de 1982 (S. 14/1982):

> "(...) si bien el artículo 24.1 de la Constitución garantiza a cada uno el derecho a la tutela jurídica o derecho al proceso, comprensiva desde luego de la defensa relativa a derechos de carácter civil, tal tutela no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso, como es el de casación, calificado legalmente como extraordinario. Los demandantes de amparo han tenido en el caso de autos asegurado el derecho al proceso y a una segunda instancia, además de un ulterior recurso de súplica, garantizándoles así medios procesales suficientes de defensa".

V. EFECTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS

1. El principio de la tutela judicial efectiva y la eficacia de la sentencia

La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.

(29) FIX ZAMUDIO. *Constitución y proceso civil*. Ob. cit., p. 102 y ss.
(30) En este sentido, PAREJO. *Estado social y Administración Pública*. Madrid, 1983, p. 274 y ss.

Y como la interdicción de las dilaciones indebidas es una exigencia del principio difícil de cumplir, la lentitud de los procedimientos puede dar lugar a que cuando llegue la sentencia carezca de sentido. El *periculum in mora*, presupuesto de toda medida cautelar se da con bastante generalidad en todos los órdenes jurisdiccionales y, muy en especial, en el contencioso-administrativo. Incluso cuando las estadísticas ofrecen el dato alentador de que se ha logrado abreviar los trámites, el tiempo de duración de los procesos es insoportable.

De aquí la relevancia de las medidas cautelares, como instrumento que garanticen frente a ese riesgo.

En consecuencia, la eficacia de la sentencia, que es lo mismo que efectividad de la tutela judicial, solo se garantiza:

- Si en cuanto aparece el *periculum in mora* se adoptan las medidas que eviten que la situación que se pretende remediar con el proceso llegue a ser irreversible.
- Si, una vez dictado el fallo, el ordenamiento jurídico reconoce a los Tribunales potestades idóneas para vencer los resultados de los obligados a cumplir lo mandado y los Tribunales en cada caso competentes las ejercen con la diligencia debida.

2. Las medidas cautelares

Aparte del *fumus boni iuris*, requisito que ha de cumplirse en todo caso para evitar que las medidas se utilicen con fines bastardos y garantizar los posibles perjuicios que pueden derivarse de la medida con la contracautela, en los procesos administrativos operan otros principios y privilegios que ineludiblemente han de tenerse en cuenta. Como el interés público –siempre prevalente– , la eficacia de la acción administrativa y el privilegio de inembargabilidad de los bienes afectados al uso o servicio público.

Aunque lentamente, las distintas legislaciones han ido avanzando en la línea de las garantías procurando armonizar los distintos intereses en conflicto, ampliando los tipos de cautelas admisibles hasta generalizarlos a todos los que sean idóneos para conseguir su finalidad propia. Así lo pone de manifiesto la regulación sobre las medidas contenidas en los artículos 33 a 37 de la Ley peruana.

3. Ejecución de las sentencias

Aunque es tan evidente que constituye una manifestación incuestionable del principio de la tutela judicial la obligación de la parte condenada a adoptar

cuantas medidas sean necesarias para que la sentencia se cumpla en sus propios términos, la Constitución dedica un artículo a reiterarlo, el artículo 118.

Y es que si en todo momento existe una resistencia de las administraciones públicas a dejarse controlar por los Tribunales, esta resistencia llega a niveles inconcebibles en el momento culminante de llevar a puro y debido efecto lo mandado en la sentencia condenatoria.

El derecho a la ejecución ha de hacerse efectivo(31). Pero, como resume la STC 1/1997, de 13 de enero, "la garantía en que consiste la tutela judicial, con su complejidad de contenido, no tiene otro designio que la consagración práctica de los derechos cuya protección se impetra ante los Tribunales. No basta con acatar su opinión, sino que hay que hacerla realidad. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales, y el reconocimiento por ellas de los derechos a favor de cualquiera de las partes, en meras declaraciones de propósitos o de buenas intenciones (por todas, STC 316/1994). De nada serviría obtenerlas, con todos los sacramentos procesales en un juicio formalmente impecable, si el solemne pronunciamiento que lo corone no llegara a tener reflejo en el mundo de los hechos. El derecho al cumplimiento o ejecución se integra, pues, por sí mismo, sin violencia conceptual alguna, en el más amplio de la tutela judicial. Corolario de lo dicho es que la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficiente para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992)". Pero, dentro de la legalidad presupuestaría, consignándose en el presupuesto partidas suficientes y, complementariamente, una destinada para el pago de las cantidades a que pudiera ser condenada la Administración.

Y es que quizás el obstáculo más grave a la eficacia de las sentencias administrativas –y, por tanto, a la plenitud de la justicia administrativa– sea el tradicional privilegio de las administraciones públicas de inembargabilidad de los caudales públicos, unido al principio de legalidad presupuestaria.

El TC ha subrayado la tensión que existe entre el principio "de seguridad jurídica, que obliga al cumplimiento de las sentencias y el de legalidad presupuestaria, que supedita dicho cumplimiento a la existencia de una partida presupuestaria asignada a ese fin" y la necesidad de su armonización, armonización que "cualquiera que sea la forma en que se realice, no puede dar lugar a que el principio de

(31) GUTIÉRREZ DE CABIEDES. "Inejecución por la Administración pública de condenas pecuniarias acordadas en sentencia firme judicial". En: *Libro homenaje a Jaime Guasp*. Granada, 1984, p. 303 y ss.

legalidad presupuestaria deje de hecho sin contenido el derecho que la Constitución reconoce y garantiza" (STC 32/1982, del 7 de junio).

Que la situación tiene algo de paradójico –como ha dicho Tornos– lo pone de manifiesto el hecho de que el TC reconozca de forma repetida que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la ejecución y al mismo tiempo mantenga la validez del sistema actual(32). Y mantener el sistema actual supone, sencillamente, que "el particular va a quedar a merced de la Administración y colmará su deseo cuando esta lo tenga a bien o se arruinará incluso sin cobrar"(33).

La gravedad de estos límites a la plenitud jurisdiccional es evidente. Pues aunque el órgano jurisdiccional tenga potestad plena para proceder a la ejecución forzosa aplicando supletoriamente las normas de la LEC, el límite de la inembargabilidad supone la inejecución de la mayoría de las sentencias, y no solo de las que condenan al pago de una cantidad líquida, ya que, aplicando las normas de la LEC sobre el proceso de ejecución, buena parte de los daños acaban asimismo en una condena.

(32) "La situación actual del proceso contencioso-administrativo". En: *RAP*. Nº 122, p. 118; SENDRA, Gimeno. "Alternativas a la disfuncionalídad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas". En: *REDA*. Nº 27, p. 574 y ss.

(33) Así, GARCÍA DE ENTERRIA. *Hacía una nueva Justicia administrativa*. 2ª edición, Civitas, 1992, p. 119.

DISCURSO DE AGRADECIMIENTO DEL PROFESOR JESÚS LÓPEZ MEDEL

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. Secretario-Tesorero de la Academia Peruana de Derecho, Dr. Carlos Cárdenas Quirós

Excmos. e Ilmos. Sres. Académicos

Señoras y señores

Mi saludo cordial y gratitud a todos los presentes, en esta palabras que serán breves, y que comenzaré recordando a Ortega y Gasset, mi maestro en el pensamiento jurídico, junto a Legaz Lacambra y Recasens Siches, quien afirmaba que "la vida, al hombre, no le viene dada hecha, sino que tenemos que hacérnosla". Y en ese camino recorrido, dentro de lo que el Emérito Pontífice Benedicto XVI, en una audiencia con ocasión de sus entonces 80 años, al ser los dos de la misma edad, le explicaba que éramos "quintos", y él me vino a decir: "estamos en una segunda juventud".

Agradezco de todo corazón a la Academia Peruana de Derecho, tan dignamente representada en este acto por el Dr. Cárdenas, el acuerdo de su Consejo Directivo relativo a mi incorporación a ella como Académico Honorario, que para mí es un alto honor, expresando mi aproximación al contexto jurídico peruano, resaltando al tiempo la impronta cultural de España en Perú, y cómo el Derecho es allí vivido, practicado e interpretado con gran fidelidad a la trayectoria española en el Derecho y la Justicia. A los efectos correspondientes, he remitido a la Academia Peruana mi trabajo *Guerra de la Independencia y la Constitución de Cádiz*, esperando que pueda encajar, mediante su publicación, en los Anales de dicha institución.

Pues bien, en esa segunda juventud, recorrida por la gracia de Dios, en que evoco a mis padres, mis profesores escolapios, mi esposa Ana María, mis hijos y mis 23 nietos, quisiera, también, dar las gracias a esta Casa, en la que encontré, en la etapa de posgrado, Académicos como don José Castán Tobeñas y don Ramón de la Rica, que, junto con don José Valenzuela Soler, orientaron o animaron mi tesis doctoral sobre el tema *El Registro de la Propiedad como servicio público.* La biblioteca fue lugar de encuentro intelectual y profesional para recibir el Premio "Gascón y Marín".

Quiero recordar, con satisfacción y profunda gratitud, a quienes me ayudaron a coronar mi condición de Profesor Visitante en Hispanoamérica, en 14 universidades, con la invitación en particular a Perú, que se me hizo por el Excmo. Sr. Académico, don Carlos Cárdenas Quirós, en dos momentos especiales, que quiero recordar.

Uno de ellos, para asistir como ponente al *XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral*, celebrado en Lima, del 20 al 24 de octubre de 1997, organizado brillantemente por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, bajo la dirección del Dr. Cárdenas(1). (El día 19, como todos los años, las calles del centro de Lima se vestían de morado para recibir a la venerada imagen de su patrón, el Señor de los Milagros, cumpliendo así una tradición de más de 300 años, con la estampa del Cristo de Pachacamilla). Esta aportación nuestra son mis propias relaciones y colaboraciones académicas con Perú, que me valió un reconocimiento en 1997, de la mano de la Excma. Sra. Doña Nelly Calderón Navarro, entonces Fiscal de la Nación.

El otro, el Congreso Internacional *Hacia la reforma del Código Civil Peruano: 15 años después*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, celebrado del 1 al 4 de septiembre de 1999. Dirigido por el Prof. Cárdenas, como Director del Centro de Investigación de Ciencias Jurídicas, actué como ponente en lo que se refiere a la prerredacción de los textos normativos de carácter hipotecario, que a diferencia de la Ley Hipotecaria española de 1861, y desde entonces, han pululado fuera del Código Civil posterior. Hice referencia a estos textos típicamente hipotecarios(2). (Por cierto, el anteproyecto español de integración de Registros Civiles al registro Civil iba en otra

(1) V. la crónica de tal evento que publiqué bajo el título "El despertar registral en Hispanoamérica", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 647, Madrid, 1998.

(2) V. *Compendio de legislación registral & notarial*, con presentación del Dr. Cárdenas Quirós, 2ª edición actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

dirección, aunque la Asamblea de Registradores de la Propiedad, celebrada en Zaragoza, del 16 al 18 de abril de este año, no lo aceptara por mayoría abrumadora).

Nuestra ponencia se titulaba *Anteproyecto de reforma al Libro IX de los registros* públicos del Código Civil peruano de 1984"[3]. Asistió también el catedrático de Derecho Civil, don José Luis de los Mozos. Ya en septiembre de 1994, se había celebrado otro Congreso Internacional, sobre "Los diez años del Código Civil: balance y perspectivas", cuyas ponencias se publicaron bajo dicho título, Universidad de Lima, dos tomos, 1995.

Además de lo anterior, otro momento de satisfacción es compartir la distinción de Académico Honorario de la Peruana de Derecho, junto con el Excmo. Sr. Académico, don Jesús González Pérez, Registrador de la Propiedad como yo, y con quien he coincido en no pocas tareas e inquietudes semejantes, como antes sucediera con los Excmos. Académicos, Dres. Castán Vázquez y García de Enterría, también Académicos Honorarios.

Solo me queda reiterar mi inmensa gratitud a la Academia Peruana de Derecho, y a su Presidente, Excmo. Sr. Don Lorenzo Zolezzi Ibárcena, por la distinción como Académico Honorario, estando siempre a la disposición de esa Academia hermana, y a todos los presentes, por su asistencia y compañía, es esta tarde, que para mí resultará inolvidable. Os lo digo con la sinceridad de un aragonés. Ruego a su Secretario-Tesorero, Dr. Cárdenas Quirós, que así lo transmita a la Academia Peruana de Derecho, y a su presidente. Muchas gracias.

(3) Publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*. Nº 58, marzo, 2000, pp. 575-586. En él decíamos, al final, "Hay que felicitar a los 'soñadores' de esta reforma, y especialmente al Director del Congreso Doctor Prof. Don Carlos Cárdenas, quien por su especialidad disciplinaria, y por experiencia pasada como Superintendente de los Registros de Perú, ha sabido impulsar estas tareas codificadoras de los Registros, dentro del Código Civil peruano, lo que no deja de ser un reto y una coherencia. Nosotros damos las gracias por el honor y oportunidad de haber podido servir a aquellos altos propósitos".

INCORPORACIÓN DE LOS PROFESORES ANDREA PROTO PISANI Y PIETRO RESCIGNO

(Roma, 26 de junio de 2013)

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL DR. AUGUSTO FERRERO COSTA SOBRE EL PROFESOR PROTO PISANI

Estoy seguro de no exagerar si ahora, haciendo referencia a la ilustre Escuela Italiana de Derecho Procesal Civil, señalo a la experiencia peruana como aquella, entre todas las demás de América Latina, que más deudas tiene con las contribuciones de autores que por más de ciento veinte años la han representado y la han hecho merecidamente famosa para la comunidad jurídica internacional. Puedo afirmarlo con seguridad, si me lo permiten, y con el orgullo de encontrarme entre quienes tuvimos el privilegio de recibir directamente las enseñanzas de Salvatore Satta, quien simboliza un alto momento de la historia de dicha escuela, y cuyas lecciones en la Universidad de Roma –La Sapienza–, seguimos personalmente a fines de los años sesenta.

En América Latina la familiaridad con los grandes nombres de la Escuela Italiana de Derecho Procesal Civil nace con las traducciones al castellano de los clásicos: de Chiovenda a Redenti, de Carnelutti a Calamandrei, de Liebman a Allorio y Satta. Y más recientemente, en lo que respecta al Perú, la ensayística de Franco Cipriani y Michele Taruffo.

Debo al recordado Franco Cipriani, justamente, la feliz circunstancia de haber conocido a Andrea Proto Pisani, en Roma, hace algunos años. No me era ni me es desconocida su fama de estudioso e investigador de la compleja temática

de la tutela jurisdiccional de los derechos, ni su prestigioso *Manual de Derecho Procesal Civil* que ha alcanzado la quinta edición, sucesivamente reimpresa por la Editorial Jovene de Nápoles. La admiración y el reconocimiento de la cultura jurídica de mi país por el profesor Proto Pisani se refuerzan, por eso, evocando la memoria cara e indeleble del diálogo interrumpido con la triste desaparición de Cipriani.

Proto Pisani también nos ha concedido el honor de visitar Perú, como invitado de distintos congresos y encuentros académicos. Él puede atestiguar, personalmente, el gran interés científico de nuestra nueva generación de estudiosos en la continuación del camino marcado por sus egregios predecesores.

Fue Carnelutti quien en los años veinte del siglo pasado, desde las páginas de la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, resumiendo los avances de la Escuela Italiana de Derecho Procesal Civil, a la vez que confesar la deuda cultural itálica frente a los autores alemanes, afirmó orgullosamente que se podía advertir en las obras de los procesalistas de su país verdaderas innovaciones metodológicas y conceptuales, antes que meras imitaciones de las instituciones germanas.

Es de sus innovaciones metodológicas y conceptuales, precisamente, que los académicos peruanos damos gracias y expresamos nuestra admiración al profesor Proto Pisani. Y estamos muy orgullosos de incorporarlo a nuestra Academia de Derecho nacional, seguros de proseguir, con sus enseñanzas, el diálogo intercontinental jamás interrumpido entre los procesalistas italianos y peruanos.

DISCURSO DEL PROFESOR ANDREA PROTO PISANI

Agradezco vivamente las palabras del profesor Augusto Ferrero Costa y comparto su vívido recuerdo de Franco Cipriani. Atesoro en mi memoria el encuentro que tuvimos en Roma, cuando él cumplía su digno cargo de Embajador del Perú en Italia, en el que también participó nuestro colega y amigo civilista, el profesor Nicolò Lìpari. Todos compartimos una agradable velada en *La Capriciosa*.

En esta ceremonia brindaré algunas reflexiones sobre el papel del juez natural y el sistema tabular de organización de los despachos judiciales en Italia.

1. El artículo 25,1 de la Constitución italiana dispone que "nadie puede ser apartado del juez natural preconstituido por la ley".

Con el paso de los años ha tenido lugar una lenta evolución de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional respecto del ámbito de aplicación del derecho al juez natural. Se admite pacíficamente que el artículo 25 establece la prohibición de instituir jueces extraordinarios, o sea, despachos judiciales creados para un propósito, *post factum* (sobre lo cual debe tenerse en cuenta también, de manera específica, el artículo 102, segundo párrafo de la Constitución). Mucho más problemática ha sido, en cambio, la cuestión de dirimir si el artículo 25 se refiere solo al despacho judicial globalmente considerado (por ejemplo, el Tribunal de Florencia, Tribunal de Siena, Juzgado de Paz de Florencia o de Siena, Tribunal de Apelaciones, etc.), o si se refiere, asimismo, a la identificación del juez como persona física (juez monocrático o colegiado) que está llamado a pronunciarse sobre una controversia en particular.

Si bien puede afirmarse que en la doctrina se hizo imperante rápidamente la interpretación más amplia, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cambio, la misma se afirma recién (en palabras, cuando menos) en 1998 (con

las sentencias Nºs 272 y 419, publicadas en *Il Foro Italiano*, 1999, I, c. 760 y c. 1467), luego de la difusión del llamado "sistema tabular" y con la instrucción, en la Ley sobre el Ordenamiento Judicial, de los artículos 7-*bis* (sobre las tablas de los despachos judiciales) y 7-*ter* (sobre los criterios para la asignación de los casos); todo ello con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal de 1988.

Sin ánimo de recorrer el largo camino que ha sido seguido para determinar la situación normativa actual, intentaremos identificar sus puntos esenciales.

2. Ante todo, es pacífica la admisión de que las normas sobre la competencia de los jueces buscan identificar al despacho judicial como órgano legitimado a tratar una singular controversia: es el despacho judicial globalmente considerado, y no el juez o colegiado en concreto. Es, por ejemplo, el Tribunal de Florencia, y no la Sala o el juez, persona física, al que se asigna la controversia en particular.

Limitando al máximo las consideraciones, hay que señalar que los puntos esenciales del régimen de la competencia civil son: (a) la identificación de oficio de la incompetencia, o solo a instancia de parte *in limite litis* (artículo 38, párrafos primero y segundo, del Código Procesal Civil); (b) la decisión de la cuestión competencial –solo a efectos de la competencia– sobre la base de lo que resulta de los actuados y, si fuere necesario, tomando en cuenta las informaciones sumarias (art. 38, párrafo tercero, del Código Procesal Civil); (c) la ausencia, para el demandado, de un derecho a la decisión inmediata de la cuestión competencial, con carácter preliminar a la investigación sobre el fondo de la controversia, y atendiendo a que el juez tiene el poder *lato sensu* discrecional (que puede ejercitarse sobre la base de una determinación de la fundabilidad y no de la excepción formulada por el demandado) de provocar una decisión inmediata sobre la cuestión competencial o de disponer que ella sea decidida cuando la investigación se agote (art. 187, párrafo tercero, del Código Procesal Civil); (d) la decisión de la cuestión de competencia (casi) siempre mediante ordenanza judicial con valor de sentencia, una ordenanza impugnable mediante reglamentación (necesaria y facultativa) de competencia ante el Tribunal Supremo (arts. 32, 43, Código Procesal Civil); reglamento cuya proposición tiene eficacia suspensiva en el sentido del artículo 48 del Código Procesal Civil.

Este régimen no parece ser idóneo para asegurar de manera adecuada la actuación de la garantía constitucional del juez natural, a pesar de su referencia limitada a la identificación del despacho judicial en su conjunto. En mi opinión, la naturaleza de derecho fundamental, propiamente dicho, del demandado, para ser juzgado por el juez natural preconstituido por la ley impone, en efecto, que

la cuestión competencial, una vez surgida por determinación de oficio del juez o por excepción formulada por el demandado, deba ser decidida inmediatamente y con carácter preliminar a la investigación sobre el fondo de la controversia, y antes de que la decisión respectiva sea, a su vez (y únicamente) impugnable, aun cuando lo fuere con una impugnación privada de eficacia suspensiva con respecto al proceso *a quo* (ello para prevenir un uso irregular, con fines meramente dilatorios, de la imputación).

De aquí la necesidad de una reforma del régimen de la competencia, en el sentido de prever la decisión inmediata de la cuestión correspondiente *in limine* litis, con carácter preliminar a la investigación sobre el fondo de la controversia, con una resolución que tenga la sustancia de la sentencia (es decir, eficacia preclusiva para el juez que la emite y aptitud para ser cuestionada formalmente), o en todo caso pronunciada en forma simplificada (coherente, por lo demás, con la naturaleza sumaria de la investigación contemplada en el artículo 38, último párrafo del Código Procesal Civil), o bien con lectura de lo dispuesto y de la fundamentación directamente, en audiencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 281-*sexies* del Código Procesal Civil. La sentencia debería ser inmediatamente revisable, con impugnación acelerada y simplificada, privada de eficacia suspensiva.

3. Mucho más difícil, delicado e incierto es el régimen de la garantía del juez natural cuando se refiere a la identificación del juez como persona física, tema al que están dedicados mis presentes apuntes.

En el plano normativo aparecen dos especies de normativas. Los artículos 7-*bis* y 7-*ter* de la Ley sobre el Ordenamiento Judicial, y las circulares sobre las tablas del Consejo Superior de la Magistratura (recientemente: la Circular P 19199, 2011-2012, sobre la formación de las tablas de organización de los despachos a cargo de los procesos, por el trienio 2013-2015).

Vayamos en orden. El origen del llamado "sistema tabular" de organización judicial, dirigido a identificar al juez como persona física, así como a la determinación de los criterios para su identificación, tiene su fuente exclusiva en el régimen secundario de las circulares del Consejo Superior de la Magistratura.

En especial, desde 1968 (Circular 14/05/68 Nº 7671) el Consejo comenzó a emanar circulares dirigidas a limitar el poder de los jefes de los despachos judiciales y a hacer transparentes las opciones de organización de estos. Para tal fin, el Consejo, en ausencia de toda disposición legal específica, y con la sola base de los artículos 25 y 107, segundo párrafo, de la Constitución, concibió un sistema, el "sistema tabular", "destinado a asegurar, a la vez, la independencia interna

de los jueces y el principio de preconstitución del juez, y reivindicando para sí los poderes de control sobre la actuación de los despachos de dirección". Siempre para dicho objetivo se establece "un procedimiento específico para la formación de las tablas, con la introducción del deber del depósito previo de las propuestas y de la facultad, reconocida a los magistrados del Derecho, para expresar consideraciones", ya sea a nivel interno, o bien (una vez probada a nivel distrital la propuesta tabular) directamente al Consejo, en tanto único órgano legitimado para decir la última palabra.

4. No forma parte de los objetivos de mis apuntes analizar en sus aspectos particulares el sistema de la formación de las tablas.

Al respecto, es suficiente invocar los artículos 7-*bis* y 7-*ter*, con los cuales, en 1988, se introdujeron en el cuerpo del ordenamiento judicial vigente disposiciones en materia de tablas de los despachos judicial, con un recurso que amplía el sistema tabular experimentado, con precedencia, con la sola base de las circulares del Consejo Superior de la Magistratura.

El artículo 7-*bis* (en el texto reformado por la Ley Nº 111/2007) tiene como subtítulo "Tablas de los despachos judiciales".

Esto es lo que se dispone en el extenso primer párrafo:

> "7-*bis*.- La repartición en salas de los despachos judiciales a los que se hace referencia en el artículo 1, la destinación de los distintos magistrados a las salas y a los tribunales de apelaciones en lo penal, la asignación a las salas de los presidentes, la designación de los magistrados que tienen la dirección de salas, conforme al artículo 47-*bis*, segundo párrafo, el otorgamiento de específicas atribuciones señaladas por la ley y la formación de los colegios judiciales son establecidos cada trienio mediante decreto del Ministro de Justicia, de conformidad con las deliberaciones del Consejo Superior de la Magistratura, asumidas a partir de las propuestas de los presidentes de los Tribunales de Apelación, y una vez escuchados los consejeros judiciales. Pasado el trienio, la eficacia del decreto es prorrogada hasta que no se emita otro decreto. La violación de los criterios para la asignación de las cuestiones, salvo que se determinen asuntos disciplinarios, no determina en ningún caso la nulidad de las resoluciones emitidas".

Este artículo prosigue regulando las modificaciones urgentes de las tablas, señalando algunos requisitos específicos para la atribución de las funciones de juez de instrucción preliminar (GIP) o de juez de audiencia preliminar (GUP), contemplando la aplicación del sistema tabular incluso al Tribunal Supremo, etc.

El artículo 7-*ter* (también introducido por la Ley 449/1988) provee para la determinación, aunque sea mediante recurso a cláusulas normativas generales, de los criterios para la asignación de las controversias (de los casos) y la sustitución de los jueces que resultaren impedidos.

Esto es lo que se dispone en la norma:

> "1. La asignación de los casos a las distintas salas y a los distintos colegios y jueces se efectúa, respectivamente, por el director del despacho y por el presidente de la sala o por el magistrado que la dirige, según criterios objetivos y predeterminados indicados de forma general por el Consejo Superior de la Magistratura y aprobados contextualmente a las tablas de los despachos y con el mismo procedimiento. En la determinación de los criterios para la asignación de los casos penales al juez de instrucción preliminar, el Consejo Superior de la Magistratura establece la concentración, de ser posible, en el mismo juez de las resoluciones relativas al mismo procedimiento y la designación de un juez distinto para que cumpla las funciones de juez de audiencia preliminar. Cuando el director del despacho o el presidente de la sala revoquen la asignación anterior a una sala o a un colegio, o a un juez, una copia de la resolución correspondiente y motivada será comunicada al presidente de la sala o al magistrado interesado.
>
> 2. El Consejo Superior de la magistratura establece, igualmente, los criterios para la sustitución del juez que se abstuviere, que fuere recusado o que resultare impedido".

5. Resulta problemático identificar las consecuencias de la violación de las reglas tabulares. Al respecto, se ha observado que el sistema tabular es "portador de dos distintas almas, por igual orientadas al bien de la imparcialidad del juez: una relativa al derecho del ciudadano a la garantía del juez natural; la otra, dirigida al juez mismo, y tendiente a garantizar la independencia interna de la magistratura".

En lo que respecta al juez, este no queda desprovisto de tutela. Ante todo, él participa en el procedimiento de formación de las tablas, y en ese papel está legitimado a realizar observaciones sobre las cuales el Consejo Superior de la Magistratura tiene que pronunciarse. En cuanto a la decisión del Consejo, el juez respectivo está legitimado para proponer contra ella un recurso ante el Tribunal Administrativo Regional del Lazio, conforme al artículo 17, segundo párrafo, de la Ley 195/1958, con la cual se instituyó el Consejo.

En cuanto a las partes (al margen de algunas aperturas contenidas, por ejemplo, en el artículo 83-*bis*, de las Disposiciones para la Actuación del Código Procesal Civil, sobre la inobservancia de las disposiciones sobre las atribuciones de las salas apartadas del tribunal), el artículo 7-*bis*, primer párrafo, última parte, (en la versión introducida por la Ley 111/2007) es muy clara al afirmar que "la violación de los criterios para la asignación de los casos, sin perjuicio de los posibles aspectos disciplinarios, no determina en ningún caso la nulidad de las resoluciones adoptadas", ni, por lo tanto, la nulidad por derivación de las decisiones del juez designado.

La solución, relativamente al proceso penal, es confirmada por el artículo 33, segundo párrafo, del Código Procesal Penal, según el cual "nosotros consideramos atinentes a la capacidad del juez las disposiciones sobre la destinación del juez a los despachos judiciales y a las salas, sobre la formación de los colegios y sobre la asignación de los procesos a salas, colegios y jueces".

En lo tocante al proceso civil, la formulación actual de la última parte del primer párrafo del artículo 7-*bis* citado, es capaz de descartar toda nulidad. En especial, resulta inaplicable el artículo 158 del Código Procesal Civil, que atañe a las nulidades que derivan de la constitución del juez. Debe destacarse también que el régimen del artículo 158, al afirmar que no es subsanable el vicio, y que esto puede ser determinado en cualquier estado y grado del proceso, se presenta, en todo caso, como inidónea para regular el vicio examinado, el cual debería ser determinable de oficio o por excepción de parte, no más allá de la primera audiencia, y la cuestión correspondiente tendría que ser resuelta mediante decisión del juez en el curso de la primera audiencia, de manera parcialmente análoga al régimen de la recusación penal.

Lo observado no significa que la parte esté privada de toda tutela. Con un poco de imaginación es concebible que la parte que se considere lesionada por la violación de la disposición tabular denuncie en la primera audiencia dicha violación, y solicite al juez, si no puede eliminar por sí misma los efectos de esta irregularidad, que someta la controversia al jefe del despacho o de la sala, para que sea este el dirimente. Y si de esta forma no se logra una solución satisfactoria, sería admisible que la parte recurra por sí misma al Consejo Superior de la Magistratura, para que sea este el que elimine los efectos de la violación. Incluso contra la resolución (de inadmisibilidad, si fuere el caso) del Consejo Superior de la Magistratura, la parte podría recurrir al Tribunal Administrativo regional del Lazio, conforme al artículo 17, segundo párrafo, de la Ley 195/1958, para que sea este Tribunal el que evalúe si somete la cuestión a la jurisdicción constitucional.

Quiero destacar que no son "fanta-jurídicos". Son en realidad una respuesta consciente del operador jurídico frente a una invitación específica del Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 23 de diciembre de 1998, Nº 419, ya citada, al declarar infundado el recurso de inconstitucionalidad del artículo 33, segundo párrafo, del Código Procesal Penal, ha afirmado explícitamente que la violación de los criterios objetivos y predeterminado para la asignación de la controversia debe poder ser hecha valer por las partes mediante "específicos remedios", en tanto lesiva de garantías constitucionales.

6. Antes de concluir, me parece oportuno efectuar una última observación.

Para tener conocimiento de las violaciones eventuales del artículo 7-*bis*, y sobre todo del artículo 7-*ter*, las partes y los abogados deben o deberían tener conocimiento de las tablas distritales en general (7-*bis*) y de los criterios concretamente adoptados en la asignación de la controversia concreta (7-*ter*); conocimiento que en la actualidad falta prácticamente del todo y escapa de la experiencia común del abogado.

De aquí la necesidad, sobre todo, de desarrollar la cultura del respeto de la garantía del juez natural, y la importancia de conceder importancia a este tema.

De aquí también la necesidad de que las tablas distritales y las observaciones de los distintos magistrados sean fáciles de consultar, tal como debería ocurrir también con respecto a los criterios objetivos y predeterminados a aplicar en la específica y concreta controversia.

Se trata de un camino largo que puede ser realizado, me parece, solo mediante una sinergia entre los abogados y la magistratura, y con la estipulación de protocolos, propiamente dichos, de entendimiento entre los jefes de los despachos judiciales y los presidentes de las diversas salas, por un lado, y los abogados, por otro.

Esto tiene como fin, principalmente, lograr la transparencia en el ejercicio de los poderes conforme a los artículos 7-*bis* y 7-*ter*, y permitir a los abogados el control de su respeto.

Se trata de un camino largo, como anoté, pero los valores en juego (la transparencia y la imparcialidad del juez) nos fuerzan a emprenderlo. Estos apuntes han querido ser un primer paso en tal sentido.

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL DR. AUGUSTO FERRERO COSTA SOBRE EL PROFESOR PIETRO RESCIGNO

Hablar de Pietro Rescigno no es tarea fácil, como bien se entiende. Resumir en pocas palabras la carrera de quien por más de sesenta años ha enriquecido con valiosos aportes la ciencia del Derecho Civil resultaría una empresa irrealizable para quien lo intente.

Es por ello que he pensado que lo más conveniente, dada la ocasión, es detenerme en una breve evocación de las relaciones culturales que el Maestro a quien rendimos homenaje ha instituido con América Latina y, en especial, con el Perú. Su obra civilista, cuyos inicios se remonta a varias décadas atrás, desde la publicación de su trabajo monográfico sobre la incapacidad y el incumplimiento de obligaciones, seguida por el dedicado a la interpretación del testamento, al cual tengo especial estima por mi especialización en el estudio del Derecho de Sucesiones, ha sido muy conocida, respetada y seguida por los intérpretes de nuestras tierras. Puedo dar testimonio de que copias de esos valiosos trabajos, ambos publicados por la casa editorial napolitana Eugenio Jovene, arribaron a la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, la "Decana de América", que distinguió al profesor Rescigno, en 1998, muy merecidamente, como doctor *honoris causa*.

Los lazos con América Latina eran, sin embargo, mucho más antiguos. Era imposible que escapara a la aguda visión y a la curiosidad académica del profesor Rescigno la continua evolución del Derecho Civil en el Nuevo Mundo. Él ha dedicado importantes estudios de crítica comparativa al Derecho Civil cubano, brasileño, argentino y, ciertamente, al Derecho peruano, habiéndole correspondido, sin exageraciones, la primacía al poner en evidencia la cercanía cultural entre nuestros ordenamientos. Y de otra parte, ha sabido mantenerse alejado de todo intento de circunscribir su interés de investigador a la comunicación y difusión en Europa de un fenómeno de mera "recepción", más allá del Atlántico, de las normas

del Código Civil italiano. Su atención, por el contrario, se ha centrado en afirmar egregiamente el valor de nuestras soluciones normativas a los conflictos de intereses que son comunes a nuestros países y a todo el orbe del *civil law*.

Los estudiantes y académicos del Perú hemos tenido la fortuna de acoger al profesor Rescigno en dos ocasiones, en 1985 y 1998, y de escuchar en vivo sus enseñanzas y reflexiones. Para nosotros, formados en la década del sesenta, él ha sido siempre un jurista cuya obra permitía y permite a los a la comunidad jurídica peruana mantener y renovar el diálogo con la gran civilística italiana; diálogo que en su momento fue facilitado por la traducción al castellano de las obras de ilustres autores, de Brugi y Coviello a De Ruggiero, de Messineo a Santoro Passarelli (de quien Rescigno fue alumno en Nápoles) y a Scognamiglio. En el 2003 supimos, y nos emocionó la noticia, que el profesor Rescigno había recibido el altísimo encargo de pronunciar la *laudatio* en honor del Santo Padre, Juan Pablo II, al conferírsele el doctorado *honoris causa* en la Universidad de Roma –La Sapienza–.

Que esta medalla y este diploma que lo acreditan como miembro correspondiente de nuestra Academia Peruana de Derecho sean para usted, querido profesor Rescigno, una modesta demostración que esta medalla y este diploma que acreditan el gran reconocimiento que le tenemos los juristas peruanos, y de nuestro agradecimiento por habernos enseñado, con su obra, que la doctrina del Derecho Civil puede ser considerada como un puente cultural entre países, quizás geográficamente lejanos, pero a la vez espiritualmente muy cercanos.

DISCURSO DEL PROFESOR PIETRO RESCIGNO

La incorporación como miembros correspondientes de la Academia Peruana de Derecho, de la que mi colega Andrea Proto Pisani y yo recibimos el diploma y la medalla de manos del profesor Augusto Ferrero Costa, vicepresidente de dicha institución, representa para nosotros un reconocimiento y una gratificación que nos honra altamente, y que contribuyen a consolidar las relaciones de recíproco interés y de fecunda colaboración que nos ligan a la cultura latinoamericana, y a la doctrina peruana en particular. Personalmente, he seguido con sincera atención el intenso trabajo que condujo a la elaboración del Código Civil vigente, e intervine en los debates que realzaron sus atributos de novedad y claridad, como muestra de fidelidad a tradiciones comunes a nuestros países y de la sensibilidad de sus artífices frente a exigencias y expectativas de una sociedad moderna. De igual forma, he seguido de cerca las integraciones y actualizaciones que el Código Civil ha tenido gracias a la presencia de una doctrina sensible e informada.

Debo al colega y amigo Augusto Ferrero Costa, más que a todos, la preciosa oportunidad de enriquecer mis conocimientos sobre la experiencia jurídica de su país y de emprender colaboraciones que confío en poder seguir realizando con sentimientos de amistad y estima científica, tal como me ha ocurrido, recientemente, al prologar la nueva edición de su admirable *Tratado de Sucesiones.*

A propósito, justamente, de este argumento, recordaré que con la muerte de la persona humana se determina un grave problema práctico para el ordenamiento jurídico: la destinación que se dará a sus bienes, y más en general a las relaciones que se referían al fallecido. Hay relaciones que no pueden continuar luego de acabada la vida del sujeto, como las instauradas y mantenidas sobre la base de la confianza particular que la persona inspiraba en otra, como el mandato, o los derechos estrictamente ligados con las necesidades individuales, como el uso y habitación, o ciertas prestaciones de haceres infungibles, como las labores

intelectuales o manuales del trabajador subordinado, cuando se hace hincapié en el trabajo propio o en la ejecución de la obra del profesional intelectual. Pero hay casos también en los que la muerte sí es compatible con la subsistencia de la relación que se refería a una persona, pese a lo cual se justifica la resolución a iniciativa de la contraparte (en la locación, el alquiler, la contrata, el comodato, la sociedad simple, etc.).

En perspectiva abstracta, el ordenamiento podría ligar con la muerte de la persona el final de todas sus relaciones, así como el regreso de los bienes a la colectividad o, eventualmente, el paso de tales bienes, por nuevos caminos, a otros particulares. Solo que una solución como esta es extraña a la experiencia italiana concreta, así como a la de los demás ordenamientos que conocen, en medida más o menos amplia, las instituciones de la propiedad y de la familia, y que conocen también un régimen hereditario, es decir, uno que regula la transferencia de bienes y relaciones luego de la muerte de la persona. El fenómeno de la sucesión –que proviene literalmente de *sub* y *cedere*, es decir, subentrar en la posición de un sujeto en una relación jurídica– está tan presente en la costumbre del pensamiento y del lenguaje de los juristas que el legislador se vio inducido a dedicar un libro entero a la materia hereditaria (el segundo del Código Civil italiano) y a titularlo, puramente y simplemente, "de las sucesiones".

Esta materia está ligada estrictamente con los temas de la propiedad y de la familia. El régimen sucesorio presupone, en efecto, y en primer lugar, que existan, según el sistema económico-jurídico, bienes apropiables por los particulares. Dicho régimen debe ser, además, coherente con el diseño constitucional, que hace mención de las sucesiones por causa de muerte en la norma dedicada a la propiedad. Incluso los antiguos ordenamientos de los países socialistas reservaban la denominación de "propiedad personal" para aquellos bienes que admitían (junto con el derecho de propiedad concebido como derecho de excluir a los demás, según la fórmula recibida del derecho burgués) la libertad del particular de disponer mediante testamento, y en ausencia de disposición a título particular, contemplaban la devolución de tales bienes a los sujetos pertenecientes al entorno familiar de la persona, conforme a determinación legal.

Junto con el régimen de la propiedad, el sistema de la sucesión por causa de muerte se presenta asociado también con las instituciones familiares. La devolución de los bienes, en efecto, en caso de no ser establecida por el particular mediante acto de autonomía negocial (que en el sistema italiano es el testamento), opera en virtud de la ley a favor de sujetos vinculados con el difunto por estrechos vínculos familiares (sucesión legítima o llamada también "intestada", o sea, sin testamento). La libertad negocial que se expresa en el testamento está limitada, a

su vez, por el necesario respeto a los derechos de las personas (los llamados "legitimarios") "a cuyo favor la ley reserva una cuota de la herencia u otros derechos en la sucesión" (conforme al art. 536 del Código Civil italiano).

La concepción de la comunidad familiar acogida por la ley es de distinta amplitud en el régimen de la sucesión intestada y en las normas para la tutela de los legitimarios (o reservatarios). En la sucesión intestada sobrevive una concepción extendida de la familia, que responde a estructuras arcaicas de tipo patriarcal, predominantes en la economía del campesinado. Los legitimarios a cuyo favor se despliega la sucesión, denominada "necesaria", son identificados, en cambio, según los criterios de la familia restringida (o nuclear, según la expresión sociológica). Es por ello que entre estos últimos se comprende al cónyuge, a los hijos legítimos y naturales, a los ascendientes legítimos. La segunda concepción refleja la imagen que tiene de la familia en la norma constitucional, cuando se garantiza su derecho como "sociedad fundada en el matrimonio" (según el art. 29, primer párrafo de la Constitución italiana).

Se habla de sucesión "por causa de muerte" porque la muerte es el hecho que determina la transferencia de los bienes y el traspaso de las relaciones. El fenómeno traslativo deviene, para el derecho, un efecto indeclinable del hecho natural de la muerte de la persona. Lo que cambia, según la índole de la vocación hereditaria, es la dirección que la ley impone a los bienes y a las relaciones. Si el particular ha dispuesto válidamente mediante testamento, la ley se remite a sus indicaciones; de lo contrario, en caso falta total o parcialmente la sucesión testamentaria, la ley provee con reglas exhaustivas propias. Aclaradas en este sentido las relaciones entre sucesión legítima y sucesión testamentaria y los límites de la libertad de testar, es que se dice que "la herencia se devuelve por ley o por testamento" (conforme al art. 457, primer párrafo, del Código Civil; mientras que en el art. 42, cuarto párrafo, de la Constitución se señala que "la ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria").

La conexión con la institución de la propiedad, que la ley garantiza en la medida en que esta tenga una función social y sea accesible a todos (conforme al art. 42, segundo párrafo de la Constitución) puede inducir al intérprete a interrogarse sobre la necesidad de "una función social" que se pueda identificar o buscar en el fenómeno hereditario, donde se produce una adquisición de bienes que no se funda en el trabajo ni en el ahorro personal del sujeto. El trabajo y el ahorro son los títulos de adquisición que la valoración social juzga revestidos de segura legitimidad, y que en la primera redacción de la norma constitucional figuraban expresamente mencionados como las vías garantizadas para el acceso a la propiedad de los bienes.

En realidad, al derecho hereditario se le ha considerado siempre como expresión típica de las ideologías y de las estructuras burguesas, destinado a perpetuar el control de la riqueza y del ejercicio del poder en el ámbito de familias y de grupos, e incluso capaz de generar discriminaciones en dicho ámbito, con el fin de asegurar la conservación de los patrimonios y del poder. Las revoluciones liberales mismas, con la afirmación de la igualdad de los hijos y con la remoción de las instituciones de la edad feudal (entre otros, el fideicomiso y el mayorazgo) no cambiaron la imagen ni la función del derecho hereditario. La plena autonomía reconocida a los particulares en torno de la parte "disponible" del patrimonio y la posibilidad de una renuncia anticipada a la herencia, como a menudo eran inducidas a hacer las hijas en ocasión del matrimonio y de la constitución de la dote, sirvieron, justamente, para conservar y hasta para darle más vigor al diseño original.

Pero a la transferencia hereditaria, considerada como transmisión de bienes le es sustancialmente ajena toda función social, tal como le es ajeno, asimismo, aquel intento de cambio en la titularidad de los bienes que la ideología liberal buscaba favorecer, y que los textos constitucionales resumen en la accesibilidad a todos de la propiedad privada. Los intereses de la colectividad frente al fenómeno hereditario tienen forma de hacerse valer por un camino distinto, a saber, el consagrado en la norma constitucional, cuando se habla de "derechos del Estado sobre las herencias" (art. 42, cuarto párrafo).

La norma concerniente a los "derechos del Estado", más que a la hipótesis en que el Estado hace suya la herencia por falta de sucesores, se refiere a las medidas de incidencia fiscal en los bienes en materia de sucesiones por causa de muerte. Es el impuesto a las sucesiones el instrumento del cual se vale el ordenamiento cuando la transmisión de bienes ocurre en favor de extraños a la comunidad familiar, para que a la sucesión por causa de muerte se acompañe siempre la destinación, si quiere un retorno, de parte de los bienes en beneficio de la colectividad.

Fuera del aspecto tributario no es fácil apreciar en el fenómeno sucesorio una función social (para no evocar, en esta ocasión, las perplejidades que subsisten respecto de la fórmula utilizada para la propiedad en el texto constitucional italiano, y que ponen en evidencia la ambigüedad de sus significados).

OTROS TRABAJOS
DE ACADÉMICOS HONORARIOS
INCORPORADOS

SOME ASPECTS OF MODERN LEGAL CULTURE

Lawrence M. FRIEDMAN(*)

In 2010, the European Court of Human Rights heard a case out of Croatia, involving for the most part the struggle of a mother to gain the right to visit her son(1). The mother had been convicted, in 2005, of murdering her husband, in "imperfect self-defense." She was sentenced originally to nine years in prison, but this was ultimately reduced to three and a half years, and she was released in 2008. Meanwhile, her son had been placed in the care of his paternal grandmother. When the mother got out of prison, she began a long and involved legal battle to gain visiting rights. Her son, apparently, did not in fact want to see her. The maternal grandmother also wanted visitation rights. The struggle included a claim before the Constitutional Court of Croatia. That Court made rulings favorable to the mother, but she nonetheless went on to bring an action before the ECHR, under Article 8 of the European Convention, which guarantees "the right to respect for … private and family life". The ECHR, however, for a variety of reasons, denied her claim; for one thing, in the Court's opinion, she had not yet exhausted her remedies in the Croatian courts.

This was not a major decision; and it is unlikely that legal scholars will pay much attention to it. Nor am I concerned with whether the decision makes either legal or social sense. I would stress, instead, two simple but basic aspects of the case. First is the surprising fact that the case reached the level it did: the highest

(*) Marion Rice Kirkwood Professor. Stanford Law School, Stanford University, USA.

(1) C and D v. Croatia, ECHR Application Nº 43317/07 (decided in 2010).

courts in Croatia, and the ECHR, which is, in a real sense, even higher than the highest Croatian court. It would be impossible to imagine such a case in the 19th century; or even in the first half of the 20th century. What the local courts decided, in such delicate matters as child custody and visitation rights, would simply be accepted. Appeals would be quite uncommon; and it would be especially uncommon for a custody case to reach the levels this one reached. Moreover, it seems extraordinary too that "C" (the anonymous mother), a woman with a criminal record, felt entitled to bring the case, and to pursue it through the maze of national and international courts. She must have had a strong consciousness of right, a strong sense that these rights had been violated, and that there was possible recourse through law: and this kind of consciousness of right is, in general, something which is very much a modern, indeed a contemporary phenomenon.

Another point is that the ECHR entered the picture at all. This was an international tribunal, sitting miles and miles away from Croatia; and the decision was in the hands of a panel of judges who were not, with one exception, from Croatia at all. Of course, the case had a definite, formal legal background. It rested on specific institutions: on the European Convention on Human Rights; and on the European Court of Human Rights. The personnel, the procedures, the methods of this court were crucial facts. These constituted, as it were, the bones, the skeletal structure, the framework; but the substance depended on a particular form of legal culture. And that legal culture is the fundamental basis on which the case rests. Indeed, the case from Croatia reflects a key element of modern legal culture: the primacy of concepts of human rights.

When I say "legal culture", I am referring to ideas, attitudes, opinions, and expectations about law, the legal system, and the legal order: what people think about law, courts, lawyers, and other aspects of the system(2). Other scholars have, to be sure, used the term in different senses; but I prefer to apply the term in the way just mentioned. When you use the concept in this sense, then legal culture becomes a measurable variable. Legal culture then can be treated as a kind of social fact. A scholar can discover a great deal about legal culture, through surveys and interviews, although this is never easy. Indirect evidence of legal culture comes from popular literature, and many other sources. There is a considerable literature that tries to measure legal culture; some of it, on a comparative basis. But, in fairness, one has to admit that the literature has barely scratched the surface(3).

(2) See Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective (1975), pp. 173-174.

(3) See, for example, David Nelken and Johannes Feest, eds., Adapting Legal Cultures (2001); James L. Gibson and Gregpry A. Caldeira, "The Legal Cultures of Europe," Law and Society Review 30:55 (1996).

In any event, one cannot help to understand how any legal system actually works, without taking legal culture into account. Legal systems are complicated machines. They consist of networks of rules and laws, run by a complex of institutions; not to mention the people (lawyers, judges, police) who run the system. In addition, the general population, which is subject to the legal system, is also an important influence on the system and its operation. The legal system can be compared to a complex machine. The machine, like all machines, does not run by itself. Someone has to set it in motion. Legal culture is, in a way, the switch that turns the system on or off. After all, peoples' attitudes, ideas, and expectations are what make them decide to sue somebody, or not; to go to court, or not; to demand a change in the laws, or not.

Obviously, every person is a unique human being. Probably no two people have exactly the same ideas and attitudes about law or anything else. But surely there are patterns and commonalities. It probably makes sense to talk about the legal culture of men, or of women, or of French people as opposed to people in Italy, or young men as opposed to old men; we can speak of the legal culture of races, ethnic groups, or people who run in marathons, people suffering from asthma, and so forth; any identifiable group may (or may not) have a distinctive legal culture, a pattern of ideas and attitudes toward law and legal matters.

Naturally, these ideas and attitudes do not come out of nowhere. If people refuse to go to court, they might have all sorts of reasons for their attitude. They may feel that it is dishonorable to sue somebody else. Or, in their society, courts may be corrupt and inefficient, so that it is pointless for most people to use them. In other words, structures and institutions have a real and significant impact on legal culture. Influence also flows in the other direction as well.

In an earlier essay(4), I put forth the idea that there is a distinctive **modern** legal culture. I asked, whether we can name some general patterns, of legal culture, and legal structure, which are common to all modern societies. I used the word "modern" to refer mostly to the so-called "first world": the countries which are rich, literate, highly developed, technologically advanced. Japan or Finland would be examples. But Afghanistan or the Chad Republic would not qualify as "modern" in this sense. Many countries fall somewhere in between the two poles; and in almost every country –perhaps even Afghanistan– there is a modern

(4) FRIEDMAN, Lawrence M. "Is There a Modern Legal Culture?" Ratio Juris 7:117 (1994). The traits listed in that article, and in this essay, should be taken as hypotheses, which can be tested, although up to now, most of these hypotheses have not really been confirmed by research.

sector, usually made up of elites of some sort, or very likely, a small but growing middle class.

Modern legal cultures, like legal cultures in general, are quite complicated. In this particular essay, I want to isolate and discuss **three** traits of modern legal culture, traits which I consider particularly distinctive and important. First, modern legal cultures, in a striking way, emphasize, protect, and guarantee (or try to guarantee) fundamental **human rights**. Second, modern legal cultures put enormous stress on individual **choice**. And third, modern legal cultures are strongly convergent. By this I mean that the legal cultures of countries within this group of rich, democratic, modern countries, and perhaps within the circle of elites in other countries, are becoming more and more alike. These are, I am sure, not the only traits that characterize "modern" legal cultures. But I do think they are significant.

HUMAN RIGHTS

A heavy emphasis on human rights is characteristic of the times in which we live. Ideas about human rights form part of the legal culture of millions, perhaps billions of people; and not only in the first world. It is striking how these ideas have spread in recent years. They are almost universal in the rich, developed countries. But all around the world we see evidence of the massive power of certain basic ideas about human rights: in the so-called Arab spring, very recently; in Asia, even (recently) in Myanmar; and very definitely, in the history of the last generation or so in Latin America. Everywhere, in short, the culture of human rights has shown explosive growth. Not that the ultimate result of the various human rights movements is predictable; and certainly the movements are by no means always successful. The fall of the Shah of Iran only led to the repressive government of the Ayatollahs. It remains to be seen what will happen in Libya or Egypt. Yet clearly zeal for human rights –a hunger for human rights– is on the rise.

Modern technology plays a role. In our times, ideas, images, and concepts spread around the world with the speed of light. No man is an island, said the English poet, John Donne; and this is truer than it ever was in the past. No person is an island in the world of television; the world, moreover, of the cell phone and the internet.

I want to emphasize that I am talking about a social phenomenon. I am **not** talking about political theory or philosophy. There is of course a huge literature on human rights. Political theorists, philosophers, and legal scholars have written most of it. Most of it is about doctrines, documents, institutions and values; most of it is highly theoretical and normative; or is devoted to the formal analysis of legal doctrines and interpretation of texts. Yet, in my opinion, the literature tends

to miss a central point, at least in one regard. That point is this: rights consciousness is an aspect of general culture (and legal culture). All the theories and treatises, the books and the documents, are not really what has led to the development of the human rights movement. I wonder if the theories and the treatises have any impact at all. Theories and doctrines, I believe, are effects, not causes. Even the various charters, treaties, and manifestoes, important though they are, cannot be understood outside of their social context. The human rights movement gets its strength from society, not from philosophers and pundits.

The human rights **culture** is extremely powerful and pervasive today. They are what produce, in the end, the theories and the doctrines. These grow out of this culture; and not the other way around. The volcanic growth of norms of human rights, in the last few decades, is undoubtedly a social fact. The great philosophers and theorists have had, it seems to me, at best only a marginal or technical impact. But the movement, on the other hand, has everything to do with the peculiar nature of modern society, its culture, its structure, its stage of technological development. Those who insist on the impact of great thinkers have to show **how** this impact comes about; they have to show some **mechanism**, that is, some way in which books that very few people read make a difference; how and why their contents spread through society. And this is a very hard job. Perhaps impossible.

After all, we have to explain why some ideas, and not others, catch on, take fire, in our times. Any explanation of this sort has to rest on social, economic, and cultural forces, factors which operate outside the covers of great books. Society no doubt owes a debt to the brilliant minds of people who formulate and synthesize ideas. It owes a debt to lawyers who skillfully draft documents, treaties, treatises, and charters; and who try to clarify the meaning of texts. And, of course, what legal scholars write –about the meaning of documents, treaties, charters, and also about court decisions– can be useful to human rights activists; and to those who simply want to understand what is going on. But they are not the **source** of the human rights culture.

The term "human rights" is not easy to define or to describe. People, of course, are not of one mind about the subject. Or, to be more accurate, they do not agree on **some** aspects of human rights. There is pretty much of a consensus about at least some fundamental rights. Everybody in the human rights movement would agree that some sort of freedom of speech is a fundamental right –including, very definitely, the freedom to criticize the government–. Also the right to practice any religion, or none; the right to a fair trial; or the right to travel. Moreover, modern ideas of human rights rest on the assumption that the basic rights

are inherent and universal. "Universal" means that they belong to everyone, men, women, and children, and to rich and poor, and to all strata in society.

No right, to be sure, is absolute and unconditional. Freedom of speech does not include the right to spread hurtful lies about people. There are always gray areas, areas of dispute. Is pornography protected by freedom of speech? The United States Supreme Court has often wrestled with this issue; without coming to any definite conclusion. If a protester burns the American flag, presumably to express deep negative feelings about the American government, can that government send him to jail? The United States Supreme Court said no; the protester was engaging in "symbolic speech", and the Constitution protects this kind of speech. But this was a narrow decision, five justices to four(5).

Freedom of speech also means at least slightly different things in different countries. In Germany, because of its history, it is crime to deny that the holocaust took place. In the United States this is not the case. In one or two countries, it is a crime to deny that the Armenian holocaust took place; in Turkey, it is a crime to say it existed at all.

The same would be true for any of the other items on the menu of human rights. Freedom to travel, yes: but can the American government prevent people from traveling to Castro's Cuba or to North Korea? Freedom of religion is basic; but when, in the United States in the 19th century, members of the Church of Latter Day Saints claimed a religious right to have many wives, there was tremendous disapproval; and laws were passed to clamp down on the church, which eventually renounced polygamy. In modern France, the state claims the right to tell young Muslim women that they cannot wear a headscarf in a public school. In the United States, this would be considered a grave violation of the religious rights of Muslim women.

The **content** of the menu of rights can vary somewhat from place to place. So too of the boundaries of any specific right. And every aspect of human rights is liable to change over time, as society changes. In theory, in the United States, it is still acceptable to regulate and control pornography. But the courts have allowed books to be printed, and movies to be shown, that are quite sexually explicit. A prior generation would not have tolerated such books and movies. Yet that generation claimed (quite sincerely) to believe strongly in freedom of expression. Indeed, early in the 20th century, the United States Supreme Court upheld the censorship

(5) The case was Texas v. Johnson, 491 U. S. 397 (1989).

of movies[6]. They were, after all, merely entertainment. "The argument is wrong or strained", said the Court, "which extends the guaranties of free … speech to the multitudinous shows which are advertised on the billboards of our cities and towns". The Court clearly felt freedom of speech referred to political arguments, discussions of religion, and the like; but mere "entertainment" was in a different category. about mere "entertainment". Censorship of movies today would be totally out of the question. Or censorship of plays, books, or works of art. In short, although the idea of "free speech" is quite old, the exact definition has changed –and expanded– enormously.

Thus what each "fundamental" right means is both culturally and historically contingent. Local and national differences are real enough. But it is important not to exaggerate this point. There is a broad area of agreement. Take religion: no civilized country today tries to burn heretics at the stake. In Latin America, and in Mediterranean Europe, the Catholic Church has had a powerful role historically; but all of these countries today guarantee freedom of religion, and people do practice many religions, and without persecution[7]. Freedom of religion is constitutionally guaranteed in all of these countries. The same point could be made about freedom of speech and the freedom to travel. Moreover, there are a few basic premises, which underlie the human rights movement, and which apply to all or almost all of the so-called fundamental rights. One of these premises, which we already mentioned, is universality: the menu of human rights belongs to everybody. As the Peruvian Constitution of 1993 puts it, Peruvians are all "equal before the law", and discrimination on account of race, sex, or religion is prohibited [Article 2 (2)]. Equality, equal rights, equal dignity: these are the very cornerstone of the human rights movement; and of the human rights culture. Whether this ideal conforms to reality, in any country, is another question. No country lives up to this ideal; but a strong historical current has moved in this direction.

Another fundamental premise of the human rights movement follows from the idea that the rights are inherent and universal. Rights of this type cannot, and should not, be impaired or taken away by anyone-- the government, the police, large institutions. In democracies, voters choose representatives, who sit in Parliament and pass laws. Parliament operates on the basis of majority rule. But the human rights culture –socially and legally– demands that the majority must respect the fundamental rights. These rights, usually embedded in a constitution or a bill of rights, trump the will of the majority. No legislature in a democratic society

(6) Mutual Film Corp. v. Industrial Commission of Ohio, 236 U. S. 230 (1915).

(7) Intolerance, to be sure, is found in such fundamentalist Islamic nations as Saudi Arabia and Iran; but these are exceptions.

can legitimately enact a law making it a crime to criticize the government. Or taking away the right of Muslims or Buddhists or Jews to practice their religion.

I want to repeat that this is, I believe, a **social** norm, not just a formal commitment in certain basic texts. It is what people think and want and believe; part, in short, of modern legal culture. And it is a norm with important consequences, structurally speaking. For the norm to mean anything, there must be some organ, institution, or agency, that has the power, the awesome power, to override the legislature or the executive. An institution with power to stop violations of fundamental rights. With power to order the government, the President, the Prime Minister, the Parliament, mayors, administrative agencies, the police authorities –in short, everybody– to conform to the norms underlying the human rights movement, at least insofar as they are set out in the constitution or some other basic law.

This then is crucial: a written constitution, a bill of rights, or something similar; and some agency –usually a court– which has the final say on what the constitution means. In the last two generations, a positive epidemic of constitution-making has swept over the world. The United States has had a constitution and a bill of rights for more than two centuries. The United States Supreme Court first assume the power of judicial review over acts of the national congress in 1803, in the famous case of **Marbury v. Madison**(8). But courts in other countries rarely exercised this kind of judicial authority in the 19th century, and in fact deep into the 20th century; and even in the United States, judicial review has had a complex, and rather tortured, history. It was not until the second half of the 20th century that the United States Supreme Court made full use of its power in the area of fundamental human rights.

In the period after the second World War, country after country adopted a constitution. Country after country inserted, into its constitution, a list of fundamental rights. Country after country also gave the power of judicial review to a court, very often (as in Germany) a special constitutional court. The Constitution of the Czech Republic, to take one example, establishes a Constitutional Court, with the right to "annul statutes … in conflict with the constitutional order" [Art. 87(1)]. In other countries, like the United States, the Supreme Court acts as a constitutional court, as well as the highest court in non-constitutional cases.

Each country, of course, has its own special history of constitutional law and judicial review. The United States, at the end of the second World War, basically

(8) Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

forced a constitution down the throats of the Japanese[9]. Germany and Italy, too, were conquered countries; yet conquest and American pressure cannot explain what happened in many other countries, which on their own either drafted constitutions, or revitalized old constitutions. When General Franco died, and Spain turned to democracy, it adopted this aspect of government. When the Soviet bloc collapsed, a wave of constitution-building followed in the former Soviet Republics, and among the members of the Soviet bloc. Judicial review, once a rarity, became much more common. Some constitutions specifically mention it. The Estonian Constitution [Art. 15 (2)] states that the "courts shall observe the Constitution and shall declare as unconstitutional any law, other legal act or procedure which violates the rights and liberties laid down in the Constitution or which is otherwise in conflict with the Constitution". In addition to these national courts, the European Court of Human Rights, as we noted, exercises a kind of judicial review over all of the countries of Europe –even those which, like the United Kingdom–, still resist the general idea of judicial review of leglislation. The United Kingdom has never had a written constitution; and still does not have one. Parliament, in theory, can do anything it wishes. But in a way, judicial review has crept in, more or less, through the back door (so to speak), by virtue of the European Charter, and the European Court of Human Rights.

Judicial review takes different forms in different countries. But what is clear is that judicial review satisfies a very strong urge in modern legal culture. Paradoxically, one piece of evidence is the way this urge plays out in countries which, for various technical, historical, or legal reasons, did not and do not have a written constitution. Canada is a prime example. Canada never had a constitution; but it now has an "Entrenched Bill of Rights", which has a special status; and which courts can and do enforce. In New Zealand, which historically also lacked judicial review, a Bill of Rights was enacted in 1990. There was no express provision for judicial review. But courts were told to construe laws in such a way as to be "consistent" with the bill of rights; and this consistent "meaning shall be preferred to any other meaning". The idea of judicial review, in short, seems to have extraordinary power in our times. Many countries embrace it explicitly; others find some way to exercise it, even when the form law is silent or hostile. Why should this be so? The short answer is because nothing else will satisfy the demands of the human rights culture, nothing else seems to ensure that the norms of that culture will be translated into living law.

(9) John Dower, Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II (1999).

In today's world, many countries eagerly sign international treaties and conventions, which set out and sometimes try to guarantee fundamental rights. Under some of these treaties, courts with enforcement power have been established. I have already mentioned the European Court of Human Rights. There are other examples. In 2000, the European Union adopted a Charter of Fundamental Rights. The Charter is "based on the principles of democracy and the rule of law." The Charter is not exactly law; but the European Court of Justice, the judicial organ of the EU, pays it considerable respect. The ECJ, in short, has also become a kind of human rights court(10). The African Union has set up an African Court of Justice and Human Rights. The Inter-American Court of Human Rights is the corresponding institution in the Organization of American States. And, of course, there is now an International Criminal Court as well; and a great many countries have agreed to be bound by its decisions (regretfully, the United States is not one of these).

The human rights **movement** is an undeniable fact; and the various charters, treaties and courts at least suggest that the human rights movement has crystallized into a regime of hard law. As I said, and as one has to admit, the working reality is far more complicated. There is the vexed question of impact. Do all these courts with the power of judicial review make a real difference in their respective societies? Each country, of course, has its own story to tell. Each is somewhat different from all others. And courts that, on paper, seem quite similar might actually behave quite differently. Some of the constitutional courts and high courts with review power are bold and progressive: India, South Africa, Germany. Others –Japan is a good example– are timid and feeble(11). Some of them seem to make a major splash in society; and play a major role, at least politically speaking. Others of these courts seem to hide in a corner, and rarely step forward boldly.

These courts have, in theory at least, the last work on matters of constitutional law and fundamental rights. On the other hand, none of them have any armies, any physical power of enforcing their decisions. Stalin was once quoted as asking cynically, how many divisions does the Pope have? The implicit answer, of course, was none; and therefore (as far as Stalin was concerned), the Pope had no real power in the world. Of course, Stalin was wrong about the power of the Pope. We can also ask, equally cynically, how many divisions does the United States Supreme Court have? Or the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany?

(10) On the work of this court, and its relationship to the ECHR, see Katharina Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa? (2007).

(11) On Japan, for example, see Masaki Abe, "The Internal Control of a Bureaucratic Judiciary: The Case of Japan," International Journal of the Sociology of Law 23:303 (1995).

Here too the answer is: no divisions at all. And yet, like the Pope, they do exercise power. Their orders are usually obeyed. They are obeyed because all branches of government, and society at large, feel they **must** be obeyed. Obedience is a matter of custom and tradition, rather than law. In most democratic countries, obedience is taken for granted. Of course, autocratic countries, military governments, dictatorships of various stripes do not allow courts to exercise this kind of power. Nobody expects full judicial independence in China. In some countries, judges who defy the government put their lives or careers at risk. In other countries –Venezuela comes to mind– the regime has effectively packed the highest courts with judges who can be counted out to serve the wishes of the government. But in countries that claim to be abide by the rule of law, the courts are obeyed, even when people –or the government– consider some decision, or some line of decisions, unwise; or wrong in some significant way. These courts are protected by the priceless, magic shield of legitimacy. Disobedience becomes quite unthinkable.

SOCIAL RIGHTS

Each of the new crop of constitutions has its own peculiarities. No two are exactly alike. But they all have a list of basic rights. These will always include freedom of speech and religion, and will usually say something about human dignity and equality before the law. Many recent constitutions also devote space to so –called social rights– rights to health and education, for example. The Peruvian Constitution mentions social security, and health care. The South African Constitution asserts a right to "health care services". In one litigated case, plaintiffs brought a lawsuit based on this constitutional right. The plaintiffs wanted the courts to force the government to take action which would prevent "mother-to-child transmission of HIV". This was a tall order, of course; and the Court did not give the plaintiffs everything they wanted. But the Court did issue some specific orders. For example, it told the government to make a certain drug, Nevirapine, available to the public[(12)]. The Constitution of India also mentions a "right to an adequate means of livelihood", and a right to education. A law of April, 2010, tried to make this a reality, with mixed results[(13)].

Not every constitution, and certainly not every country, recognizes these social rights. They are somewhat more controversial than such rights as freedom of speech. And of course they are in some ways quite unrealistic. A paragraph in

(12) Minister of Health v. Treatment Action Campaign, 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (Constitutional Court of South Africa).

(13) New York Times, December 31, 2011.

the Constitution can hardly put bread on the table, or provide homes and medical care, in countries that are quite poor, in which the unemployment rate is high, in which millions of people live hand-to-mouth on a few dollars a day or even less. One has to wonder how much good these social rights, constitutionally speaking, can do in countries like India or South Africa, with their millions of desperately poor people.

The United States Constitution is more than 200 years old, and is extremely brief, by modern standards. Most of the recent constitutions are much wordier. The United States constitution makes no mention of the so-called social rights. Universal health care is still controversial in the United States, unlike most developed countries. But even in the United States, the individual states, without exception, provide for free public education. And it is easy to forget that each state has a constitution of its own; some of these are more recent, and much broader, than the national constitution. Some states, for example, specifically mention a right to "privacy"(14). The federal constitution has no such provision, although decisions of the Supreme Court have "interpreted" the constitution in such a way as to include a "right to privacy", which protects basic decisions about sex and reproduction(15).

A right to medical care may or may not be specified in the constitution. Neither Canada nor the United Kingdom have a constitution at all, in the literal sense. Both of these countries have elaborate systems of medical care. Both could, in theory, abolish their systems. But health care is extremely popular in these countries (and others). A right can be considered fundamental, even if the constitution says nothing about it. This is true of free public education, in the United States, for example: the national constitution does not mention it at all. Concepts of "rights" are, after all, **social** realities; and social reality is more important than legal reality.

Social reality also guides courts –consciously or unconsciously– in the way they "interpret" their texts. The United States Supreme Court interpreted the 14th Amendment, which dates from the 1860's, to mean that sex discrimination violates the Constitution , that it denied women the "equal protection" of the law. Of course, in the 1860's, women did not vote or hold office; and were subject to all sorts of special laws. The men –and they were all men– who drafted the Amendment never imagined that it outlawed all forms of sex discrimination. But the Supreme Court, in 1971, held that this was precisely the effect of the equal protection

(14) In Montana, for example, the Constitution (Art. II, sec. 10) states that "The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society".

(15) The leading case was Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); in Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), the court extended the doctrine to cover a right to abortion.

clause[16]. The text had not changed in any way; but social norms and social realities were radically different from the way they were in the 1860's. Indeed, the Supreme Court was slower than the other branches of government to reflect these norms. Congress had passed a Civil Rights Law in 1964, which specifically outlawed sex discrimination in schools and on the job[17].

The discussion thus far has made it clear that the human rights **culture** is historically, politically and socially contingent. To be sure, many scholars, and many human rights activists, use words like "universal" and "inherent" when talking about human rights. They may have some kind of theoretical or philosophical point. They may be right, too, empirically, that is, this is in fact what millions of people all over the world people think and believe. But to be brutally frank, our ideas of human rights are neither "universal", in the sense that they are recognized everywhere, nor "inherent" in the sense that they are part of the human condition and always have been. Historical contingency may be an inconvenient truth, but it is a truth nonetheless. All over the world, until quite recent times, women did not vote or take part in political life. Indeed, in most countries, men did not vote either; there were kings and queens and nobles, and they ruled over the common people; writing a pamphlet against the government could cost you your life; in addition, there were state religions, and bitter persecution of minority religions and heretics; victims of the Spanish Inquisition were burned at the stake; go back far enough in European history, and you find torture used as a regular feature of criminal procedure. Until the 19th century, Latin-America was a collection of colonies, mostly of Spain; and the British and French ruled most of Africa. Needless to say, indigenous people had few rights in colonial societies.

In short, the human rights movement, and the human rights culture, is distinctly modern; it has a history, but that history does not go back to the dawn of time. It cannot be dated precisely; but its maximum growth, its greatest power, goes back no more than a few generations. This takes away nothing from the power and the value of the human rights movement. Some conservatives, in Asia in particular, have critiqued the human rights movement. They claim that most concepts of human rights are "Western"; that they do not fit Asian societies. Some even try to call the human rights movement a form of imperialism or neo-imperialism. But the basic list of human rights is not Western at all. It is simply, as I said, modern. To be sure, these ideas first emerged in the West. But so did the automobile and the computer; so did both rock-and-roll music and the music of Beethoven; so did

(16) Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

(17) 78 Stat. 241 (act of July 2, 1964); see Robert D. Loevy, ed., The Civil Rights Act of 1964 (1997).

the telephone and the electric light. But nobody could seriously argue these are simply "Western", and culturally unfit for Shanghai or Singapore.

Democracy too emerged first in the West. But it works perfectly well outside the historic west-- in Japan, Taiwan, and South Korea, for example. And it works, also, in countries with a colonial past: in Chile, in Botswana and India, in Australia and New Zealand. No European country was a democracy in the 17th century. Of course, each country and each area has its own special history. But all of them –and in particular the richer and more developed nations– have shared in what has been a global and not merely a regional movement. And obviously there is no going back: certainly not to colonial rule, or to the era of kings and queens. Very few people in Japan or Korea, or for that matter, Chile or Uruguay, would like to turn back the clock, and embrace military dictatorship.

To repeat: the human rights movement is in fact historically and culturally contingent; but that does not take anything away from the fact that today, in our times, in our societies, it has extraordinary social and legal power. The movement must have profound cultural roots. What are these roots? Where does the human rights culture come from? What is the source of its power?

There is almost certainly no simple answer. It is certainly not something that Kant or John Locke or other philosophers invented. And such documents as the Declaration of the Rights of Man, or the American Constitution, or the Atlantic Charter, or any of the other contemporary declarations, treaties, and the like are also not really the source. They play a role, to be sure. But they **reflect** the human rights culture; they did not create it.

That culture is "modern" in the sense we are using the word here. But "modernity" is itself a difficult concept; and its evolutionary history is extraordinarily complex. Crucial, to be sure, are the industrial and technological revolutions; and the rise of a modern economy, an economy of markets. One result has been, in many countries, the growth of a large middle class with money to spend; and leisure to spend it in. The human rights movement, as we said, has its most developed state in the wealthy, developed, democratic countries. From there it has spread more widely, to sectors and groups in other countries. Wealth and development help foster the growth of democracy. This is not a universal law, Singapore and Hong Kong are rich, and are only imperfectly democratic. But as a general rule, wealth and development either lead to democracy, or are a byproduct of democratic systems. And the human rights movement grows out of democratic soil. Its appeal, of course, is broader than this. Millions and millions of people in countries all over the world yearn for the basic rights, the freedoms, that the human rights movement embraces.

Wealth, development, and democracy transformed society in the developed countries; and as they did so, they brought about changes in ways of life; in the way people think and behave. And of course modern conditions of life have deeply impacted the legal culture. In addition, it would not be far-fetched to say that modernity has affected personality itself the very outlook on life that the typical citizen has. Very notable was a new and heightened form of individualism, which Robert Bellah and his colleagues have called "expressive" individualism: the idea that "each person has a unique core of feeling and intuition that should unfold or be expressed if individuality is to be realized"; the idea that the "meaning of life" is "to become one's own person"(18).

Bellah was writing about the United States; and each country is of course somewhat different. But I think expressive individualism has become a dominant form of personality in all modern, wealthy, developed countries to a greater or lesser degree. Economy and society seem to conspire to foster it. Consider modern advertising, for example. Nothing is more distinctive and pervasive in today's world than advertising. Advertising is everywhere. And whatever else one can say about advertising, it is always addressed to the **individual**; it carries a message of individualism you can become better, happier, more successful, more attractive, if you follow the advice that is given, and buy the right products. You can have brighter teeth, or a faster car, or fewer headaches and wrinkles, or a more satisfying love life; you can improve your language skills; you can become wiser and healthier. The world of advertising is not confined to the rich countries. No country is free of it. Signs, slogans, and billboards are all over China, for example.

Advertising asks you to choose a particular product, out of a number of competing products. The modern world in general is a world which places enormous emphasis on individual **choice**. I turn now to this subject.

FREEDOM OF CHOICE

The notion of choice is basic to modern legal culture(19). The concept is, of course, clearly linked to expressive individualism; and in turn to the culture of human rights. Expressive individualism is the doctrine that each human being is unique. Each person has strengths and weaknesses; but each person is entitled to try, as best he or she can, to become what the person wants to become, to live the life the person wants to live, to choose for himself or herself a unique path through life.

(18) Robert Bellah et al., Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life (1985), pp. 82, 334, 336,

(19) I explored this subject in more detail in The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture (1990).

It says something about modern culture that what I have just said might sound totally obvious to most contemporary people. Of course, in the past, nothing could have been in fact **less** obvious. In traditional societies, in highly stratified societies, a person's position in life was more or less fixed and unchangeable. You were born a commoner or a noble; a man or a woman; a member of a particular race, religion, ethnic group; you were even, at times, born into a particular occupation. The nobility is essentially gone from modern societies, at least in the West. There are still kings and queens, but, like the Queen of England, they are mostly figureheads. It is still of course true that we are born male or female, and this makes a huge difference. Yet the human rights culture insists that status, opportunities, and other social goods should not depend on accidents of birth. The basic premise of the human rights culture is, as we said, an ideal of absolute legal and social equality. Of course, the reality is substantially different. But the **ideal** is strong (and modern); and the gap between ideal and reality, large as it may be, has certainly shrunk considerably in the last two generations.

The basic premises of the human rights culture imply, necessarily, a wide range of **choice**. A modern woman can decide to be a simple wife and mother, as in the past. But she can also decide to be an airline pilot, a truck driver, head of a business, or even a Prime Minister. In the past, a Margaret Thatcher or a Cristina Kirchner would have been unthinkable. There has been, also, a revolution in race relations. African-Americans were held in slavery until the 1860's; and Afro-Brazilians even longer. In the United States, even after the end of slavery, blacks were subject to something very much like a system of peonage and apartheid; in the Southern states, where most of them lived, African-Americans were not allowed to vote or hold office[(20)]; they had little or no legal protection; and were subject to violent attacks[(21)]. Today, after a long struggle, race relations have improved enormously. An African-American was elected President in 2008. In many countries –Canada and Australia; and several Latin-American countries– indigenous peoples, who were for a long time marginalized and oppressed, have awakened, and demanded their rights. In many countries with indigenous populations, today, there is (at least in theory) protection for indigenous culture, ways of life, and often land rights as well.

Racism is still, of course, a major social problem in many countries. The Roma face social isolation and worse in the Czech Republic. Moslems from North

(20) Formally, African-Americans had the right to vote; and it was even guaranteed by the federal Constitution. But practically speaking, the southern states, through legal devices and through intimidation and violence, prevented this right from being exercised.

(21) See Leon F. Litwack, Trouble in Mind: Black Southerners in the Age of Jim Crow (1998).

Africa have flocked to countries like France, often to be treated as second-class citizens. Every European country has problems of assimilation; some of these countries –Sweden, for example– have had to deal, for the first time, with ethnic diversity. Language minorities are also demanding recognition: Basque, Welsh, Catalan and others, in Europe, Aymara and Quechua in Latin America. Despite many problems, the norms and theories of the human rights culture are not merely theories. Unquestionably, women and minorities have achieved a great deal; there are choices open to them that were never open in the past.

There is here a kind of paradox. On the one hand, the culture glorifies the idea of choice, freedom, room to maneuver. But choice is, to a certain extent, an illusion. In the first place, old prejudices die hard; and new prejudices –against Moslems, for example– spring up like weeds. Birth, social class, gender, wealth and poverty: all of these are severe constraints on choice. They can be mitigated, softened; but it is almost impossible to get rid of their impact. People who are born poor have a real chance to rise in the social scale; but it is never easy.

Choice, moreover, is always constrained by culture, tradition, and social norms. The right to choose is almost always a right to selected from a fixed menu of choices. "Menu" is a fairly apt metaphor. A person goes into a restaurant, reads the menu, and orders what she wants. Nobody tells her what she has to order. But obviously, she can only choose items that are already on the menu; and she has no control over that. An animal born in a zoo, and raised in a zoo, may have no idea that a different world exists, outside the zoo: no concept, for example, about life on the plains of Africa. Humans, to a degree, are like an animal in the zoo. Forces we do not see –forces we are not even conscious of– determine in large part what we do, what we think, how we behave.

Human beings are thus both free and unfree. Social forces, social structures –economic, political, culture– constrict them. In particular, cultural norms: ideas and beliefs we take for granted. This is one of the reasons why people tend to exaggerate the role of great thinkers, theoreticians and philosophers. These men and women may have brilliant insights; what they say and write may seem daringly original. But they are, necessarily, constrained by the world they live in; they accept (as they must) most of its cultural baggage. They live, after all, in the particular human zoo of their period. In this regard, they are not different in kind from most humble citizens of their own society.

CONVERGENCE AND MODERN LEGAL CULTURE

I want to advance, as a third proposition, the idea that in many ways, members of the club of truly modern countries –the wealthy, developed and democratic

countries– are converging, that is, becoming more and more alike. They share, for one thing, more and more of the human rights culture[22]. Their general cultures are also converging. People all over the developed world dress the same, drive the same sorts of cars, use the same sorts of computers and smart-phones, work in buildings that, if they are recent or new, are very much alike. The rhythm of the day is much the same for citizens of Singapore and Sweden. People in both countries tell time with very similar clocks, watches, and smart-phones. People all over the world listen to the same sort of music, whether it is Bach, jazz, or hip-hop. A high and a low culture of modernity binds these countries together. And, more and more, these cultures spread to the elites and the middle class, even in countries that are relatively speaking underdeveloped.

Of course, no two countries are the same. It would ridiculous to claim that South Korea, Australia, and Finland are culturally identical, or even close to identical. But in my judgment the similarities outweigh the differences. Consider, for example, Japan. Japan is a rich, modern, and highly-developed country; but it is not part of the historic Western world. Of course, a tourist from America or Argentina or France, arriving in Tokyo, would immediately notice many things that seem quite different; things that seem distinctively Japanese. The Japanese think of themselves, too, as very special. Many Japanese, and some foreign experts on Japan, claim that the similarities with the Western world are superficial a thin veneer. A strong vein of culture, deeply embedded in the Japanese way of life, the Japanese personality, supposedly molds and defines the Japanese people in a very special way. In other words, the computers, the automobiles, the air conditioners, the neckties, the rock-and-roll music, are somehow not essence, not what is truly Japanese. The real essence never changes, or changes very slowly; and it sets the Japanese apart from everybody else[23].

Of course, the Japanese are not the only people who think of themselves as unique. In my country, there is a concept called “American exceptionalism”, which basically asserts something quite similar about the United States. Scholars and ordinary people, in many countries, have the strong feelilng that **their** country is special, that they have a distinctive national self. We hear talk about the “Russian soul” or about the unique behavior of the English. And similarly of the French, the Italians, the Spanish; not to mention the Chinese, the Brazilians, and perhaps the Peruvians as well.

(22) Lawrence M. Friedman, The Human Rights Culture: A Study in History and Context (2011), pp. 72-75.

(23) See, for example, Eric A. Feldman, “Law, Culture and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan,” inDaniel Foote, ed., Law in Japan: A Turning Point? (2007), p. 50.

And of course each society is unique. Still, many countries –certainly modern, developed countries– have converged to the point where they have more in common than not. They all belong, so to speak, to the same species. And very likely, the middle class in many less-developed countries have also in many ways converged. If we look at the rhythm of life, at the conduct of business, at family organization, at technology, at medicine, at sports and culture, we find enormous areas of convergence. For example, people in developed countries and middle-class people almost everywhere dress in similar ways. The Japanese businessman, the Mexican accountant, the Kenyan lawyer, all show up for work in a suit and tie, not much different from the British banker. In Mexico City, Tokyo, and Helsinki, tall buildings share an international style. People drive similar cars. They own television sets and computers. They work in stores and offices. Perhaps the way to pose the question is this: is life in Japan today more like ordinary life in, say, France or Chile today, than it is like life in the period of the samurai, or of Lady Murasaki?

A prime example comes from what one might call the sociology of food. Many countries have their own distinctive styles of cooking, and eat distinctive types of food. There is Japanese cuisine, there is French cuisine, Chinese cuisine, Mexican cuisine. No one is likely to confuse sushi with tortillas and tacos. Yet if you were visiting Tokyo, and you chose to eat Hungarian food instead of Japanese food, there would be no problem. Or French food. Or Mexican food. Sushi is sweeping across the globe. There are, for example, are at least five sushi restaurants in Warsaw, Poland. Sushi can be found in Lima as well; or Caracas; perhaps almost everywhere by now. Food is just one of many examples of convergence. In a way, it is the opposite of ways of dressing. In clothing, there is international conformity: a single style for businessmen and women; and also for young people (blue jeans, for example). With regard to food, convergence takes another form: willingness to try cuisines from cultures other than your own. The ultimate result might be a single, global cuisine, although that is still a long way in the future.

Perhaps the most obvious exception to convergence is language. The middle class in Santiago or Buenos Aires has come to resemble the middle class in Tokyo, in many regards. But Spanish and Japanese have certainly not converged. As a result, when a Brazilian businessman, say, gets together with his Japanese counterpart, even though the two of them may share concepts, outlooks on life, business customs and practices, and so on, they will not be able to talk to each other in their native languages. They will either have to rely on interpreters; or communicate in some common language. That language today will almost certainly be English. Modern conditions of life **demand** a kind of common language for many purposes. Air traffic control is one obvious example. It would be chaos, if, at international airports, controllers spoke their native language Japanese, Turkish,

Finnish, Spanish, Chinese, and others. The rise of English as a kind of world language, for air traffic control and other purposes, is another sign of convergence[24].

And yet, we live in an age that more and more tends to recognize minority rights. Assimilation is a dirty word. Native Americans, Inuit in Canada, aborigines in Australia, Roma in the Czech Republic, Afro-Brazilians in Rio de Janeiro, indigenas in several Latin-American countries: all of these claim the right to restore and revitalize their distinctive cultures. Assimilation has become a dirty word. Cultural and language rights are considered basic human rights. The Bolivian Constitution gives formal recognition, not only to "Castellano", but also to more than 30 indigenous languages. The Canadian government has turned over a vast tract of land, which it calls Nunavut, to the natives who live in the far north of Canada.

Is this movement, this insistence on cultural pluralism, inconsistent with convergence? Yes, but only superficially. In the first place, what an Inuit demands is the right to be Inuit –or to assimilate– in other words, to choose what role to play, just as a woman has the right to choose to be a housewife or a coal miner, as she sees fit. Besides, as a matter of fact, many of the minority cultures have become weaker and weaker (except possibly with regard to language). They have in fact assimilated; and their cultural diversity is, in truth, only a veneer; the culture they are preserving is, in many ways, "a museum piece"; it is no more organic to their lives than the wooden shoes a Dutchman might put on once a year, or the Japanese kimono that a woman wears on special occasions. Convergence is much too powerful a force in the Netherlands and Japan, for these survivals to have much organic meaning[25]. To be sure, in many countries, indigenous groups have held on to more than language; they retain their communal ways, their distinctive ways of dress, their distinctive habits of thought. Even in these places, however, the modern world encroaches, slowly perhaps, but steadily. The very demand for indigenous rights is a form of encroaching modernity.

Convergence is, in my opinion, an overwhelming fact, in the wealthy, developed countries; and in no regard is it more so a fact than with respect to the human rights culture. At the end of the second World War, less than a lifetime ago, two defeated countries, Germany and Japan, had emerged from a period

(24) See Chris Longman, "English as Lingua Franca: A Challenge to the Doctrine of Multilingualism", in Dario Castiglione and Chris Longman, eds., The Language Question in Europe and Diverse Societies: Political, Legal and Social Perspectives (2007), p. 185.

(25) On this point, Lawrence M. Friedman, The Human Rights Culture: A Study in History and Context (2011), pp. 128-129.

of total dictatorship. The leadership in both countries was responsible for appalling crimes. Was it at all possible to turn these unlikely states into democracies? Some people were skeptical. Germany and Japan had no tradition of democracy, and no strong tradition of human rights. New institutions were forced down their throats. The early years were quite difficult[26]. But today both of these countries are vibrant democracies. They face many problems, yes; but they are free societies. Freedom of speech, religion, freedom to travel these are as secure in Germany and Japan as they are in Finland or Canada, if not more so. That either country, despite their history, might once again launch a war of aggression seems totally unthinkable today.

No single fact explains the triumph of human rights in Germany and Japan, and in other countries –Spain, for example–. Wealth is significant, of course. The richer the country, the more likely it is to embrace the human rights culture. The correlation is strong, but not perfect. India is poor but democratic; Singapore and Hong Kong are very rich, and less democratic. But these may be exceptions. Taiwan and South Korea were dictatorships for many years after the second World War. They were also poor: South Korea, indeed, had suffered terribly from Japanese occupation; then the savage Korean War left the country in ruins. Today, the military dictatorships that governed Taiwan and South Korea are only memories. Both countries are rich and democratic. Democracy, one hopes, will be their permanent condition.

THE FUTURE OF THE HUMAN RIGHTS CULTURE

This essay has concerned what I call the human rights culture. This culture is strongest in the developed world. In less developed countries –in Kenya, or Papua-New Guinea, or Nicaragua– there is usually an elite, a middle class, sometimes quite small, which absorbs modern technology, and very often modern ideology. Recent events in such places as Myanmar and Egypt suggest that the human rights culture is spreading. In today's world, ideas, images, pictures, messages go around the world quite literally with the speed of light. Television, email, blogs, and social networks, carry the word about the human rights culture all over the world.

Yet the impact is not the same in all places. The internet helps spread a consciousness of right; it spreads images and news about freedom, democracy, and personal dignity. But it can also spread messages of ethnic, religious, and racial

(26) See Frederick Taylor, Exorcising Hitler: The Occupation and Denazification of Germany (2011).

hatred. Not everyone celebrates the culture of human rights. Treating men and women as equals, for example, does not come easily, even in European countries, and even less so in Japan and Korea. But at least in these countries gender equality is official policy, and it has some power as a goal, an ideal –and a constitutional principle. In countries like Saudi Arabia, gender equality is both legally and culturally outlawed. In many countries, including, for example, Jordan, there are "honor killings"– women are murdered, by their own families, if they violate the sexual code; and usually with almost total impunity; nobody is punished for such crimes[27]. In many countries, there are serious signs of backlash and resistance, against modernity, and against the human rights culture. The rise of fundamentalist Islam is painfully obvious. Fundamentalism has been making a comeback in other religions, too; and in other societies. Is this wave of fundamentalism simply the last gasps of a dying way of life? Or is it the beginning of a new and decisive turn in human history? Nobody can say for sure.

In the last two generations, the human rights culture seemed to make great progress, and conquer new countries. Most of the military dictatorships in Latin America are gone. The Soviet empire collapsed; and countries like Estonia and the Czech Republic have entered the club of free, democratic countries. But it would be rash to assume that the human rights culture will eventually take over the whole world. Autocratic regimes can be overthrown; still, what replaces these regimes is not always what liberals might have hoped for. When the Shah of Iran was driven from power, a stern and merciless theocracy replaced him. Or consider once more the Arab spring. A spirit of rebellion against corrupt and vicious rulers, against military regimes, against powerful autocracies, ignited sparks in country after country. Modern global culture fed these revolutionary movements. These movements fed on, and made use of, all the tools of modern technology: in particular, cell phones, blogs, and social networks. And the human rights culture and its message was an essential ingredient in the revolutionary stew.

But it would be rash to predict that the end result will be Western-style democracy in these countries. There are powerful forces pushing in other directions. Fundamentalist religion rejects liberal democracy. It has enormous appeal to the millions of the disinherited; the millions who live lives of poverty, insecurity, and frustration. Other threats to the human rights movement come from another source: the rise of massive, dangerous global risks. For the first time in human

(27) See Catherine Warrick, "The Vanishing Victim: Criminal Law and Gender in Jordan," Law and Society Review 39:315 (2003).

history, there are forces, weapons, behaviors that could literally end life on earth or at least life as we know it. There is always the threat of atomic war. Scientists warn about the chance of catastrophic climate change. Whole island nations could be swept away. The vast jungles of Indonesia and Brazil are also at risk. The enemy here is population growth and reckless exploitation of resources. Thousands of species of birds, fish, mammals, frogs, and insects are endangered. What this might mean for our ecosystem is as yet unclear.

There is also a kind of arms race, between modern medicine, and the viruses and bacteria that bring on diseases. Harmful pathogens are evolving almost as fast as the weapons to fight them. No quarantine, no border patrols can keep out these intruders, once they get started. The AIDS epidemic is still wreaking havoc in Africa. Meanwhile, population growth puts a strain on resources. In the poorest countries, the population is exploding. In rich, developed countries, on the other hand, populations are static, or actually shrinking this is true of Japan, for example. The demographic time bomb has all sorts of implications. The rich countries find it harder and harder to maintain their welfare systems; there are two few young workers. In the poor countries, people flee from the country side, and swell the slums of the cities. Unrest grows. As the middle class increases, in countries like Mexico and Brazil, the birth rate declines. If this becomes more general, the world may yet avoid a demographic disaster. But the risk is great.

Another danger comes from technology itself. Technology in a real sense made the modern world what it is: first railroads and the telegraph; then the telephone; then computers, jet airplanes, antibiotics. The modern world depends on modern technology and science. Technology and science made possible the wealth of nations. But could human science and technology end up destroying us? This cannot be ruled out.

The human rights culture is not free-floating, independent of time and space. It depends on a certain kind of society, a certain social context. It depends on the social conditions of the modern world. On the ability of the economy to satisfy most of the citizens. It depends on autonomy and dignity, on peoples' ability to make choices for ourselves. What happens, then, in an age in which powerful tools are in the hands of government and big business, tools that can limit privacy and autonomy drastically? We live, for example, in the age of surveillance cameras. There are millions of these cameras, all over the civilized world; and they seem to multiply exponentially. Every time we buy a can of peas, or a lettuce, in a supermarket, this fact can be (and is) recorded. We read about a device, "no bigger than a cigarette pack," which can be attached to

a car "without the driver's knowledge," and which can track the driver's every move[28]. We live in a world in which "lifelogging" becomes possible: that is, where it is possible to see, record, and store incredible amounts of personal information about absolutely everybody, from cradle to grave; and in which powerful devices are able to retrieve any or all of this information at a second's notice. Nobody knows, or can know, what form the interaction between technology and society will work out in future years.

Modern legal culture –this has been our argument– rests on a strong base of individualism and choice. Some of this, but not all of it, is an illusion. Our culture is also a culture of flexibility, to a certain extent a culture of leeways. In my country, for example, as in many countries, most people often drive a little faster than the actual speed limit. The police pay no attention, unless you go **very** fast; or drive dangerously. You are also not supposed to drink and drive. Many people break this rule. Most of them are never caught. We live our lives on the assumption that these leeways exist. Nobody obeys every law every day and in every way. Most of these violations are slight. In some ways this is a flaw in the system; but in other ways, it is an absolute necessity. Now suppose –and this is fact, not science fiction– technology is able to detect, automatically, every car that is driving faster than the speed limit, even if only by a little bit; and suppose also that a computer could automatically generates a message, and assesses a fine against every driver who drives faster than the limit. If technology squeezed out all the leeways, all the flexibility and give in the system, would we like the kind of society that would result? Technology, in the hands of a ruthless dictator, would give that dictator powers that a Hitler or a Stalin could only have dreamed of. But what would this kind of power be like, even in the hands of a democratic government?

For millions of people, there are events and actions in the past that they would just as soon forget; and that they would like the world to forget. Millions of us say things we regret later on; send messages we wish were unsent; do things that are foolish and unwise. In the past, we relied on the fact that most of what we say or do –and even write– has been impermanent; it vanishes in a puff of smoke. Is this still the case? No email (I am told) is ever really deleted.

(28) Eric Eckholm "Private Snoops Find GPS Trail Legal to Follow," New York Times, January 29, 2012, p. 1; the United States Supreme Court recently held (United States v. Antoine Jones, January 2012) that attaching a GPS tracking device onto the car of someone suspected of a crime constituted a "search," which meant that the government could not do this without getting a warrant from a judge.

It lives on somewhere in the system. The internet, like the proverbial elephant, never forgets.

We could easily imagine a bleak and terrible future; a future more awful than any future portrayed in the most pessimistic science fiction. Or, on the contrary, we can also imagine a wonderful, blissful future, a future of wealth, prosperity, peace, and happiness. Or more likely, something in between. Human society can try to prevent the worst calamities from happening. Good laws and good institutions provide a certain amount of protection.

New technologies, and new circumstances, will surely change the world we live in, surely change the culture too, and in ways we have no way of predicting. The human rights culture presupposes a certain degree of social solidarity; a willingness to tolerate others, a commitment to equality. But at the same time, people want and demand the right to personal fulfillment. These two traits are, in a way, in tension with each other. Some fortunate societies, because they are rich and flexible, have been able to provide social solidarity and social welfare, while at the same time, allowing people to pursue their dreams, their search for happiness (within reason). Currently, the world economy is in crisis. How long it will last, is impossible to tell.

I have argued that the human rights culture is a product of contemporary life, and dependent on the circumstances of contemporary life. Whether the culture will continue to grow is also impossible to tell. No set of cultural norms and practices lasts forever. How the story will turn out, is something those of us living today have no way of knowing.

EN TORNO A LA COMPLEJIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Michele TARUFFO(*)

I. INTRODUCCIÓN

Recientes investigaciones, desde un enfoque narrativo, se han preocupado de forma particular por las narraciones que se desarrollan en el proceso judicial, y han analizado también la narración que el juez realiza al momento de motivar la decisión final de la controversia(1). Estos estudios han permitido poner en evidencia aspectos de la decisión judicial que de otra manera hubieran pasado inadvertidos, pero implican el riesgo de sugerir una imagen excesivamente simplificada y unidimensional de un fenómeno que, por el contrario, presenta numerosos aspectos problemáticos y se muestra constituido por la combinación compleja de varias dimensiones. Por tanto, si bien la decisión judicial se traduce en una narración, realizada por el juez, que puede ser útilmente analizada con los instrumentos ofrecidos por el estudio de la construcción de narraciones, sin embargo

---

(*) Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Pavía. La presente versión es una traducción del original en italiano hecha por el doctor Fort Ninamancco Córdova, profesor en las facultades de Derecho de las universidades de San Martín de Porres, Inca Garcilaso de la Vega y San Juan Bautista.

(1) En la literatura italiana cfr. en particular DI DONATO. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milán, 2008, p. 183 y ss.; TARUFFO. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti.* Bari, 2009, p. 40 y ss.; resulta inevitable la referencia a Amsterdam-Bruner, *Minding the Law*. Cambridge, Mass., Londres, 2000, y, más en general, a BRUNER. *Making Stories. Law, Literature, Life.* Cambridge, Mass., Londres, 2002.

parece oportuno, al menos, esbozar sintéticamente algunos de los principales aspectos de la complejidad de tal decisión.

Para hacer eso en pocas páginas es preciso, aunque parezca paradójico, manejar una concepción simplificada de la decisión judicial, excluyendo del discurso a variantes y variables ulteriores, cuyo análisis demandaría un desarrollo no posible en este trabajo. Así, por ejemplo, aquí no se pueden tomar en consideración los problemas que caracterizan la formulación colegial de la decisión en comparación al caso en el cual decide un solo juez, y tampoco se pueden tomar en consideración las peculiaridades de la situación en la cual –como ocurre, por ejemplo, en el *jury trial* norteamericano– la valoración de las pruebas y la decisión sobre hechos corresponden a un grupo de ciudadanos escogidos al azar y carentes de preparación jurídica, mientras que la decisión en Derecho es formulada por un juez profesional en Derecho. Entonces, conviene examinar la hipótesis más simple que, por otro lado, es de hecho la más frecuente en nuestro ordenamiento, así como en muchos otros, en la cual la decisión viene formulada en todos sus aspectos por un solo juez dotado de preparación técnico-jurídica.

En todo caso, es necesario tener presente que la función fundamental de la decisión judicial consiste en resolver una controversia según criterios legales y racionales controlables, y que tal función se realiza en cuanto el juez efectúa una elección –final, en el procedimiento concreto– entre diversas soluciones hipotéticamente posibles para conflicto(2). Además, se considera que el juez, por regla, tiene que motivar –o sea, justificar– su decisión, dado que en este sentido operan principios constitucionales y normas procesales ordinarias, y que precisamente al configurar este "discurso justificativo" el juez construye su narración relativa a los aspectos fácticos y jurídicos de la decisión que ha tomado(3).

II. LA DIMENSIÓN DIALÉCTICA

Una dimensión importante de la decisión judicial puede definirse como **dialéctica** por las razones que se pasan a explicar en seguida. Esta dimensión es, en realidad, doble: en efecto, se puede hablar de una dimensión dialéctica **diacrónica**, que se articula en el tiempo que transcurre a lo largo del desenvolvimiento del proceso, y de una dimensión dialéctica **sincrónica**, que atiende a la estructura de la narración que el juez realiza en la decisión final.

(2) Al respecto v. más ampliamente TARUFFO. Ob. cit., p. 193 y ss.

(3) Sobre la motivación de la sentencia como discurso justificativo v. TARUFFO. Ob. cit., p. 237 y ss.; Id. *La motivazione della sentenza civile*. Padua, 1975, p. 107 y ss.

La dimensión dialéctica diacrónica resulta evidente solo si se considera que la decisión judicial no es *uno actu* al final del proceso, sino que es el resultado final de un procedimiento largo en el cual se formulan y adquieren las premisas que determinarán esta decisión(4). Si también se considera al proceso como una secuencia de narraciones realizadas por varios sujetos con distintas finalidades(5), es fácil apreciar que la presentación de estas narraciones sigue un esquema dialéctico que determina la estructura misma del procedimiento. Cuando se resalta que el **contradictorio** no solamente representa una garantía fundamental para las partes, sino que también constituye el método esencial que se sigue en el proceso para alcanzar la formulación correcta de la decisión(6), se pone el acento precisamente sobre el hecho que tal método se funda sobre la dialéctica de las partes, y que esta dialéctica se articula en afirmaciones y negaciones, planteamientos y replanteamientos, réplicas y dúplicas, según secuencias en buena medida ordenadas, ya que se encuentran disciplinadas específicamente por la ley procesal(7). Entonces, las narraciones que hacen las partes en el proceso siguen este orden dialéctico, y es en este orden que el juez las conoce y toma en consideración. Por otra parte, se considera también que el juez participa en la dialéctica procesal –que típicamente, por tanto, involucra tres sujetos y no solo dos– todas las veces que pronuncia una sentencia parcial o resuelve cuestiones relativas al procedimiento (por ejemplo, admitiendo o excluyendo las pruebas deducidas por las partes o disponiendo pruebas de oficio). Puede también suceder que el mismo juez determine el contenido y la forma de narraciones compuestas por otros sujetos, cuando por ejemplo –como sucede en nuestro proceso civil– es el juez quien interroga al testigo (aunque sobre hechos "predispuestos" por una parte) y es el mismo juez el genuino autor del comunicado que contiene la narración de los hechos hecha por el testigo(8). Se trata, pues, de una dinámica dialéctica que puede ser muy compleja, que inicia con el acto de apertura del proceso y prosigue a lo largo de todo el procedimiento hasta arribar a la decisión que lo concluye.

(4) Sobre algunos aspectos de esta dinámica que se desarrolla en el curso del proceso cfr. TARUFFO, *Elementi per un analisi del giudizio de fatto,* en Id., *Sui confini*. *Scritti sulla giustizia civile*. Bolonia, 2002.

(5) En este sentido v. más ampliamente TARUFFO. *La semplice verità*. Ob. cit., p. 43 y ss.

(6) Al respecto cfr. por todos GAMBA. "L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., in contradictorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la 'scommessa aperta' dell' ordinamento processuale". En: *Il processo civile riformato*. Dirigido por M. Taruffo, Bolonia, 2010, p. 65 y ss.

(7) Cfr. por ejemplo el artículo 183 del Código Procesal Civil.

(8) En sentido crítico hacia este sistema cfr. DIETRICH. "La ricerca della verità en el processo civile: profili evolutivi in tema de prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio". En: *Riv. dir. proc.* 2011, p. 114 y s.

La dimensión dialéctica sincrónica se refiere, como se ha dicho, a la estructura argumentativa del discurso que el juez desarrolla en la sentencia. La función esencial de la motivación es –como se ha señalado– la de **justificar** la decisión que el juez ha formulado, pero también en el ámbito de este discurso justificativo es fácil hallar una estructura dialéctica. En efecto, por un lado, también en la decisión del juez se refleja la contraposición entre las argumentaciones planteadas por las partes al sostener sus respectivas posiciones, dado que, en realidad, estas argumentaciones representan el objeto sobre el cual se vierte la decisión final. No se dice que el juez deba necesariamente elegir entre alguna de las narraciones realizadas por las partes, ya que puede él formular una hipótesis propia de solución para la controversia, cuando ninguna de las hipótesis formuladas por las partes le parezca atendible, pero ello no quita que él deba tomar en consideración los elementos de juicio que surgen de la "competición" dialéctica que se desarrolla entre las partes durante el transcurso del proceso. En particular, se puede decir que el juez –no pudiendo extraer el conocimiento de los hechos de su "saber privado"– tiene el deber de tomar en consideración las pruebas que las partes han producido y de expresar –justificándolas– sus valoraciones al respecto(9). Por ende, la "motivación en hechos" de la decisión se funda sobre la elección final que el juez formula en la conclusión de la dialéctica probatoria llevada a cabo por las partes durante el proceso. Ello implica que el juez tiene que argumentar críticamente en torno a varios aspectos de esta dialéctica y sobre los contenidos que de ella han surgido, puesto que no puede dejar de respetar el derecho a la prueba que corresponde a ambas partes y se manifiesta precisamente en la posibilidad de deducir, hacer asumir y hacer evaluar todas las pruebas concernientes a todo hecho relevante de la controversia(10).

III. LA DIMENSIÓN EPISTÉMICA

En los sistemas que –como el nuestro– se inspiran en el principio de legalidad, la solución de las controversias debería darse por medio de la correcta aplicación de la norma jurídica que regula el caso. Como se verá, esto introduce en la decisión judicial la necesaria dimensión jurídica, pero es necesario considerar que la correcta aplicación de la norma que regula el caso presupone que hayan sido constatados los hechos a los cuales tal norma liga determinadas consecuencias jurídicas. Si se considera la estructura condicional, por la cual "Si H,

(9) Sobre el tema v. más ampliamente TARUFFO. "Artículo 115". En: Carratta-Taruffo. *Dei poteri del giudice. Art. 112-120.* En el *Commentario del Codice di Procedura Civile* al cuidado de S. Chiarloni, Bolonia 2011, p. 447 y ss., 482.

(10) Sobre el derecho a la prueba v. por último TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 482 y ss.

entonces CJ" (es decir: si se ha verificado un hecho del tipo H, entonces se tiene la consecuencia jurídica CJ), se comprende fácilmente que la decisión en la cual "se ha verificado un hecho de tipo H" es una condición necesaria para la aplicación de la norma y para la existencia de las consecuencias jurídicas que esta prevé. En este orden de ideas, se puede decir que la constatación de la veracidad de los hechos relevantes de la controversia es una condición necesaria (aunque no la única) de la justicia de la decisión(11).

En el momento en el cual se reconoce que una de las finalidades que el proceso persigue es la constatación de la veracidad de los hechos –y que, por ende, el juez deberá decidir en torno a la veracidad o falsedad de los enunciados que los describen– se reconoce la existencia de una dimensión de carácter epistémico del proceso y de la decisión que lo concluye. En efecto, ante todo, el entero proceso puede ser interpretado como una compleja actividad, en la que participan varios sujetos, que tiene carácter epistémico en cuanto se encuentra dirigida a establecer la veracidad de los hechos relevantes(12). Basta observar que toda la fase del proceso que consiste en la adquisición de los medios de prueba no tiene otro fin que no sea el de recoger y suministrar al juez solo las informaciones que son necesarias para decidir con respecto a la verdad y falsedad de los enunciados que narran los hechos. En otros términos, el proceso tiene una función cognoscitiva (en sentido lato), e incluye entre sus aspectos esenciales el acopio de elementos cognoscitivos (las pruebas) indispensables para fundamentar la decisión final. Esta decisión, a su vez, tiene una clara dimensión epistémica en cuanto el juez –al decidir sobre los hechos de la causa– dice cuales enunciados sobre los hechos son verdad y cuáles no, o también cuales no resultan demostrados: su narración, entonces, establece la veracidad de los hechos que son su objeto(13). Sin embargo, el discurso que el juez desarrolla en la sentencia –y en particular en la motivación de la decisión sobre los hechos– no consiste solo en la enunciación de cuales hechos son verdaderos y cuales no lo son: como ya se ha dicho, la motivación es un discurso justificativo en el cual el juez debe **aducir las razones** por las cuales su decisión se debe considerar fundamentada. La justificación de la decisión sobre los hechos –que debe

(11) Al respecto, v. más ampliamente TARUFFO. *La semplice verità*. Ob. cit., p. 113 y ss. El problema, que aquí no puede ser adecuadamente profundizado, suscita notables discusiones en la doctrina: cfr. por ejemplo, CAVALLONE. "In difesa della veriphofia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)". En: *Riv. dir. proc.* 2010, p. 1 y ss., y TARUFFO. "Contro la veriphofia. Ossevarzioni sparse in risposta a Bruno Cavallone", en la misma revista, 2010, p. 995 y ss.

(12) Sobre el tema v. más ampliamente TARUFFO. Ob. cit., p. 135 y ss.

(13) Respecto a la diferencia entre narración "buena" y narración "verdadera" en el contexto del proceso v. TARUFFO. Ob. cit., p. 67 y ss.

ser fundada exclusivamente con referencia a las pruebas que han sido adquiridas en el proceso– asume, en consecuencia, una estructura necesariamente inferencial: toda afirmación referida a la veracidad de un enunciado factual debe ser justificada sobre la base de la inferencia que asume la prueba como premisa y arriba a la conclusión constituida por la veracidad del enunciado factual al cual la prueba se refiere(14). Por tanto, cuando el juez habla de los hechos de la causa, no se limita a narrar cualquier **historia**: la historia que narra presenta una clara dimensión epistémica en cuanto puede incluir la afirmación de la veracidad de los hechos de la cual habla y la confirmación probatoria de esta afirmación mediante la referencia a los datos cognoscitivos que justifican tal afirmación(15).

IV. LA DIMENSIÓN JURÍDICA

La vinculación del juez (que se encuentra sujeto solo a la ley, como dice el 2º párrafo del artículo 101 de la Constitución italiana) a decidir según el Derecho, y su consiguiente obligación de aplicar correctamente en la decisión la norma de derecho que regula el caso, determinan la existencia –en tal decisión– de una necesaria y fundamental dimensión jurídica. En efecto, la decisión se funda, desde este punto de vista, sobre la **aplicación** de la norma, que a su vez presupone la elección y la **interpretación** de la norma que se aplica a los hechos de la controversia en particular(16). La dimensión jurídica de la decisión es antes que nada, entonces, una dimensión **hermenéutica** (en el sentido amplio de la palabra) en cuanto se centra en la selección e interpretación de la norma que regula el caso(17).

Esta dimensión es importantísima no solo porque de la correcta interpretación y aplicación de esta norma depende obviamente la justicia de la decisión, sino también porque la dimensión hermenéutica es determinante tanto en la formulación de la decisión, como en lo concerniente a la estructura del discurso que el juez realiza en la motivación de la sentencia. Bajo el primer aspecto, el juez

(14) Sobre la estructura lógica de estas inferencias v. TARUFFO. *La semplice verità*. Ob. cit., p. 207 y ss.

(15) Se acoge aquí, sin poder justificar por razones de espacio, una concepción racional de la valoración de las pruebas y del razonamiento –dotado de estructura lógica– con los que el juez elabora conclusiones en términos de veracidad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos de la causa. Sobre esta concepción v. ampliamente FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2007; TARUFFO. "Art. 116". En: Carratta-Taruffo, Ob. cit., p. 519 y ss.

(16) Sobre la distinción entre aplicación e interpretación de la norma v. por todos el clásico análisis de TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán, 1980, p. 42 y ss.

(17) Al respecto v. en particular VIOLA - ZACCARIA. *Diritto e interpretazione. Lineamienti di una teoria ermeneutica del diritto*. Bari, 1999; OMAGGIO - CARLIZZI. *Ermeneutica e interpretazione giuridica*. Turín, 2010.

–como cualquier intérprete– debe, ante todo, determinar cuál es el significado de la disposición normativa a la cual hace referencia, eligiendo entre los varios significados posibles de tal disposición[18]. Ello implica un conjunto de operaciones que pueden ser también muy complicadas, en las cuales encuentra aplicación el vasto repertorio de los instrumentos interpretativos que los filósofos del Derecho han estudiado desde hace tiempo, y sobre lo cual existe una amplísima bibliografía[19]. Estas operaciones y estos instrumentos no pueden ser aquí analizados ni siquiera en modo sumario, pero es necesario tener en cuenta que el "descubrimiento" de la solución jurídica correcta con referencia a los hechos del caso, y por ende la identificación de la justa solución jurídica de la controversia, demanda al juez un razonamiento que puede presentar aspectos de gran complejidad. Lo que se resalta en forma particular es un aspecto de gran importancia que es analizado especialmente por la teoría hermenéutica, es decir, que la interpretación judicial del Derecho, orientada a la aplicación de la norma como regla de juicio del caso concreto, no parte de un análisis abstracto de la norma en sí considerada, sino que parte del hecho específico que determina el fundamento de la controversia, y es en consideración del hecho que el juez elige la interpretación más adecuada de la norma que considera aplicable al caso concreto[20].

Bajo el segundo aspecto, que se refiere directamente al discurso que el juez desarrolla en la sentencia, la dimensión jurídica determina aspectos esenciales de la estructura lógica de tal discurso, que también han sido objeto de estudios muy interesantes[21]. En efecto, también la decisión del juez con respecto a la selección de la norma –y al respectivo significado– que es aplicada como regla de juicio del caso, debe ser justificada con argumentos racionalmente controlables, lo cual implica el empleo de formas lógicas idóneas para fundamentar la validez jurídica de la decisión[22]. Entre estas formas, resulta particularmente importante aquella que se funda en una inferencia de tipo deductivo-silogístico, que constituye el núcleo

(18) Cfr. OMAGGIO - CARLIZZI. Ob. cit., p. 96 y ss. Sobre los caracteres y sobre los límites de esta elección, valederas para el juez como para todo intérprete de cualquier texto, v. en general ECO. *I limiti della interpretazione*. Milán, 1990, p. 22 y ss.

(19) Además del texto de Tarello ya citado, en la literatura italiana reciente Cfr. por lo menos a GUASTINI. *La interpretazione dei documenti normativi*. Milano, 2004; Id. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milán, 1993; ZACCARIA. *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padua, 1990; LUZZATI. *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certeza del diritto*. Milán, 1999; Id. *La vaghezza delle norme. Un´analisi del linguaggio giuridico*. Milán, 1990.

(20) Al respecto v. más ampliamente OMAGGIO - CARLIZZI. Ob. cit., p. 102 y ss.

(21) De lo último v. en particular CHIASSONI. Ob. cit., p. 21 y ss., 29 y ss., 44 y ss.

(22) Para un análisis de estas formas cfr. CHIASSONI. Ob. cit., p. 21 y ss., 29 y ss., 44 y ss.

lógico de la justificación **interna** de la decisión[23]. Sin profundizar aquí los numerosos aspectos de la justificación jurídica de la decisión judicial, lo que resulta destacable es que la narración del juez asume una estructura lógica-justificativa particularmente fuerte: no se trata simplemente de "narrar el derecho", sino de justificar la decisión aduciendo en forma lógicamente estructurada las razones por las cuales ha decidido que aquella norma, con aquel significado, se aplica a aquellos hechos tal como resultan constatados[24].

V. LA DIMENSIÓN LÓGICA

Las consideraciones hechas en los parágrafos anteriores, las más de las veces, se han referido a la racionalidad y a la lógica del discurso que el juez desarrolla en la sentencia exponiendo la motivación de su decisión, o mejor: *las* motivaciones de sus decisiones, dado que, como es fácil entender, la decisión judicial es, en realidad, el fruto de un contexto estructurado de decisiones que versan sobre varios aspectos de hecho y de derecho de la controversia.

En efecto, es evidente que la actividad decisoria del juez presenta una dimensión lógica particularmente relevante. De un lado, para lograr formular la decisión el juez debe efectuar un "contexto de descubrimiento" que implica el empleo de instrumentos racionales y de formas lógicas, sin los cuales la decisión sería producto de un acto irracional y arbitrario. En cuanto se refiere a la identificación de la norma de derecho que regula el caso, ya se ha hecho indicación de los criterios de la hermenéutica y a las técnicas que se emplean para arribar a la correcta interpretación de las disposiciones normativas. En lo concerniente la decisión sobre los hechos, se ha hecho referencia a las inferencias que el juez formula para valorar los resultados de las pruebas de las que dispone y para derivar de ellas consecuencias con respecto a los enunciados fácticos cuya veracidad o falsedad debe establecer. Aquí se puede agregar que precisamente en la fase de descubrimiento de la decisión –y también en el curso del procedimiento– encuentra lugar un instrumento lógico peculiar que viene designado con el nombre de **abducción**[25]. Se trata, en síntesis, del argumento a través del cual se parte de un evento conocido (el indicio) para plantear una hipótesis atendible de cómo podría haberse verificado el hecho que se trata de constatar (por esto se dice que la abducción es el razonamiento típico de Sherlock Holmes). Naturalmente se trata de

(23) V. CHIASSONI. Ibidem.

(24) Cfr. OMAGGIO - CARLIZZI. Ob. cit., p. 93 y ss.

(25) En general, sobre la abducción v. el amplio estudio de TUZET. *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Turín, 2006.

una hipótesis que puede ser confirmada o invalidada por las pruebas[26]: en caso de que las pruebas la invaliden, sería necesario formular otra hipótesis para someterla a evaluación, y así sucesivamente en una secuencia que se desarrolla según la lógica del *trial and error* (o, como diría Galileo, **probando y reprobando**) y que concluye solo cuando se alcanza a formular una hipótesis que resulte confirmada por la información disponible[27]. Pensando conjuntamente estas operaciones de "descubrimiento" de la decisión, se puede hablar, pues, de una compleja actividad guiada por criterios de **racionalidad heurística** datados de específicas formas lógicas.

Por otro lado, en lo que respecta al discurso con el que el juez justifica su propia decisión en la motivación de la sentencia, o sea el "contexto de justificación", ya se ha mencionado también a la justificación de derecho de la decisión, como a la justificación de hecho de la decisión. Aquí solo se puede agregar que en su conjunto la decisión judicial correcta presenta una estructura lógica fundamental en la que deben existir tanto la **justificación interna** –de la cual ya se ha hecho referencia– que deriva de la correlación lógica (normalmente de forma deductiva) entre la premisa de derecho y la premisa de hecho de la decisión, como la **justificación externa** de tales premisas, o sea los argumentos con los cuales se justifica la premisa de derecho y los argumentos con los cuales se justifica la verificación de los hechos de la causa[28].

De ello derivado que el discurso con el cual el juez enuncia su propia decisión en la sentencia es un discurso justificativo lógicamente estructurado en todos sus aspectos y variados niveles.

VI. LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

Un aspecto muy importante del razonamiento a través del cual el juez arriba a la decisión, y por ende también del discurso que él desarrolla cuando enuncia y justifica sus propias elecciones, se refiere a **los juicios de valor** que él formula durante el *iter* decisorio y que debe expresar en su narración final. Se puede, entonces, hablar con razón de una dimensión axiológica de la decisión judicial; haciendo precisamente referencia a las valoraciones formuladas y expresadas por el juez. Quizá es útil subrayar que tal dimensión se encuentra presente en todos los aspectos de su razonamiento y de la decisión con la cual este concluye.

(26) Cfr. TUZET. Ob. cit., p. 258 y ss.

(27) Sobre la conexión entre abducción y veracidad cfr. en particular TUZET. Ob. cit., p. 278 y ss.

(28) Con respecto a estas nociones de justificación, comunes en la literatura sobre el tema, v. por todos CHIASSONI. Ob. cit., p. 14.

De un lado, en efecto, si es verdad que sobre los enunciados relativos a los hechos de la causa el juez debe formular juicios en términos de verdadero/falso, es también verdad que en el razonamiento sobre los hechos el juez a menudo tiene que formular valoraciones en sentido propio, o sea juicios fundados sobre criterios axiológicos. En ocasiones ello ocurre porque las normas contienen aquello que Wroblewski ha definido como "determinación valorativa" del hecho(29), es decir la determinación del hecho al cual la norma debería aplicarse en términos no meramente descriptivos, sino en tales que requieren, de parte del juez, la formulación de un juicio de valor. En estos casos, la enunciación del hecho que el juez formula tiene una estructura compleja porque incluye un enunciado descriptivo que expresa una constatación –en términos de verdadero/falso– de determinadas circunstancias de hecho, pero incluye también un enunciado valorativo en base al cual se establece que tales circunstancias corresponden a la determinación valorativa prevista por la norma. Se considera también que esta determinación valorativa es efectuada por el legislador en una pluralidad de modos, siendo no poco frecuente que el **criterio** de valoración sea dejado a la elección del juez(30).

Otras veces ello ocurre porque para lograr establecer la veracidad o la falsedad de un enunciado que describe un hecho de la causa, el juez debe formular valoraciones, relativas por ejemplo a los elementos que determinan la credibilidad o no credibilidad de un testigo o a la "normalidad" de un determinado evento o comportamiento.

De otro lado, también la interpretación de las normas orientada a su aplicación requiere la formulación de juicios de valor, sea porque a menudo –como se acaba de indicar– también la premisa factual de la norma es definida con términos valorativos, sea porque la determinación de los posibles significados de la norma requiere juicios de valor dado que la disposición que se trata de interpretar se encuentra formulada en términos valorativos, de tal suerte que su significado como regla de juicio del caso concreto puede ser establecido solamente por medio de valoraciones. Entonces, la elección de significado que se adopta implica, de vez en cuando, selecciones de valores, así como requiere selección de valores la determinación de las consecuencias jurídicas que la aplicación de la norma produce en el caso concreto. Ello vale para cualquier género de norma, pero es claro que momentos de opción axiológica son inevitables –y son particularmente

(29) Cfr. WROBLEWSKI. "Facts in Law". En: Id. *Meaning and Truth in Judicial Decision*. 2ª edición, Helsinki, 1983, p. 108 y ss. Sobre el tema v. También TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milán, 1992, p. 105 y ss.

(30) Sobre estos problemas, v. más ampliamente TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 111 y ss.

importantes– cuando la interpretación se refiere a disposiciones que expresan principios generales (como las normas constitucionales) o a normas "vagas" que contienen cláusulas generales, cuya "hetero-integración" requiere necesariamente valoraciones[31].

Sin profundizar más el análisis de las numerosas circunstancias en las que el juez debe formular juicios de valor, se puede de todos modos observar que la dimensión axiológica está presente en muchos momentos de la decisión sobre los hechos y de la decisión sobre aspectos jurídicos de la controversia. Al respecto es posible hacer dos observaciones. La primera es que la dimensión axiológica debe estar presente no solo en la fase de "investigación" de la decisión, sino también en el discurso justificativo que el juez desarrolla en la motivación de la sentencia. Si –como se ha dicho– elecciones de carácter valorativo caracterizan y determinan la constatación y la aplicación de las normas, parece evidente que este aspecto esencial de la decisión no puede permanecer implícito o secreto en el momento en el cual la decisión se expresa y justifica. En otros términos, el deber de motivación, que obliga al juez a justificar todas las elecciones que han influido en su decisión, implica que él exprese también los juicios de valor de los cuales depende la decisión, porque solo de este modo esta será efectivamente justificada. Por otra parte, y esta es la segunda observación, los juicios de valor no son simples opciones subjetivas, emotivas e irracionales del sujeto que las lleva a cabo, sino que son elecciones que pueden y deben ser realizadas según criterios racionales: estos criterios deben guiar al juez en el momento en el cual elabora su discurso en la decisión final de la controversia. Lo cual implica que él haga expresa referencia a los **criterios** de valoración que ha adoptado, y se justifique la elección eventualmente explicando las razones de la no adopción de criterios alternativos, y muestre como los juicios por él formulados son racionalmente justificados por la aplicación de estos criterios.

VII. LA DIMENSIÓN DEL SENTIDO COMÚN

La narración del juez tiene –como se ha visto más arriba– una necesaria estructura lógico-justificativa, pero no es un discurso formalizado: es un discurso que el juez desarrolla sirviéndose del lenguaje ordinario, y que del lenguaje ordinario presenta todas las características (a parte de los tecnicismos jurídicos, en ocasiones útiles pero a menudo superfluos, de los cuales con frecuencia los jueces se sirven). Entonces, no valdría la pena ocuparse de ello específicamente, sino fuese porque a través del lenguaje surgen elementos de la narración que

(31) Sobre estos temas v. por todos LUZZATI. *La vaghezza*. Ob. cit., p. 279 y ss., 299 y ss.

tienen un relieve particular en el ámbito de la decisión judicial. Estos elementos derivan del hecho de que, en larga medida, el razonamiento del juez, y por ende también aquello que narra en la motivación de la sentencia, se fundamenta en la referencia a nociones que, en sentido lato, pueden definirse como pertenecientes al **sentido común**(32). Al respecto, por ejemplo, el 2º párrafo del artículo 115 del cod. proc. civ. habla de "nociones de hecho que se encuentran en la común experiencia" para decir que el juez puede ponerlos como fundamento de la decisión sin que deban ser probadas en juicio, y por ende extrayéndolas del conocimiento que el mismo juez posee en cuanto sujeto que comparte –precisamente– una "común experiencia". Sobre el particular, la doctrina procesal habla de "hechos notorios" y de "máximas de experiencia" en el intento de especificar de qué nociones se trata y de explicar porqué no tienen necesidad de ser probadas, ya que el juez puede extraerlas de su "conocimiento privado"(33). A parte de estas especificaciones, aún queda el hecho de que el juez se sirve, prácticamente en todo paso de su razonamiento, de aquello que puede extraer de la cultura extrajurídica que posee en cuanto "hombre medio", y que caracteriza el contexto social y el momento histórico en el cual el formula y enuncia su decisión. Más en general, se trata del *stock of knowledge* del que habla William Twining, indicándolo como fuente y repertorio de las nociones no jurídicas que el juez utiliza (pero especificando que se trata de un "complex soup of more or less well- grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices")(34), o de la Enciclopedia Media de la que habla Umberto Eco(35).

Al respecto, una observación más bien obvia es que el juez no puede evitar servirse de nociones extrajurídicas tanto cuando formula la decisión sobre los hechos de la causa, como cuando interpreta las normas: el sentido común, por decirlo de alguna manera, está omnipresente en el razonamiento del juez y, por ende, también en el discurso que realiza para expresar y justificar su decisión. Sin embargo, no puede evitar observar, siguiendo la indicación de Twining que se acaba de recordar, que el sentido común y la cultura media no son del todo un repertorio de nociones atendibles, controladas, y, por tanto, *a priori* idóneas para proporcionar una seria base cognitiva a aquel razonamiento. Esto último ocurre a veces: en cuanto se refiere a lo que los juristas llaman "hechos

(32) Al respecto v. más ampliamente TARUFFO. "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamente del giudice". En: Id. *Sui confini. Scriti sulla giustizia civile*. Bolonia, 2002.

(33) Sobre el tema cfr. por último TARUFFO. "Art. 115". En: Carratta - Taruffo. Ob. cit., p. 496 y ss., 501 y ss.

(34) Cfr. TWINING. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2ª edición, Cambridge, 2006, p. 338.

(35) Cfr. ECO. *Dall'alberto al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*. Milán, 2007, p. 77.

notorios" es verdad para la generalidad de las personas o es fácilmente controlable con los normales instrumentos de conocimiento[36], y no es raro que las "máximas de experiencia" expresen la vulgarización de leyes naturales o correspondan de todos modos a generalizaciones dotadas de algún fundamento cognoscitivo[37]. En estos casos, el recurso a la cultura media puede atribuir credibilidad al discurso del juez y, por ende, puede ser un importante factor de justificación de lo que él dice en su narración.

Pero el problema radica en que muchos de los ingredientes de la *soup* de la que habla Twining se encuentran completamente privados de fundamento cognoscitivo, y más bien condicionan negativamente y distorsionan el razonamiento que se basa en ellos. Como ocurre para las generalizaciones espurias de las que habla Schauer[38], muchas máximas están completamente privadas de cualquier justificación, y expresan prejuicios o meros proverbios antes que conocimiento[39]. Si es verdad, como dice Oscar Wilde, que "experiencia" es el nombre con el que designamos a nuestros errores, es también verdad que la denominada sabiduría popular se encuentra llena de mitos y prejuicios de la más diversa naturaleza, en lugar de informaciones atendibles en torno a cómo son las cosas en el mundo. Por otro lado, la Enciclopedia Media incluye muchas de estas cosas, junto a nociones dotadas de algún grado de credibilidad y de posibilidad de control.

La dimensión del sentido común, entonces, es omnipresente e inevitable, pero también muy peligrosa bajo el aspecto de la fundamentación de lo que el juez dice (y de cómo razona), siendo muy elevado –y a menudo difícilmente determinable– el riesgo que del sentido común se pueda extraer todo menos nociones o reglas atendibles. Este riesgo, por lo demás, aumenta por el hecho de que el recurso al sentido común permite construir narraciones que parecen **familiares** a los destinatarios, en cuanto tienden a presentar los eventos y vicisitudes como si fuesen "normales", es decir construir "buenas" narraciones destinadas a presentarse como particularmente creíbles, e incluso ser consideradas como verdaderas[40]. El inconveniente, y el riesgo, derivan del hecho de que, frecuentemente, lo que parece normal y familiar es considerado como tal precisamente porque

(36) Cfr. TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 497 y ss.

(37) Sobre el particular v. más ampliamente TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 504 y ss. Sobre el tema de las generalizaciones válidas cfr. en particular SCHAUER. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass - Londres 2003, p. 7 y ss.

(38) Cfr. SCHAUER. Ob. cit., p. 16 y ss.

(39) Al respecto v. más ampliamente TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 509 y ss.

(40) Sobre el concepto de "buena" narración cfr. TARUFFO. *La semplice verità*. Ob. cit., p. 67 y ss.

responde a los estereotipos y a los prejuicios que existen en la cultura del destinatario de la narración[41].

Como se puede apreciar fácilmente, se trata de un problema muy complejo que no puede ser aquí discutido de modo adecuado. Sin embargo, parece evidente que ello constituye un aspecto bastante delicado del razonamiento y de la narración que el juez realiza: si la referencia al sentido común, a la experiencia y a la cultura media es inevitable –y en muchos aspectos se puede decir también que sea oportuna–, su uso correcto por parte del juez requiere una fuerte dosis de autocrítica, en el momento en el cual él hace uso de *su* cultura, y una fuerte disponibilidad a controlar el fundamento cognitivo de las nociones extrajurídicas a las cuales hace referencia.

VIII. UNA EXCLUSIÓN: LA DIMENSIÓN RETÓRICA

Las varias dimensiones que sintéticamente se han descrito en la páginas precedentes se intersectan combinándose con varias modalidades, tanto en la fase heurística del razonamiento del juez, como en el discurso con el cual é, en la motivación de la sentencia, enuncia y justifica su decisión.

En este punto, y sin profundizar en él, vale la pena señalar que deliberadamente se ha excluido la consideración de una hipotética dimensión que se podría definir como **retórica** o **persuasiva**. La razón de esta exclusión consiste en que algunos aspectos retóricos pueden estar presentes en la narración del juez, pero –contrariamente a lo que alguno podría pensar– estos aspectos no son esencial ni particularmente relevantes.

Por un lado, parece evidente que en la fase heurística de razonamiento –en la cual busca identificar la justa solución de la controversia– el juez no tiende a persuadir a nadie: él busca resolver el problema sirviéndose de métodos y criterios racionales, pero con esta actividad la persuasión retórica nada tiene que ver. Se podrá decir que en ella el juez tiene en cuenta elementos (como pruebas o argumentaciones) de cuyo carácter fundado o infundado se "persuade", pero ello no implica que su razonamiento tenga en realidad una dimensión retórica, teniendo, en cambio –como se tratado de esclarecer precedentemente– una fuerte estructura lógica. Lo que determina el razonamiento del juez, en realidad, no es la mera persuasión de algo, sino una la valoración racional de las pruebas y una justificación lógicamente fundada de la elección del significado de la norma que asume como regla del juicio. El juez está –por decirlo de algún modo– en la

(41) V. sobre el particular TWINING. Ob. cit., p. 283, 288, 308 y ss.

posición de sujeto pasivo de la persuasión, en cuanto son los abogados los que se sirven de argumentos, y usan las pruebas, como instrumentos retóricos orientados a condicionar su convencimiento[42], pero no implica que el razonamiento del juez tenga una dimensión retórica. Por el contrario, el debería evitar dejarse persuadir por la retórica abogadil, sirviéndose del antídoto representado por el control racional sobre su propio razonamiento.

Por otro lado, algún rastro retórico puede estar presente en la narración con la que el juez enuncia y justifica su decisión. Connotaciones retóricas son frecuentes en el lenguaje común, que puede ser –según el estilo de quien lo emplea– más o menos enfático o sugestivo. Además, el recurso al sentido común, del cual se hablado más arriba, puede tener una valencia retórica toda vez que una narración que suena "familiar" puede parecer particularmente persuasiva[43]. Sin embargo, ello no demuestra que la narración del juez deba necesariamente tener una esencial o relevante dimensión retórica. En realidad, el juez no debe **persuadir** a nadie de la bondad de su decisión: no a las partes, no a sus abogados, no a los jueces superiores ni tampoco a la opinión pública. Como se ha dicho muchas veces, el juez tiene el deber de **justificar** racionalmente su decisión aduciendo las razones por las cuales es considerada verídica y jurídicamente fundada, pero la justificación no se reduce a la persuasión retórica. Por el contrario, una buena justificación puede no ser –y no necesita ser– retóricamente persuasiva. En síntesis, la demostración del teorema de Pitágoras no tiene nada de retórico, pero el teorema vale porque se encuentra lógicamente justificado.

(42) Sobre el tema v. más ampliamente TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 43 y ss; TWINING. Ob. cit., p. 24, 288; DI DONATO. Ob. cit., p. 162, 173.

(43) Cfr. Twining, Ob. cit., p. 283, 288, 308, 445; TARUFFO. Ob. ult. cit., p. 68.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS: EL DERECHO AL PROPIO DERECHO Y A LA PROPIA JURISDICCIÓN

IMPACTOS EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Néstor Pedro SAGÜÉS(*)

I. INTRODUCCIÓN. LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN EL PRIMER MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA. ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

Si una Constitución debe ocuparse de temas muy relevantes, el elemento indígena tendría que ser un capítulo obligado de muchas de ellas, en tanto y en cuanto tuviere presencia en su caudal poblacional. Y así ha ocurrido, efectivamente, aunque con distinta intensidad. Seleccionamos, al respecto, dos documentos testigo.

La Constitución norteamericana de 1787, tal vez la primera del mundo en sentido estricto (como texto orgánico, escrito y con supremacía), se ocupó del tema en su artículo I, sección ocho, párrafo tercero, en la llamada "cláusula comercial". En concreto, estableció que el Capitolio tenía poder para reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados, y con las tribus indias.

(*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

La interpretación jurisprudencial de este precepto ha sido de sumo interés. La Corte Suprema determinó, por ejemplo, que las palabras "tratado" y "nación" se aplicaban a las tribus indias, incluso considerando a tales tribus como comunidades políticas diferenciadas, aptas para celebrar tratados[1]. Sin embargo, aclaró que ellas no contaban con la plena soberanía política como para ser reputadas como un pueblo separado, con poder para reglamentar sus relaciones internas y sociales. En definitiva, puntualizó el Tribunal, tenían habilitación constitucional para realizar negociaciones propias de un tratado, pero "sujetas al poder y a la autoridad de las leyes de los Estados Unidos, cada vez que al Congreso se le ocurriera ejercer su poder legislativo"[2]. Tal interpretación, de tipo restrictivo, podría quizá calificarse como una exégesis mutativa por sustracción, en el sentido que recortó otras posibles versiones de la norma constitucional, en su caso más propicias para la autonomía organizativa de aquellas tribus y el ejercicio de un "derecho propio" en y por ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre las tribus indias ha sido mutante. En ciertos casos adoptó un perfil paternalista, aludiendo al poder del Congreso Federal para regularlas, "para su protección, así como para la seguridad de los habitantes entre los cuales ella reside"[3], definiendo a ese poder federal como "tutor" de aquellas tribus[4]. En otros, ha amparado el derecho de una tribu a "gobernarse con independencia de la ley estadual" (de Montana), cuando se trataba de una adopción en donde todas las partes eran indios y residentes en una reserva[5].

Veinticinco años después de la constitución de Filadelfia, la "Pepa", como coloquialmente se llama a la constitución de Cádiz (promulgada el día de san José, el 19 de marzo de 1812), volvía específicamente sobre el tema indígena, de enorme relevancia para América. Lo hizo en uno de sus artículos más olvidados, el artículo 335 inciso 10, ubicado dentro del título VI, "Del gobierno interior de las

(1) Ver los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos Worcester v. Georgia (1832), Talton v. Mayes (1896) y Holden v. Joy (1872), en La Constitución de los Estados Unidos de América, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires, 1949, ed. Kraft, t. I, p. 643.

(2) Cfr. asimismo los casos United States v. Kagama, (1886), Cherokee Nation v. Southern Kansas Co. (1895), y Stephens v. Cherokee Nation (1899), en La Constitución de los Estados Unidos de América, ob. y pág. cit.

(3) Ibidem, caso United States v. Kagama.

(4) Caso Morton v. Mancari, (1974). Ver Edward S. Corwin: La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 119, texto al que derivamos al lector sobre la evolución jurisprudencial de la cláusula comercial con relación a las tribus indígenas.

(5) Caso Fisher v. Dist. Court of 16th Dist. (1976), cit. por Edward S. Corwin. *La Constitución.* Ob. cit., p. 120.

provincia y de los pueblos", en particular en su capítulo II, "Del gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales"; y en concreto, respecto de las de ultramar, vale decir, las situadas en América y Asia.

La cláusula en cuestión, encomendaba a tales diputaciones velar sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos El artículo 336, a su turno, puntualizaba que si alguna Diputación "abusare de sus facultades", el Rey podía suspender a sus vocales, dando parte a las Cortes.

Esta disposición constitucional, de neto corte paternalista, se vinculaba directamente con una razón histórica basal de la autoridad española sobre América, conferida desde la bula Inter Ceterae ("entre los cielos"), emitida en 1493 por el papa, también español, Alejandro VI Borgia: el deber de proteger y evangelizar a los indios.

El mensaje gaditano no fue efímero. Por ejemplo, el artículo 67, inciso 15 de la Constitución argentina de 1853/60, dispuso que al Poder Legislativo le correspondía –conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo–. La norma estuvo vigente hasta 1994.

II. LA SITUACIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO ACTUAL: EL DERECHO AL PROPIO DERECHO Y A LA PROPIA JURISDICCIÓN

En el último cuarto del siglo XX, la posición del constitucionalismo latinoamericano, respecto de los denominados pueblos originarios, cambia notoriamente. En primer término, se les reconocen derechos diferenciados a los indígenas (respeto de sus tradiciones, del hábitat, del lenguaje, etc.). Algunas constituciones, dando un paso en adelante, van a enunciar dos en particular, de tipo colectivo, conferidos a las tribus o naciones: a) el derecho a contar y ejercer su propio derecho (habitualmente, consuetudinario); b) el derecho a operar con órganos judiciales propios (la "justicia indígena"). En otras palabras, el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Sobre el tema caben tres actitudes, conforme surgen de los ejemplos que, a título meramente enunciativo y sin pretender agotar el listado de las constituciones del área, citamos a continuación:

a) Una es la de omitir, en el texto constitucional, la admisión expresa del derecho indígena y de la jurisdicción indígena. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución argentina, texto según la

reforma constitucional de 1994: Le corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, entre otros deberes legislativos tuitivos de dichas comunidades.

La cláusula constitucional no menciona, por ende, al derecho indígena, ni a las autoridades indígenas con funciones gubernativas o judiciales. Tal silencio puede entenderse, en una primera aproximación, como negación de ambos. Una lectura más permisiva podría recepcionar, sin embargo, al derecho indígena con el mismo valor genérico de cualquier costumbre (derecho consuetudinario), en la medida en que ella sea operativa en la rama jurídica del caso. Incluso, podría tener mayor gravitación, por ejemplo en aras de cimentar la identidad de esos pueblos, objetivo este que sí está reconocido explícitamente en el texto constitucional, como, igualmente, para afirmar los otros derechos especialmente tutelados en la cláusula a que aludimos. El debate queda abierto.

b) Otra postura es la de reconocer la existencia de un derecho indígena propio, normalmente consuetudinario según apuntamos, inferior o paralelo, según los casos, al Derecho estatal formal. Ello puede significar admitir una pluralidad de órdenes normativos, dentro de un mismo Estado, bien que con distintos ámbitos de vigencia.

   La Constitución de México, por ejemplo, acepta la aplicación de sus propios sistemas normativos, en la regulación y solución de los conflictos internos de los pueblos indígenas (art. 2.A.II). El derecho consuetudinario indígena también está aludido, v. gr., por la constitución del Paraguay (art. 63, aunque especifica que ello está subordinado a la "voluntaria sujeción" a tales normas, por tales pueblos), o por el art. 149 de la constitución del Perú (art. 149), para las comunidades nativas y campesinas. Desde luego, el derecho indígena es francamente admitido por la Constitución del Ecuador (que define al país como un "Estado de derechos" en su art. 1, y que en su art. 57 enuncia el derecho de los pueblos indígenas a "crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario"), y en la de Bolivia, que confiere a las mismas comunidades la competencia para ejercer sus sistemas jurídicos, conforme su cosmovisión (art. 30-II-14).

c) Otra alternativa, a más de consentir un derecho indígena propio, avanza en aras de aceptar, también, una jurisdicción indígena especial y distinta de la ordinaria.

En efecto, puede haber derecho indígena oficialmente reconocido por el Estado, pero no necesariamente aplicado por las autoridades nativas, sino por los tribunales ordinarios. El texto de la Constitución del Paraguay, parece inclinarse en tal sentido, ya que determina en su artículo 63 *in fine* que "en los conflictos jurisdiccionales, se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena".

Son varias las constituciones que en nuestros días reconocen la existencia de una jurisdicción indígena, para la aplicación de su derecho nativo. El asunto fue expresamente admitido por el artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que aclaró que tal autoridad operaría "de conformidad con sus propias normas y procedimientos". Años después, en 1999, la Constitución de Venezuela seguiría igual camino, admitiendo "instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales". Actualmente, el texto más definitorio es probablemente el de Bolivia, que diseña tres jurisdicciones, la ordinaria, la agroambiental y la indígena, aparte del Tribunal Constitucional. La Constitución declara a la jurisdicción ordinaria y a la indígena originario campesina, como de la misma jerarquía (art. 179).

De vez en cuando la Constitución se ocupa incluso de temas concernientes a la integración de la justicia indígena. La de Ecuador garantiza, al respecto, la "participación y decisión de las mujeres" (art. 171).

III. CONFLICTOS Y ARMONÍAS

Cuando la Constitución admite un derecho indígena propio, y más todavía, cuando acepta una jurisdicción indígena propia, surgen situaciones de eventual incompatibilidad que exigen remedios constitucionales apropiados. Ellos consisten en reglas de preferencia, reglas de delimitación y reglas de articulación.

a) Reglas de preferencia entre el derecho estatal y el derecho indígena. Su enunciado implica la prioridad que da la Constitución a uno o más insumos jurídicos sobre otros, comenzando, generalmente, por ella misma. Veamos algunas de esas soluciones.

   i) La primera, bastante típica, es asignar superioridad a la Constitución sobre el derecho indígena, como se verá a continuación. Tiene distintas alternativas.

   ii) La Constitución de Venezuela ensancha los límites de la superioridad del derecho formal, al incluir a la Constitución, "a la ley y al orden público" (art. 260). La de Colombia, a la "Constitución y leyes de la República" (art. 246).

iii) Otra regla de preferencia son los "derechos fundamentales de la persona", superiores a la normatividad de las comunidades nativas: artículo 149, Constitución del Perú.

iv) Una cuarta fórmula de excepción son los "derechos constitucionales" (así, art. 57-10 de la Constitución de Ecuador, que agrega: "en particular de los niños, niñas y adolescentes"). La de Paraguay alude a los "derechos fundamentales establecidos en esta Constitución" (art. 63).

v) La Constitución de México diseña el siguiente bloque de superioridad normativa, sobre el derecho indígena: la Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos, y, de manera relevante, "la dignidad e integridad de las mujeres" (art. 2.A.II), adhiriéndose así, en esta temática, a una perspectiva de género.

vi) La Constitución de Ecuador alude a la aplicación de las normas y procedimientos de la justicia indígena, "que no sean contrarios a la constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales" (art. 171).

vii) También con ciertos énfasis, la Constitución de Bolivia aclara que la jurisdicción indígena "respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente constitución" (art. 190-II).

b) Reglas de delimitación.

Es llamativo que diversas constituciones han establecido encuadres o topes a las competencias de la jurisdicción indígena.

i) Algunos son personales: ejerce autoridad respecto de los integrantes de los pueblos indígenas (art. 260, Constitución de Venezuela, art. 19l, de Bolivia. Se ha apuntado, por ello, que una persona "no indígena" no debe aquí estar sometida a los tribunales nativos)[6].

ii) En otros casos, resultan geográficos: dentro del territorio de la comunidad indígena (art. 246, Constitución de Colombia; art. 57 inc. 10 de la de Ecuador. La de Bolivia, con mayor precisión, determina en su art. 191 que la jurisdicción indígena es sobre "relaciones y hechos jurídicos

(6) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y ARGÜELLO LEMUS, Jacqueline. "Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas". En: *Pensamiento Constitucional.* Nº 16, Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 129 y 130.

que se realizan o cuyos efectos de producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”).

iii) Otra limitación es en función de la materia: para la aplicación del derecho indígena (Constitución de Bolivia, art. 191, que alude a la atención de “los asuntos indígenas originario campesino de conformidad con lo establecido en una Ley de Deslinde jurisdiccional”. La de México, en su art. 2.A.II, reserva la autonomía jurisdiccional indígena para “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”).

c) Reglas de articulación entre la jurisdicción indígena, la ordinaria y la constitucional.

i) De vez en cuando la Constitución crea una regla de reconocimiento del valor de los fallos de la justicia indígena, al establecer, v. gr., que las autoridades públicas deberán acatar sus disposiciones (Bolivia, art. 192-I), o respetarlas (Constitución de Ecuador, art. 171).

ii) Pero también la Constitución contempla mecanismos de subordinación de la jurisdicción indígena a la Constitución. La de Ecuador anticipa que sus resoluciones están sujetas al control de constitucionalidad, a más de los dispositivos de coordinación y cooperación entre aquella y la jurisdicción ordinaria (art. 171). Ello ha provocado el diseño de un proceso constitucional específico, la “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, regulada por la “Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional”.

Se trata del instrumento normativo tal vez más perfeccionado en esta materia. Da legitimación activa a la persona inconforme con la decisión de las decisiones de la función jurisdiccional indígena, “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer” (art. 65). Se diligencia ante la Corte Constitucional, que deberá respetar la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (art. 66-1), partiendo del supuesto de la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades, de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado (art. 66-2). Hay pues un punto liminar importante: la existencia de un derecho indígena propio, cuyo “entendimiento intercultural” integra el principio constitucional del debido proceso (art. 66-4).

El trámite de esta acción es fundamentalmente oral, y se legisla a partir del inciso 5 del artículo 66 de la norma de referencia. Puede ser presentada (también por escrito) por cualquier persona o grupo de personas (si el promotor actúa a nombre de la comunidad indígena, deberá demostrar la calidad por la que comparece). El plazo para hacerlo es de veinte días desde que la resolución de la autoridad jurisdiccional indígena "haya sido conocida". En la interposición, tendrán que manifestarse las razones por las que se acude a la Corte Constitucional y las violaciones a los derechos que acusa. De aceptarse el trámite, el juez ponente de la Corte convoca a una audiencia donde se grabará su desarrollo, a fin de escuchar a las autoridades indígenas que pronunciaron el fallo objetado. El juez podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con la justicia indígena, y recibir opiniones de organizaciones especializadas en ese tema.

Después, el mismo magistrado elabora un proyecto de sentencia, sometido a la Corte Constitucional. Dicha sentencia "puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad" (art. 66-12). Esta directriz, comprensible y audaz al mismo tiempo, da a entender que la misma constitución puede tener distintas lecturas según se la proyecte en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o de la indígena, a fin de compatibilizar la coexistencia de órdenes jurídicos distintos, con la ley suprema.

La sentencia versa, fundamentalmente, sobre la "constitucionalidad de las decisiones indígenas", tiene que estar motivada y se notifica oralmente a los promotores de la acción y a las autoridades nativas. Se expresará también por escrito, en castellano y en la lengua propia de la comunidad del caso[(7)].

iii) Bolivia ha programado otro dispositivo procesal constitucional: la "consulta de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto", disciplinada en la Constitución (art. 202-8), pero fundamentalmente desplegada por el Código Procesal Constitucional de 2012. El instituto tiene por meta garantizar que

(7) Ver también, sobre el tema, CHIRIBOGA, Osvaldo. "La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el Derecho estatal". En: Gamboa C. y otros. *Aportes andinos sobre derechos humanos*. Investigaciones monográficas, Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Ed. Abya Yala, Quito, 2005. El trabajo es anterior a la constitución en vigor que mencionamos en el texto.

las normas indígenas guarden conformidad con los principios, valores y fines de la Constitución (art. 128, Código Procesal Constitucional), y la articula cualquier autoridad indígena que conozca de un caso concreto, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, planteando sus dudas sobre la constitucionalidad y aplicación del precepto del caso (art. 131). La resolución del Tribunal Constitucional tiene vigor solamente para la nación o pueblo indígena consultante (art. 132). Para parte de la doctrina, esa consulta, junto con la competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (art. 202-11 de la constitución), son fórmulas de sometimiento al control constitucional de esta última[8]. Volvemos sobre el tema más adelante.

Bueno es constatar, desde luego, que la acción extraordinaria del Derecho ecuatoriano, y la consulta de Bolivia, son sustancialmente diferentes. La primera es un medio de impugnación de resoluciones de la justicia indígena. La segunda, un dispositivo que instrumenta la propia justicia indígena para requerir un dictamen aclaratorio por parte del Tribunal Constitucional. Los dos flamantes mecanismos, eso sí, forman parte, cada uno en su país, del Derecho Procesal Constitucional, que como hemos dicho reiteradamente, atiende a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales.

IV. EVALUACIÓN. NUEVOS CAPÍTULOS PARA EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La decisión del constituyente de reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos indígenas, e incluso de admitir una jurisdicción indígena singular, importa una decisión política muy significativa. Significa renunciar a la idea de un Estado soberano central que monopoliza la actividad nomogenética. También implica reconocer autoridades que no han sido generadas ni designadas por ese Estado central, y que cuentan con títulos propios para gobernar. En términos histórico-figurados, ello tal vez produzca el retorno a una suerte de neofeudalización del organigrama de poder, o a algo próximo a cierto federalismo sui géneris.

El reconocimiento de un derecho indígena propio, en síntesis, puede ser el resultado de una exigencia política, derivada de fuertes demandas sociales en tal

(8) Ver CHIVI VARGAS, Idón Moisés. "El órgano judicial". En: Álvaro García Linera y otros. *Miradas. Nuevo texto constitucional*. Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado, Idea, La Paz, 2010, p. 419.

sentido, incluso irreprimibles o inexorables, o también resultar de un acto de reparación histórica y de cambios de paradigmas axiológicos en cuanto el concepto mismo de justicia, si se entiende que la idea de un solo derecho formal y nacional, propia del Estado nacional, central y soberano nacido durante el Renacimiento, y refinado después de la Revolución francesa (al que algunos llaman "Estado jacobino"), no es la correcta, y que ciertos grupos humanos tienen, con toda legitimidad, el derecho de autogestionarse, e incluso de que no se les aplique *in totum* el derecho creado por un ocupante histórico (y por sus sucesores), al que algunas veces califican como usurpador[9].

Digamos igualmente que el derecho internacional de los derechos humanos aporta en los últimos lustros fluidas razones que coadyuvan para la autonomía del derecho indígena, como el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o la "Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas" (2007). Esta última, por ejemplo, destaca en su artículo 3 que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. El artículo 4 añade que en ejercicio de esta libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos o locales. Y el artículo 34 suma que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y, cuando existieran, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de los derechos humanos. Es visible que aquí están las bases al derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Ocasionalmente, el rescate de un derecho indígena propio puede venir de la mano de ciertos tribunales regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A título de ejemplo: en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, fallado en 2001, la Corte reconoció la existencia de un derecho indígena propio. Afirmó, en efecto, que "el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata" (párrafo 151). Aquí la Corte aludía a la propiedad comunitaria y de la posesión de la tierra[10].

(9) Basta leer, al respecto, el Preámbulo de la Constitución boliviana de 2009, que es un himno a favor de los pueblos originarios y de la "sublevación indígena anticolonial".

(10) Ver también CLAVERO, Bartolomé. "El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni". En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Nº 39, San José de Costa Rica, 2004, p. 257.

En todo caso, surgen problemas jurídicos de compatibilización entre las órdenes jurídicas comunitarias y el Derecho estatal, y entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

En términos generales, los países que han definido constitucionalmente el problema han partido de directrices de preferencia (a favor de la Constitución y de tratados internacionales de derechos humanos), aunque matizadas, de vez en cuando, por una doble lectura de la Constitución (en Ecuador, particularmente, con los objetivos de modulación de la ley suprema, según regule o no relaciones aludidas por el derecho indígena). Ello puede provocar, como advertimos, interpretaciones diferentes de la Constitución, en tanto se la efectivice en las relaciones ordinarias, o en las captadas por la justicia indígena. De hecho, ello puede significar también un cierto quiebre del principio de igualdad, aunque esta postura diferenciatoria quizá registre antecedentes (tal vez remotos), en la doctrina de la doble lectura de la Constitución, según se trate de épocas de normalidad o de momentos de emergencia, o en las raíces del federalismo, donde no siempre los derechos son vividos del mismo modo en todas las provincias, estados o regiones de la federación(11).

En un orden paralelo de ideas, si se acepta la tesis de una jurisdicción indígena igualmente propia, surge la necesidad de dirimir los conflictos de competencia entre ella y la justicia ordinaria, así como la de dibujar mecanismos que en definitiva aseguren la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos (aunque las pretensiones de universalidad de este último, sean contradichas hoy por el multiculturalismo). Se enuncian, al respecto, como vimos, reglas de delimitación y de articulación(12).

En el caso de Ecuador, el Derecho Procesal Constitucional ha generado una acción puntual y específica, aunque de tipo extraordinario, para revisar por la Corte Constitucional los fallos últimos de la justicia comunitaria. Bolivia intenta otra vía, con las consultas de compatibilidad constitucional que puede formular esta última al Tribunal Constitucional Plurinacional. Ahora bien: si no hubiera, constitucional o legalmente, mecanismos recursivos contra las resoluciones de esta jurisdicción indígena, ¿sus veredictos quedarían firmes en tal sede, o correspondería habilitar, doctrinaria o pretorianamente, las escaleras de revisión

(11) Nos hemos referido al tema de la doble lectura constitucional para momentos de normalidad y de emergencia, en SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 139.

(12) Ver SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución". En: *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo.* Colegio de Abogados, Chuquisaca, 2012, p. 15 y ss.

para afianzar, por ejemplo, la supremacía constitucional? En el caso boliviano, parte de la doctrina entiende que ese camino recursivo tendría de todos modos que abrirse, a fin de afianzar, de modos claro, la superioridad constitucional[13]. La tesis es convincente: no es bueno que queden pronunciamientos exentos de dicho control de constitucionalidad.

En conclusión, el derecho al propio derecho y el derecho a la propia jurisdicción indígena, han impactado en el Derecho Procesal Constitucional, abriendo nuevas instancias de desarrollo de esta disciplina. En efecto, ya hay trámites específicos y novedosos, ante las cortes o tribunales constitucionales, destinados a fiscalizar tanto el derecho indígena como las resoluciones de la judicatura indígena. Los especialistas tienen entonces un nuevo campo de estudio, en torno al radio de cobertura, el funcionamiento y el resultado de estos mecanismos procesal-constitucionales, como respecto de los silencios o lagunas que pueda tener el derecho vigente en esos temas.

(13) El distinguido constitucionalista boliviano J. Antonio Rivera, en dictamen remitido al autor, apunta que el artículo 12.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia declaró irrecurribles las decisiones de la justicia indígena ante la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras creadas por ley. A su entender, sin embargo, para asegurar la supremacía de la Constitución sobre dichos pronunciamientos (establecida, como vimos, por el art. 190 de la misma), tiene que habilitarse de todos modos la vía de la acción de amparo, ante los tribunales pertinentes, de mediar infracción a la Constitución en las sentencias indígenas, con posterior capacidad revisora por el Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 202-6 de la Constitución).

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y SUS LIMITACIONES

Giuseppe DE VERGOTTINI

Esta intervención se propone presentar algunas reflexiones sobre la libertad de información y sus limitaciones. El problema está relacionado con la **necesidad de conocimiento** que es preliminar y esencial para la construcción de una relación adecuada entre ciudadano y sociedad política. Sin conocimiento no puede haber pleno desarrollo de la persona. El conocimiento es instrumental a los derechos en todos los ámbitos (cultural, medio ambiente, salud, etc.).

El tema no es ciertamente nuevo. Siempre ha sido objeto de atención y análisis por parte de los juristas que siguen la evolución de este derecho y sus límites a nivel nacional e internacional.

Al abordar el tema resulta necesario dejar claro cuáles son los contenidos que se consideran relacionados con la información relevante pare el Derecho Constitucional.

En este sentido, se debe empezar por decir que nos encontramos ante un concepto complejo. La información puede ser vista como una proyección exterior de la forma de pensar y valorar un estado de cosas (desarrollo de la libertad de pensamiento) y se puede considerar el desarrollo activo de las opiniones de una persona (constituyendo un derecho de informar). Así que primero debe ser visto como un **desarrollo de la libertad de pensamiento** del ciudadano y de su divulgación al exterior de la esfera personal. Desde esta perspectiva, es reconocible el derecho a la libertad que se manifiesta a través de la información (**aspecto activo** de la información). El derecho a informar a los demás, al mundo externo al sujeto,

asume una importancia particular en el contexto político: la difusión de las ideas y programas políticos es esencial para un correcto panorama caracterizado por el discurso político libre. Así, el uso de la difusión de información se convierte en importante para una dinámica fisiológica democrática.

Otro aspecto, igualmente importante también desde la perspectiva del funcionamiento de la democracia, es la posibilidad que tienen los ciudadanos de recibir libremente información de otros (**aspecto pasivo**).

Por último, sobre todo en tiempos más cercanos a nosotros, se ha hecho hincapié en la importancia de reconocer el derecho de toda persona a solicitar información en poder de las autoridades públicas, incluso en los casos en que no se ofrezca espontáneamente (derecho de acceso a los documentos, bancos de datos, etc.).

I. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y SUS RAMIFICACIONES TRADICIONALES

La libertad de pensamiento y el derecho a manifestarlo de forma activa a través de los distintos medios de difusión son las piedras angulares del sistema liberal. Tanto en las relaciones interpersonales como en las relaciones más amplias que comprenden a los medios de comunicación y difusión que influyen en los comportamientos sociales y políticos con la formación de la opinión pública. Esta libertad se identifica de varias maneras con la libertad religiosa, de investigación científica, de enseñanza, objeto de disposiciones distintas de los instrumentos constitucionales y convenciones internacionales, libertades todas que se caracterizan por la libre elaboración y difusión de ideas, opiniones y conocimientos.

En los sistemas jurídicos inspirados en los principios liberales, esta libertad es la base de todo el discurso político. Es inherente al pluralismo ideológico que caracteriza el concepto mismo de la democracia liberal. Implica la diversidad de orientación cultural y política y la oposición de puntos de vista en el país y en las instituciones, raíz del derecho a disentir y, por lo tanto, de la oposición política, incluso parlamentaria.

Esta libertad, que nadie niega abiertamente, se ve constantemente frustrada por la tendencia tradicional al conformismo que caracteriza a las relaciones sociales y políticas y sufre constantes amenazas por la tendencia hacia la estandarización de las conciencias que se ve facilitada por el control de los principales medios de comunicación tanto por las autoridades políticas como por parte de los agentes económicos en situación de monopolio u oligopolio.

II. TENDENCIAS DE DESARROLLO ENTRE LIBRE MANIFESTACIÓN DEL PENSAMIENTO Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN O SER INFORMADO

En términos generales, los principios de los ordenamientos liberales siguen siendo, en tiempos más recientes, los mismos del pasado: libertad de pensamiento y de su difusión a través de diversos medios. La libertad de información consecuencia de la anterior comporta también la de recabar información y recibirla. Por lo tanto, es inevitable la tendencial mezcla entre la esfera de accionabilidad del derecho a expresar libremente las propias ideas y la libertad de informar y ser informado. Hay que añadir que los medio tradicionales de difusión (prensa, radio y televisión), sin dejar de ser vehículos imprescindibles de pensamiento y de opinión, en tiempos más recientes están acompañados por el desarrollo de la red, que ha llevado a la superación de los medios de información unidireccionales introduciendo modalidades interactivas mediante una tecnología que, por su concepción, tiende a escapar de los sistemas tradicionales de control público. Además, la tecnología informática ha permitido nuevas formas de acumulación de datos personales por parte de las autoridades públicas y del Sector Privado, suscitando nuevas exigencias de protección de datos personales. La reciente sociedad de la información implica, pues, nuevos desarrollos de un derecho antiguo y en los distintos ordenamientos es posible percibir, en función de los casos, el énfasis del interés del legislador por los variados problemas que surgen. Entre ellos se encuentra el tema de acceso a los datos de carácter personal.

1. Derecho a recibir información y a acceder a los datos

La conexión entre libertad de pensamiento e información y las garantías sea de la libertad de informar sea de la libertad de recibir y buscar informaciones son aseguradas por numerosas legislaciones (por ejemplo Reino Unido 2000 e Italia 1990) y jurisprudencias (sentencias de los Tribunales Supremos de Japón, India y Corea del Sur).

El derecho de recibir información del poder público y acceder a los archivos y bases de datos asume ya un significado particular. Las más actualizadas previsiones relativas a este se acumulan hoy en día con frecuencia con las declaraciones que se refieren a la formulación tradicional de la garantía de la libertad de pensamiento y de opinión y de difusión de la información.

Así, por ejemplo, en Reino Unido, la *Freedom of information Act* del 2000 ha regulado el lado pasivo de la libertad de información y, en particular, el deber del gobierno de asegurar un flujo constante de información sobre sus actividades en beneficio de los votantes y de los órganos de representación. Del mismo modo,

la revisión de la Constitución austríaca de 1987, en el artículo 20 exige que las autoridades centrales y de los Länder proporcionen informe a los ciudadanos. La Constitución holandesa en el texto refundido de 1983, establece en el artículo 110 la transparencia de los procedimientos administrativos, pero no un derecho explícito de acceso, que será establecido por una ley especial en 1991.

El derecho de acceso tiene una larga historia, aun cuando en su último concepto se presenta como derecho relativamente reciente. En efecto, sus orígenes se remontan a 1888 en Colombia, con la aprobación del Código de la administración política y municipal, que permitía a los ciudadanos el derecho de solicitar documentos en poder de las autoridades públicas.

En Italia fue importante el momento reflexivo de la libertad de información a través de la regulación del derecho de acceso (Ley 241/1990), que otorgó a los ciudadanos el derecho a conocer los documentos en poder de la Administración Pública.

En 1969, el Tribunal Supremo de Japón dijo en dos sentencias importantes que *shiru kenri* (el "derecho saber"), está protegido por la garantía de la libertad de expresión en virtud del artículo 21 de la Constitución.

En 1982, la Corte Suprema de India dijo que el acceso a la información en poder del gobierno es una parte esencial del derecho fundamental de la libertad de palabra y de expresión en virtud del artículo 19 de la Constitución: el concepto de un "gobierno abierto" es emanación del derecho a saber, que parece implícito en el derecho a la libertad de la palabra y de expresión garantizado precisamente por el artículo 19 (1) (a). Por lo tanto, la divulgación de información relacionada con el funcionamiento del gobierno debe ser la regla y el secreto una excepción justificada únicamente si lo requieren estrictas razones de interés público. Esta jurisprudencia, por lo tanto, reduce el espacio del secreto (*SP Gupta v. Presidente de la "India [1982] AIR (SC) 149*, p. 234).

En Corea del Sur, el Tribunal Constitucional falló en 1989 y en 1991 la existencia de un "derecho a saber" inherente a la garantía de la libertad de expresión en virtud del artículo 21 de la Constitución, y que en determinadas circunstancias los derechos pueden ser violados cuando el gobierno se niega a divulgar los documentos solicitados.

Muchas constituciones prevén en la actualidad expresamente el derecho de acceso. A título indicativo, y dejando de lado las previsiones de mucho de los países exsocialistas, que abundan hoy en día en normativas garantistas, recordemos las constituciones de España, 1978, artículo 105; Bélgica revisada en 1993, artículo 32; Finlandia, 2000, artículo 12; Noruega, revisada en 2004, artículo

100; Suecia, revisada en 1974, artículo 13; Grecia, revisada en 2001, artículo 5 A; Sudáfrica de 1996, artículo 32, Colombia, revisada en 2001, artículo 74; Ecuador, 1998, artículo 81.

III. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN PACTOS

Las diferentes orientaciones ideológicas presentes en los ordenamientos estatales se reflejaban claramente en el ámbito de los **instrumentos internacionales** que garantizan los derechos humanos.

Los convenios contempla(ba)n el derecho a informar y ser informado, incluido el derecho a buscar información. A nivel universal fueron también influidas por las pautas que se establecieron en los ordenamientos socialistas y, por lo tanto, incluían la garantía legal en favor de los Estados para la protección de la soberanía con el fin de controlar en su territorio la circulación de informaciones procedentes del exterior. Esto permitía una alta tasa de protección ideológica. Como garantía de la soberanía que comportaba el rechazo de formas de injerencia externa, real o supuesta, existía el derecho del Estado a rechazar cualquier información que se considerara como una intervención en los asuntos internos que pudiera perjudicar la amistad y la paz entre los pueblos. Citamos la Declaración Universal de 1948, artículos 18 y 19, y el Pacto sobre derechos civiles y políticos de 1966, artículos 18 y 19.

La Declaración Universal de 1948, en el artículo 18 preveía la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En el artículo 19, la libertad de opinión y de expresión, incluida la libertad de sostener la propia opinión y a buscar, recibir, difundir informaciones e ideas por cualquier medio y sin consideración de fronteras. Lo mismo hacía el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en los artículos 18 y 19, al tiempo que afirmaba de manera más bien analítica posibles restricciones susceptibles de establecerse por ley, derivadas del respecto a los derechos de los demás o necesarias por razones de seguridad nacional, orden público, salud y moral públicas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 13, garantiza el derecho a buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de todo tipo. El Acta Final de la Conferencia de Helsinski (1 de enero de 1975) se centró en la circulación internacional de la información y la información en cuanto a libertad individual parecía marginal. Prevalecía, en consecuencia, la exigencia de las potencias socialistas de controlar la circulación de la información, pudiendo el Estado impedir la entrada de información no deseada quedando claramente afectado el derecho. Todos los instrumentos internacionales permitían y permiten varias limitaciones por motivos de seguridad, orden

público, salud, moral, limitaciones que en las democracias liberales están sujetas a la condición de reserva de la ley y control jurisdiccional.

IV. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DE CONFORMIDAD CON LOS ESTÁNDARES COMUNITARIOS Y CONVENCIONALES (CEDH)

En lo que ahora nos concierne, debe interesarnos el alcance de los acuerdos internacionales relacionados con la normativa europea. En el espacio territorial europea, la CEDH de 1950 preveía en el artículo 9 la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y en el artículo 10[(1)] la libertad de expresión que incluye la de opinión y la de recibir o difundir informaciones e ideas.

Derecho a garantizar a cualquier persona sin interferencia del poder público y por encima de fronteras. Pero faltaba una ampliación explicita del derecho de recabar información. Estaba prevista la aprobación por la ley de medidas restrictivas "necesarias en una sociedad democrática" justificables por razones de seguridad nacional, integridad territorial, orden público, prevención, salud, moral, protección de los derechos de los demás, protección de la información confidencial, protección de la función judicial. Así que la Convención deja abierto un ámbito muy amplio de posibles restricciones.

Estos artículos se confirman casi textualmente en el artículo 10 y en el artículo 11[(2)] de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

(1) CEDU. Artículo 10. Libertad de expresión.
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

(2) Carta de Niza. Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

(la llamada Carta de Niza de 2000). El párrafo segundo del artículo II añade que "'la libertad' y el pluralismo de los medios de comunicación debe ser respetada".

Las fuentes europeas (tanto de la Unión como del ámbito del CEDH), tienden a asegurar una protección tendencialmente coherente. Entre otras cosas, para los Estados miembros del CEDH está emergiendo la preceptividad directa (de relevancia) constitucional de las disposiciones de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esto se puede hacer mediante la incorporación de la CEDH en el sistema de fuentes de rango constitucional (este es el caso del Reino Unido con la denominada *Human Rights Act*) o –aunque con las debidas distinciones que deben hacerse de un Estado a otro– bajo el impulso de jurisprudencia de importancia histórica (es el ejemplo italiano con las Sentencias de la Corte Costituzionale 348 y 349 de 2007). Además, la UE, con el Tratado de Lisboa, ha previsto su adhesión al CEDH y, por tanto, en el futuro resultará inevitable desarrollar en paralelo las exigencias de la Carta de Niza y el CEDH. Partiendo de ese reconocimiento se puede dar una visión general de los estándares de protección en el ámbito del *European Law* (es decir, tanto de la Unión como convencional CEDH).

El TEDH define la libertad de expresión como un *qualified right*, lo que significa que la restricción de la misma puede ser considerada legítima si y solo si, se respeta el principio de proporcionalidad (en definitiva, es una protección menor que la de los derechos llamados absolutos, pero más "rigurosa" de la llamada "ponderación"). La jurisprudencia de Estrasburgo es particularmente significativa, especialmente por cuanto concierne a la garantía de la expresión del pensamiento político a través de la información. Por lo tanto, tienen que ser asegurados pluralismo y tolerancia, sin los cuales no hay sociedad democrática (*Handyside v Reino Unido*, 1979 *y Lingens v Austria*, 1986).

El caso principal que delimita el contenido fundamental del derecho que comentamos nos lo ofrece el Tribunal de Estrasburgo. En la Sentencia *Handyside v Reino Unido*, serie A Nº 24, (1979) I EHRR 737, el Tribunal sostuvo que: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man (...) it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also

Artículo II. Libertad de expresión y de información.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

to those that offend, shock or disturb (...) such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'"[3]. El Tribunal, como es lógico, le da un peso diferente a las diferentes manifestaciones (concretas) de la libertad de expresión. Cree que la manifestación que se debe considerar más importante es el *political speech*.

La máxima amplitud de la libertad de prensa se reconoce en efecto en el caso de la crítica política, y esto porque se tiene en cuenta el interés general preeminente en la corrección y la transparencia de la acción administrativa y política. Más específicamente, se ha reconocido que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio.

Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político **considerado como tal** que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas" [TEDH, sentencia del 8 de julio 1986, Lingens c. Austria][4].

El artículo 11 de la Carta de Niza se titula "libertad de expresión e información". Su contenido dispositivo representa la repetición de la regulación contenida en el artículo 10 del CEDH. No solo. Con base en el artículo 52, párrafo 3 de la Carta, este derecho tiene el mismo alcance y el significado de lo previsto

(3) "La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de cada hombre (…) es aplicable no solo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, chocan o inquietan (…) tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'".

(4) "*la libertà di stampa constituisce uno dei migliori mezzi per conoscere e valutare le idea e gli orientamenti dei dirigente politici: pertanto i limite della critica esercitabile nei confronti di essi sono più ampi di quelli relativi ai semplici privati; anche gli nomini pilitici fruiscono della tutela della loro reputazione, non soltanto nella sfera privata, ma in questo caso i doversi connessi a tale protezione vanno bilanciati con gli interessi collegati alla libera discussione sui problema politici*" [Cedu, sentenza dell' 8 luglio 1986, *Lingens c. Austria*].

por el CEDH. Por tanto, las limitaciones no podrán sobrepasar las del artículo 10, párrafo 2 del CEDH, salvo las restricciones que el Derecho de la Unión Europea en materia de competencia puede aportar al poder de los estados para establecer regímenes de autorización conforme al artículo 10, párrafo 1, del CEDH. El apartado 2 del artículo 10 aclara cuáles son las consecuencias del primer párrafo en relación con la libertad de los medios de comunicación.

V. TENDENCIAS

Las convenciones internacionales y numerosas constituciones contienen por tanto regulaciones aparentemente estimulantes: la libertad de información en sus diversas formas parece alcanzar su meta. Las prácticas administrativas, y a veces las leyes, sin embargo, dicen algo muy diferente.

En este sentido, más que una verificación de las normas y la jurisprudencia que podría llevar a una representación falsa e ilusoria de la realidad, es útil leer los informes de organizaciones humanitarias. Entre estos, los informes de *Freedom House (Freedom in the World 2011)* parece bastante indicativo. Las restricciones al derecho de libre expresión del pensamiento en todas partes se incrementó en un contexto global de limitaciones de todo tipo e incluso de represiones violentas.

Cabe señalar que las tendencias pueden ser coesenciales a la connotación no democrática del ordenamiento (China, Irán, *de facto*, la Federación Rusa, parte del mundo árabe); o pueden configurarse como limitaciones geográficamente transversales, impuestas incluso a ordenamientos que podemos considerar democráticos por contingencias constitucionales particulares (por ejemplo, emergencia terrorista).

Acerca de las restricciones que hemos llamado coesenciales, hemos mencionado los casos de China e Irán, pero también de Rusia y de los países árabes.

En cuanto a aquellas que presentan carácter excepcional recordemos las consecuencias de la emergencia del terrorismo en los países del euro atlántica, con especial referencia a los Estados Unidos.

En otras palabras, la codificación formal de la libertad de expresión no es suficiente para garantizar su protección, sin embargo, no puede haber ninguna duda de que la libertad de expresión se ha convertido en una condición esencial para la participación efectiva del individuo en la sociedad y la política de su país.

La eficacia de esta libertad puede ser vista a través del espacio y el tiempo.

1. Tendencias en las diferentes áreas geopolíticas

¿Cuáles son las tendencias actuales? Solo podemos hacer alguna referencia posponiendo para mayor amplitud al texto escrito.

a) Área euroatlántica

El área euroatlántica se compone de los sistemas democráticos en los que la libertad de información en sus distintos aspectos ha sido y es asegurada en su grado máximo. Aunque con sus límites tradicionales (piénsese en la regulación del secreto) y aunque es inevitable recordar que en una democracia "protegida" como la alemana el conocido artículo 18 del GG preveía la exclusión para quien abusase del derecho a la libertad de pensamiento con el fin de luchar contra el ordenamiento liberal democrático.

Continuando con la perspectiva de las posibles limitaciones, chocan dos tendencias opuestas. Una privilegia de manera tendencialmente absoluta el derecho a la libertad y se opone a los límites. Incluso manifestaciones ideológicamente opuestas y negadoras de los valores liberales deben ser permitidas, con el único límite de la prohibición del uso de su promoción violenta. En este sentido, se sitúa la lectura de la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU., por el Tribunal Supremo, como indica su jurisprudencia, incluyendo la muy conocida sentencia según la cual el acto de quemar la bandera no constituye delito de desacato, en cuanto expresión de la libertad garantizada por dicha disposición [*Texas v. Johnson* (491 EE.UU. 397 (1989))]. El razonamiento del Tribunal, marcado por la tolerancia, implica que si la adhesión a los principios del sistema constitucional se basa en el reconocimiento de las libertades, el uso concreto de estas no se puede decir que las vulneran, sino que las fortalecen. La otra tendencia más generalizada, por el contrario, admite límites y leyes represivas en casos justificados, como resultado de una evaluación comparativa con otros derechos y valores protegidos por la Constitución.

b) América Latina

Prácticamente la generalidad de las Constituciones garantiza la protección amplia de la libertad de información.

La Convención Americana, como se mencionó, se sitúa en esta línea.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha pronunciado de una forma efectiva en este sentido. En un Dictamen Consultivo de 1985,

interpretando el artículo 13, reconoció la libertad de información como un derecho humano fundamental, que es importante para una sociedad libre como la libertad de expresión. La Corte explicó que aquellos a los que se aplica la Convención tienen no solo el derecho a expresar sus pensamientos sino también el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. En este sentido, es un derecho individual que pertenece a todos. El segundo aspecto de la misma, por otro lado, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a tener acceso al pensamiento expresado por otro.

En la conocida sentencia *Barrios Altos-Chumbipuma Aguirre* el al. v. Perú, del 14 de marzo de 2001, párrafo 45, la Corte confirmó la obligación del Estado de proporcionar acceso a la información.

Pero no hay que olvidar que el régimen legal vigente en Cuba es una reproducción perfecta de la Constitución estalinista y, por tanto, en ese país sigue manteniendo el principio de información de régimen. Además, hay tendencias limitadoras en diferentes países (Honduras, Guatemala, Nicaragua) y, en particular, en Venezuela debido a la orientación autoritaria imprimida en el país por el actual presidente.

El 2 de julio de 2009, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-417/09, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 224 del Código Penal afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser un delito penal en los casos en que la información proporcionada es exacta o se basa en hechos reales. La garantía de la libertad de información y expresión debe garantizarse aún si la persona es absuelta; y esto sobre todo si las personas involucradas o los hechos de que se trata son de importancia pública. *Ex adverso* se socavaría gravemente en derecho a la libertad de información, la cual es reconocida en virtud del artículo 20 de la Constitución colombiana.

c) El mundo de la descolonización

En los ordenamientos de los países de **reciente independencia** salidos de la descolonización y en vías de modernización bajo la influencia occidental o socialista soviética la libertad de información está completamente subordinada al problema de asegurar a los Estados un dominio de los medios de comunicación mediante la superación de la brecha tecnológica que lo separaba de los países industrializados. El derecho individual permanece totalmente marginado en relación con las necesidades colectivas de las que los Estados eran portadores.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, en particular en el artículo 9, reconoce el derecho al recibir informaciones y a expresar sus opiniones dentro de la ley, sin que se mencione el derecho a informar y buscar información. Se da prioridad al aspecto pasivo con el fin de facilitar el desarrollo social y cultural.

d) El gran cambio en el Este.

Tras el colapso del Imperio Soviético todas las Constituciones de Europa oriental han reconocido la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de los medios de comunicación y la libertad de acceso a la información. Pero en países como Rusia y Ucrania, aunque en las Constituciones se garantiza la libertad de expresión e información, la práctica dista mucho de cumplir las normas establecidas en las disposiciones constitucionales. En Rusia, los más evidentes son los límites que existen para el ejercicio del periodismo, con formas de represión que involucran a las autoridades públicas sin que el recurso a los jueces haya sido capaz de ayudar a aclarar varios casos de intimidación e incluso el asesinato de representantes del mundo de la información.

e) China ha desarrollado un sistema especial que combina una liberalización parcial económica con un sistema político basado en el leninista de partido único que mantiene un estricto control sobre los medios de comunicación. Y ha dedicado recursos impresionantes a la censura en Internet, la supresión de minorías, y la eliminación de todas las formas de disidencia política. En 2011, las autoridades llevaron a cabo una gran campaña de represión, censurando la discusión pública del movimiento por la democratización árabe, persiguiendo y manteniendo arbitrariamente detenidos a decenas de comentaristas de medios sociales y abogados involucrados en la defensa de derechos humanos y fortaleciendo la censura en línea de los proveedores de servicios de redes sociales.

f) En los países de la Constitución islámica, la libertad de información sufre serias limitaciones. La Constitución de Irán de 1979, por ejemplo, prevé fuertes límites a la libertad de expresión, basados en razones ideológicas. La libertad de prensa y de radiodifusión solo se permiten si se ajustan a los principios del Islam y de orden público; y tales limitaciones alientan, por lo tanto, la represión policial y las diversas formas de censura de todas las comunicaciones. En el norte de África, a pesar de la reciente ola de democratización, existe el riesgo de que la libertad de expresión no reciba una protección completa. Túnez, después de retirados formalmente los límites a la libertad de la prensa, parece ahora

garantizar la libertades civiles y el respeto al Estado de Derecho; por el contrario, en Egipto y Libia, poco progreso se ha hecho y en los dos países las reformas democráticas son todavía muy lentas. De hecho, en Egipto los miembros militares del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (SCAF) han mostrado cierta hostilidad hacia la libertad a los medios de comunicación, mientras que en Libia, a pesar de la muerte de Gaddafi, parece lejos de emerger incluso un estatus predemocrático.

VI. LA RED COMO UNA HERRAMIENTA DE INFORMACIÓN POLÍTICA, DE CIUDADANÍA ACTIVA Y DE RESISTENCIA

La red, por su naturaleza, escapa a los penetrantes controles de una censura completa. Además, su potencial es verdaderamente notable, porque, en principio, podría ser utilizado como un medio de información activa o pasiva por cualquier persona que desee. Estas características propias del instrumento se definen, sin embargo, de diversas maneras en función de las diferentes condiciones político-constitucionales en las que opera. Baste pensar en algunos casos paradigmáticos. En Estados Unidos de América, caracterizado históricamente por la falta de ejercicio considerable (especialmente juvenil) del derecho a votar, pero también caracterizado por el uso generalizado de la tecnología, la red, en la dimensión de *social networks* como Facebook o Twitter, ha sido una herramienta de participación en la información política, por tanto, de ciudadanía activa.

En otras coordenadas políticas y constitucionales, como en Irán y China, la red ha sido en cambio un espacio de zona franca a través de la cual informar y ser informado, permitiendo a los individuos y grupos jugar un papel de oposición difusa en la lucha contra la represión policial de las actividades informativas por parte de regímenes liberticidas.

1. Hábeas data

La propagación de la tecnología de la información se ha traducido en una actualización de los contornos tradicionales de la libertad de información que ahora incluye su uso y, en particular, a través del uso amplio de Internet, ha difuminado la distinción tradicional entre comunicación que afecta a un número limitado de sujetos y difusión generalizada de mensajes. Unos de los aspectos innovadores de la **libertad informática** es la recogida de datos en sus bancos específicos, consulta y difusión, y control de estos. Algunas Constituciones y casi todas las legislaciones más actualizadas han llevado a cabo esta adecuación.

Las operaciones de revisión constitucional han conducido a la introducción en la Constitución Argentina del derecho de hábeas data (art. 43) que habilita para

exigir el conocimiento de los datos relativos a la persona detentados por autoridades públicas y también por particulares y si es necesario para reclamar la rectificación o eliminación, cuando sean falsos o perjudiciales. No es distinto lo previsto por la Constitución de Brasil de 1999 (art. 5), por otras constituciones (Guatemala, Colombia, Perú, Venezuela, Paraguay) y por numerosas fuentes infraconstitucionales en diferentes países de América Latina donde el hábeas data se ha convertido en instituto compartido.

Leyes sobre libertad de información, que contienen por lo general las reglas sobre acceso, han surgido en muchos países que cuentan con sistemas jurídicos basados en los principios liberales. Entre ellos: Estados Unidos (1967), Francia (1978), Australia, Nueva Zelanda, Canadá (1982), Irlanda (1997), India (2000 y 2005), Japón (1999), Israel (1998), Sudáfrica (2000), Alemania (2005).

VII. INFORMACIÓN SOBRE MEDIO AMBIENTE

Los últimos años han visto crecer la atención por la información ambiental. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), en el artículo 10 prevé el acceso a la información ambiental. El Convenio de Aarhus (1998), la prevé en su artículo 4. La Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990 y la Directiva 2003/4/CE, del 28 de enero de 2003 han regulado el acceso al público a dicha información. Las repercusiones en los sistemas estatales son evidentes, ya que los estados están obligados a adoptar sus propios reglamentos de aplicación. En la práctica, la mayoría de las disposiciones en materia de acceso a los documentos en poder de las autoridades públicas se refiere a la materia de medio ambiente.

VIII. OBSERVACIONES FINALES

Para entender correctamente el significado de la libertad de información se debe tener en cuenta que la información está orientada al conocimiento. El conocimiento es el propósito y la motivación primera del acceso a la información.

Los seres humanos somos criaturas predispuestas al deseo de saber. Como escribió Aristóteles en la Metafísica: “Todos los seres humanos tienen por naturaleza el deseo de conocimiento”. Una vida privada de un acceso adecuado a la información y el conocimiento es una vida tremendamente empobrecida. El conocimiento no solo es bueno en sí mismo, sino que es esencial, incluso en sentido utilitario, que las personas tengan acceso a la información, a fin de responder adecuadamente a sus necesidades o llevar a cabo planes y metas en la vida. En este sentido, el conocimiento es lo que John Rawls (1971) ha llamado “bien

primario", es decir, es un bien que es útil para cualquier persona, sea cual sea su proyecto de vida o su concepción del bien. Por último, el acceso a la información es un requisito previo para el ejercicio efectivo y para la garantía de protección de los propios derechos.

En este sentido, podemos decir que estamos pensando en un auténtico derecho. Es evidente, en efecto, que en la afirmación que las personas tienen derecho a acceder a la información, se contiene que tienen derecho a acceder a informaciones de calidad. Hay varias dimensiones de la calidad de la información, incluyendo la exactitud, integridad y comprensibilidad.

Si el acceso a la información es un derecho fundamental, por lo tanto, no es simplemente una libertad negativa, sino también es un derecho social.

De hecho, el interés fundamental de acceso a la información puede ser adecuadamente protegido si se entiende en el sentido de que incluye también un derecho social que impone obligaciones positivas a los gobiernos y las personas para que se asegure a la gente la información y los conocimientos necesarios.

Es necesario ir más allá del concepto de los derechos de propiedad intelectual como derechos negativos de libertad, que pueden ser protegidos sin la interferencia de los gobiernos. Dada la importancia del acceso a la información para el ejercicio de los demás derechos, el derecho a la información debe ser entendido como un derecho social, que exige a los gobiernos (y quizás las personas) el deber de proporcionar a las personas de una información adecuada.

Por último, hay que añadir que el acceso a la información resulta ser un requisito previo para el ejercicio de los restantes derechos. Acceso a la información, pues, como un derecho instrumental esencial.

No es difícil imaginar en efecto lo inútil que será el ejercicio de muchos derechos si no se tuviera acceso a informaciones cruciales. Necesitamos acceso a la información sobre una amplia gama de temas, con el fin de adquirir la capacidad de ejercer la mayoría de los otros derechos que nos pertenecen. Por ejemplo, sino se tiene información básica sobre los candidatos de las elecciones, su posición, su experiencia y sus acciones, el derecho previsto en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de sus representantes libremente elegidos") no tendría sentido. No se puede emitir el propio voto, si no se tiene la información necesaria para tomar decisiones informadas y motivadas. Estos derechos son, por tanto, interdependientes: no podemos ejercer nuestros derechos políticos si no tenemos derecho de acceso a la información.

BIBLIOGRAFÍA

- SHAPIRO, M. *Freedom of speech: the supreme court and judicial review.* Prentice Hall, 1966.
- SADURSKI, W. *Freedom of speech and its limits.* Kluwer Academic Publishers, 1999.
- KERSCH, Ken I. *Freedom of speech: rights and liberties under the law.* ABC-CLIO, 2003.
- AINIS, M. (a cura di). *Informazione, potere, libertà*. Giappichelli, 2005.
- VESPASIANI, A. "Alla ricerca dei confini tra comunicazione istituzionale e comunicazione política". In: Vignudelli A. (ed.). *Istituzione e dinamiche del diritto.* Giappichelli, 2005.
- BARENDT, E. *Freedom of speech*. Oxford University Press, 2005.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E LEGITIMAÇÃO GOVERNAMENTAL

José Afonso DA SILVA

Esta exposição tem por objetivo discutir a *democracia representativa e sua função de legitimação governamental.*

A exposição está dividida em duas partes. Na primeira, discutirei a teoria da democracia representativa; na segunda, abordarei a questão do seu papel na legitimação governamental.

I. TEORIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. Conceito de democracia

A discussão do tema deve começar pela própria noção de democracia como regime político, que é *um conceito histórico.* Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente na vigência dos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Essa noção de democracia como processo significa que seu conceito não é absoluto, porque não existe democracia acabada. Talvez seja nesse sentido que

Rousseau advertiu que, a tomar o termo no rigor de sua acepção, jamais existiu verdadeira democracia, e não existirá jamais, e acrescentou que se houvesse um povo de Deus, ele se governaria democraticamente[1], o que, no fundo, significa reconhecer ser esse o melhor regime político.

Nesse processo vai-se configurando também a noção histórica de *povo*, pois, como adverte Burdeau, "se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa"[2]. A concepção de povo tem variado com o tempo, "porque, se sempre é o povo que governa, não é sempre o mesmo povo"[3]. Por isso é que a democracia da antiguidade grega não é a mesma dos tempos modernos; nem a democracia burguesa capitalista corresponde à democracia social. Com essas observações, é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a *democracia* é governo do povo, pelo povo e para o povo. Podemos, assim, admitir que *a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.* Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para conotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

2. Princípios da democracia

A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o *princípio da maioria*, o *princípio da igualdade* e o *princípio da liberdade*[4]. Aristóteles já dizia que a democracia é o governo onde domina o número[5], isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais[6]. A igualdade, diz, é o primeiro

(1) Cf. Du Contrat Social, pp. 8 e 9, Paris, Éd. Sociales, 1955. Rousseau não admitia a democracia representativa.

(2) Cf. Traité de Science Politique, Paris, LGDJ, 1970, t.V/571.

(3) Cf. Georges Burdeau, La democracia, Caracas/Barcelona, Ariel, 1960, pp. 29 e 30 (versão portuguesa, A democracia, 3ª ed., Publicações Europa-América, 1975, p. 15).

(4) Para uma discussão mais ampla sobre tema, cf. Pinto Ferreira, Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, t. I/171s. O conceito desse ilustre constitucionalista reflete essa doutrina: "a democracia é a forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura às minorias no parlamento o direito de representação, fiscalização e crítica" (p. 189). Conceito de democracia, não como processo de convivência, mas como relação governamental, e, pois, de democracia política.

(5) Cf. Política, IV, 3, 1290b.

(6) Idem, IV, 4, 1292a.

atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia[7]. E assim ele acaba concluindo que toda democracia se funda no direito de igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade[8].

Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial.

A democracia, em verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: *(a)* o da *soberania popular*, segundo o qual o *povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; *(b)* a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*. Mas, no caso em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o *da representação*. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular.

3. Conceito e espécies de participação política

O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.

Vale dizer, portanto, que o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre povo e poder. A forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia. Se a *participação* do povo no processo do poder é direita, tem-se *democracia direta*; se a participação é indireta, tem-se *democracia indireta*[9], chamada *democracia representativa*; enfim, tem-se *democracia semi-direta* que é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, dando origem ao que se chama *democracia participativa*.

(7) Idem, VI, 1, 1317b.
(8) Idem, VI, 1, 1318a.
(9) Anote-se, de passagem, que democracia indireta é conceito diverso de eleições indiretas.

4. Democracia representativa

De fato, *democracia representativa* é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente. É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade*, que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. A Constituição brasileira combina *representação* e *participação direta*, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando aí se diz que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa), *ou diretamente* (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada. Outros preceitos constitucionais oferecem os desdobramentos para seu funcionamento.

É uma temática que merece reflexão crítica. Pois, se toda democracia importa na *participação do povo* no *processo do poder*, nem toda democracia é *participativa*, no sentido contemporâneo da expressão.

A *democracia representativa* pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição.

Na *democracia representativa* a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo.* A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político.

5. Mandato representativo

A eleição gera, em favor do eleito, o *mandato político representativo*, que constitui o elemento básico da democracia representativa.

Nela se consubstanciam os *princípios da representação* e *da autoridade legítima*. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário(10). O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.

O mandato se diz *político-representativo* porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa.

O *mandato representativo* é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade, e mais uma forma de tornar abstrata a relação povo-governo. Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; esse mandado se diz *geral*, *livre*, *irrevogável* e não comporta ratificação dos atos do mandatário. Diz-se *geral*, porque o eleito por uma circunscrição ou mesmo por um distrito não é representante só dela ou dele, mas de *todo o povo* que habita o território nacional. É *livre*, porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garante a autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames de sua consciência. É *irrevogável*, em princípio, porque o eleito tem

(10) Essas exigências do mandato representativo decorrem de normas expressas da Constituição. Assim, o princípio da forma representativa consta do parágrafo único do art. 1º, quando diz que o poder é exercido diretamente ou em seu nome por representantes eleitos e no art. 34, VII, a, quando destaca a forma republicana, representativa e democrática como um dos princípios constitucionais. A temporariedade do mandato é explicitamente fixada em quatro anos para Deputados, Governadores, Vice- Governador, Prefeito e Vice-Prefeito (arts. 27, 28, 29, I, 32, §§1º e 2º, 44, parágrafo único), em oito anos para Senadores (art. 46, § 1º) e em quatro anos para Presidente e Vice-Presidente da República (art. 82), com possibilidade de reeleição (art. § 5º).

o direito de manter o mandato durante o tempo previsto para sua duração, salvo perda nas hipóteses indicadas na própria Constituição (art. 55). Em alguns países é possível a revocação do mandato por certo número de votos dos eleitores, é o caso de *recall*. Os constituintes recusaram incluir a destituição de mandatos em certos casos, conforme várias propostas apresentadas. Ficamos, pois, com o princípio do mandato irrevogável.

Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não há representação, de tal sorte que a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E só a isso reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa. E, em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma dos representantes. Nesses termos, a democracia representativa acaba fundando-se numa ideia de igualdade abstrata perante a lei, numa consideração de homogeneidade, e assenta-se no princípio individualista que considera a participação, no processo do poder, do eleitor individual no momento da votação, o qual "não dispõe de mais influência sobre a vida política de seu país do que a momentânea de que goza no dia da eleição, por certo relativizada por disciplina ou automatismo partidário e pela pressão dos meios de informação e da desinformação da propaganda; que, uma vez produzida a eleição, os investidos pela representação ficam desligados de seus eleitores, pois não os representam a eles em particular, mas a todo o povo, à nação inteira"(11). A representação é montada sobre o mito da "identidade entre povo e representante popular" que tende "a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; (...) que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos: *o povo*, destinatário das decisões, e *o representante, autor, autoridade*, que decide para o povo"(12).

Contudo, a evolução do processo político vem incorporando outros elementos na democracia representativa que promovem uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, especialmente os instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular: partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, de tal sorte que a opinião pública –*expressão da cidadania*– acaba exercendo um papel muito importante no sentido

(11) Cf. Luis Carlos Sáchica, Democracia, Representación, Participación, Costa Rica, Instituto nteramericano de Derechos Humanos/Centro de Asesoría y Promocón Electoral (CAPEL), 1985, p. 14.

(12) Ibídem, p. 15.

de que os eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo, mormente às de suas bases eleitorais.

II. LEGITIMAÇÃO GOVERNAMENTAL

1. Pode legislativo e democracia representativa

Voltemos nossas vista para outros aspectos da democracia representativa, que só apareceu no cenário estatal com o constitucionalismo fundado na divisão de poderes, de onde a formação de instituições parlamentares como poder legislativo autônomo, dotado de funções próprias e exclusivas, essenciais ao conceito e funcionamento da democracia representativa. Quando se fala em funções do Poder Legislativo, está-se pensando nas funções que se atribuem aos órgãos desse Poder. Esquematicamente, podemos dizer que as funções fundamentais do Poder Legislativo são a de *representação,* a de *legislação,* a de *legitimação* da ação governamental, a de *controle,* a de *juízo político* e a *constituinte.*

Em verdade, se formos buscar no recesso da história a explicação e os fundamentos do Poder Legislativo, poderíamos até dizer que todas as suas funções são funções de controle, porque ele se desenvolveu como órgão de *representação* destinado a controlar o poder do soberano. Aí é que se deve buscar resposta às perguntas: por que foi criado o Poder Legislativo? Por que o Poder Legislativo é assim, e não de outro modo? Como chegou a ser como é? Que forças e ideias lhe deram causa? Tais perguntas não se dirigem a causas empiricamente descritivas, mas aos fundamentos reais, aos motivos concebidos a partir de contexto histórico.

2. A função de representação

A *ideia de representação,* que está no cerne do conceito de democracia representativa, foi, pois, o móvel que causou não só o surgimento, mas também a estrutura do Poder Legislativo. Este não existiu na antiguidade porque a ideia de representação não existia. Existiram, sim, assembleias deliberantes como meio de participação direta do povo no processo do poder: conselhos gentílicos, os *comitia* (de lei; outros: judicial e eleitoral), assembleias da plebe (Roma), a *ecclesia* (Grécia). Essas assembleia não tinham caráter de órgãos; eram apenas reuniões do povo para fins determinados.

A antiguidade, enfim, não conheceu o regime representativo, pois o povo exercia por si mesmo o poder na forma de governo direto. Na Idade Média, desapareceram as assembleias do povo, em virtude da transformação da estrutura social, que impedia toda ação governamental direta. Em seu lugar, surgiu a *representação política*. Forjam-se, aos poucos, no bojo da Idade Média, as assembleias

de caráter representativo. Carré de Malberg observa que as origens da representação se ligam à concepção feudal, segundo a qual os vassalos devem assistência ao rei, que, de seu lado, é levado a consultá-los, a fim de obter seu assentimento às prestações que ele pretende lhes impor. É em virtude desse liame feudal mútuo, conclui ele, que os reis de França convocavam *assembleia de prelados e de barões* para lhes pedir ajuda e conselhos(13). Foi uma assembleia de nobres (barões) que impôs ao rei João Sem Terra a assinatura da Magna Carta inglesa em 1215. Mas o povo estava ausente, de sorte que só se têm mesmo como as primeiras assembleias representativas aquelas que se formaram a partir da admissão dos membros das classes livres das cidades e vilas (burgueses, os ditos *comuns*, isto é, gente sem nobreza) aos corpos políticos deliberantes, junto com os nobres e prelados. Na Inglaterra, uma assembleia assim se reuniu em 1295, formada por prelados, barões e deputados dos condados, cidades e burgos, constituindo uma representação completa de todos os estamentos sociais. Em 1302, Philipe, o Belo, reuniu, pela primeira vez em França, em uma assembleia plena, os nobres e prelados e também os representantes das cidades. Foi a origem dos *Estados Gerais.* A assembleia do povo constitui o *Terceiro Estado.* A representação tinha assim uma estrutura estamental, em que dois órgãos se separavam em função da natureza da representação: um representando os interesse da aristocracia (prelados e nobres) e outro os interesse gerais do povo (burgueses, então).

Essas assembleias desapareceram com o desenvolvimento da monarquia absoluta, que, a partir do século XVI, aboliu as cortes feudais, unificou o Estado, convergiu a soberania para os órgãos centrais e criou a concepção de um Estado moderno unificado, centralizado e despoticamente governado. Só o *Parlamento* inglês conseguiu sobreviver e progredir, superando o absolutismo monárquico. Além disso, dentro do processo de desenvolvimento do Estado absoluto, foi-se forjando a antítese do *status quo:* a força da burguesia, detentora da riqueza financeira da época, com sua ideologia de um Estado liberal.

O *Parlamento* inglês perdurou com sua estrutura estamental: *Câmara dos Lordes*, vitalícia, representativa da nobreza, e *Câmara dos Comuns*, de representação popular. Seu poder foi crescendo cada vez mais. A ideia de representação é que fundamentou as exigências de que o monarca só poderia impor sacrifício ao povo com o consentimento de seus representantes. O Parlamento assumia, aos poucos, uma função autorizativa, que, no fundo, era uma função de controle do

(13) R. Carré de Malberg, Constribution a la Théorie Générale de l'État, T.II, Pariz, Recueil Sirey, 1922, p. 232.

poder monárquico. Demorou muito até que o Parlamento passasse a exercer uma típica função legislativa. A sua função, nesse campo, não era mais do que autorizativa, a de dar o seu assentimento ou retirá-lo quando solicitações lhe eram submetidas pelo rei. A função de legislar veio mais tarde.

A representação, então, se exercia mediante um *mandato imperativo,* pelo qual o representante ficava jungido a instruções que recebia de seus eleitores. Ele vigorou até a Revolução Francesa de 1789. Esta criou o *mandato representativo,* de que já falamos. A Lei de 22 de dezembro de 1789 lhe dá definição precisa: "os representantes nomeados pelos departamentos não poderão ser considerados como representantes de um departamento particular, mas como representantes da totalidade dos departamentos, ou seja da Nação inteira"(14). Como já vimos, é um mandato geral, livre e irrevogável (em princípio). Isso se modificou depois com o sistema de partidos que transformou o mandato em *mandato político partidário* com certa característica de mandato imperativo, desde que o representante fica na obrigação de cumprir o programa partidário. Demais, aquela ideia da citada lei estava vinculada ao princípio da soberania nacional, ao passo que hoje vigora o princípio da soberania popular.

3. Função legislativa

A Ciência Política sempre se debruça sobre o sistema de funcionamento do Poder Legislativo em todo o mundo, reconhecendo a existência de crise profunda na atividade legisferante, crise que decorre do incremento da função legislativo do Estado contemporâneo, cuja missão se ampliara muito, para satisfazer as necessidades coletivas. O reconhecimento, enfim, de que democracia não há de ser uma palavra vã e vazia de conteúdo social, de que, para se poder chamar assim um regime, é necessário responder às necessidades das massas populares e que isso só se alcança pela intervenção do Estado na vida econômica, social e cultural da nação, trouxe à Administração Pública uma soma de encargos tão grande que os trabalhos legislativos aumentaram fabulosamente. A mudança das condições sociais requer modificação das regras de governar a sociedade que se volta, cada vez mais, para os serviços públicos, buscando resposta às suas necessidades e reivindicações, de onde se alarga, mais e mais, o escopo da atividade legislativa, desde que é somente através da ação legislativa que se podem ajustar as organizações governamentais para o desempenho de seus encargos.

(14) Isso significava proibir o mandato imperativo. Curioso é que ainda hoje a Constituição francesa proíbe o mandato imperativo, ao estatuir: "Tous mandat imperatif est nul" (art. 27, al. 1).

4. Função de legitimação governamental

Temos que examinar previamente em que sentido o Poder Legislativo exerce uma *função de legitimação governamental*, de que fala parte da doutrina, como se pode ver em Barbera[15]. Não se trata aqui de discutir a legitimidade do poder, porque, neste, também estará envolvida a legitimidade do próprio Poder Legislativo. Poder legítimo, como se sabe, é aquele que emana da soberania popular. O consenso é o seu fundamento. Assim, um primeiro problema que se nos antepõe é o de saber se *legitimidade* e *legitimação* são conceitos sinônimos.

A *legitimidade* é um atributo que confere adequação do exercício do poder com o esperado por seus destinatários[16]. Dizer que o governo tem legitimidade é reconhecer que ele recebeu da fonte primária do poder o atributo que lhe possibilita atuar no interesse público. A *legitimação* é um processo pelo qual se atribui legitimidade a quem não a tinha. Pense-se na legitimação de um filho ilegítimo pelo processo de seu reconhecimento. Assim também alguém adquire legitimidade para o exercício do governo por algum processo de legitimação. Esse processo é, primariamente, o eleitoral. É por via de eleição que se confere o poder de governar. O Poder Legislativo mesmo só será legítimo na medida em que seus membros adquiriram a *qualidade* de legislador conferida pelos eleitores.

Então, podemos voltar ao tema, para saber se é certo ou não que o Poder Legislativo exerce função de legitimação governamental. Isso ocorre, sim, no parlamentarismo, em que a investidura e permanência do governo dependem de aprovação do Parlamento. Essa função é tanto mais caracterizada naquelas Repúblicas em que também o Presidente da República é investido no cargo por eleição do Parlamento, como na Grécia e na Itália.

É nessa situação que se pode falar em função de legitimação governamental por parte do Poder Legislativo, mas com as transformações por que vem passando o parlamentarismo pode-se dizer que essa função, nos termos postos acima, está em crise, tanto quanto o parlamentarismo clássico. A função de legitimação do governo foi formulada pela doutrina constitucional inglesa do séc. XIX, fundada especialmente no conceito de soberania do Parlamento e da formação do Governo dele dependente.

Acontece que, no sistema inglês de hoje, o chefe do Governo é praticamente eleito pelo povo, porque o Primeiro Ministro é sempre o chefe do partido que

(15) BARBERA, Augusto. *Una Riforma per la Repubblica*. Editori Riuniti, Roms, 1991, p. 88 y ss.

(16) LEITÃO ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade, no rastro do pensamento de Hannah Arndt*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989, p. 1 e 19.

venceu as eleições. A soberania do Parlamento, de acordo com a qual o Parlamento tinha o poder absoluto de fazer o que quisesse, fazer e desfazer governo; então, se dizia que essa soberania só não tinha a capacidade de transformar mulher em homem ou homem em mulher. Assim, o Parlamento controlava o Governo. Mas essa situação se transformou ao longo do tempo. "Com o desenvolvimento de partidos políticos organizados e disciplinados, a posição reverteu-se de sorte que hoje, de modo geral, é o governo que controla o Parlamento em vez de o Parlamento controlar o governo"[17].

É certo que os partidos políticos têm importante papel na legitimação governamental, na medida em que funcionam como organizadores, coordenadores e canalizadores da vontade popular, mas não foram só eles que interferiram na soberania do Parlamento inglês[18]. Vários fatores relevantes atuaram, nesse sentido, com destaque para o ingresso da Grã-Bretanha na Comunidade Europeia (1973) que abriu a possibilidade de o Parlamento ser limitado por decisões de uma ordem legal mais elevada; uma consequência que se manifestou em 1994 no caso *Factortame*, em que a Câmara dos Lordes, na sua qualidade de corte de última instância, decidiu desaplicar parte de uma Lei do Parlamento, por violação de diretivas da União Europeia. Tal foi o impacto dessa decisão que o *Times* comentou que a Grã-Bretanha, pela primeira vez em sua história, podia ter uma corte constitucional[19]. (Bogdanor, 2009, p. 57). Outro fator foi o *referendum* de 1975. Até então nunca tinha havido participação popular no processo político inglês, porque isso era incompatível com a soberania do Parlamento; o mais importante é que o referendo decidiu pela permanência do Reino Unido na Comunidade Europeia, de certo modo por cima do Parlamento. Fator fundamental foi a expressa adoção de uma declaração dos direitos humanos para a Grã-Bretanha (*The Human Rights Act of 1998*), transformando, em sistema legal, direitos que eram ínsitos na *Common Law*; isto tinha que ter fortes consequências na constituição inglesa; primeiro, porque, com isto, se incorporou, ao sistema inglês, a Convenção Europeia de Direito Humanos; segundo, o Ministério, com isto, ao apresentar projeto de lei no Parlamento, tem que conferir sua compatibilidade com a Convenção; terceiro, os Tribunais ingleses ficaram com a obrigação de interpretar toda legislação tendo em vista sua compatibilidade com a Convenção; finalmente, o que é mais relevante, os Tribunais passaram a poder emitir declaração de incompatibilidade

(17) Bogdanor, Vernon. The New British Constitution. Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 15.

(18) Bem o diz Hermann Finer: "o povo e o Parlamento são organizados e dirigidos pelos partidos políticos e que é difícil, portanto, descobrir a diferente atividade desses três organismos. No sistema de governo britânico a trindade vem a ser um unidade de sentido" (Cf. Teoria y Practica del Gobierno Moderno, Madrid, Tecnos, 1964, p. 705).

(19) Bogdanor, Vernon. The New British Constitution. Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 57-60 e 173.

de leis do Parlamento com a Convenção. Enfim, tudo isso significa que agora há coisas que o Parlamento não pode fazer, o que significa ter sido quebrado ou, no mínimo, enfraquecido substancialmente o princípio de sua soberania. Isso tem, por outro lado, a consequência natural de que a função de legitimação governamental por parte do Parlamento também foi enfraquecida.

Essas transformações são tão relevantes que até se divide a história constitucional inglesa entre *The Old Constitution* e *The New Constitution*(20).

Essa função parlamentar não existe no presidencialismo, porque neste a investidura governamental e seu funcionamento não depende de um parlamento. O Poder Legislativo, exercido por um Congresso, só tem a função de legitimação da ação governamental por meio da produção da lei, na medida em que a lei se revela como fundamento de validade das tarefas governamentais, mas isso é decorrência da função legislativa, menos do que da função de legitimação. A investidura governamental, no presidencialismo, tem sua legitimação fundada na eleição do Presidente da República, especialmente no processo de eleição direta.

É certo que há muitos atos governamentais que exigem prévia autorização do Poder Legislativo, entre os quais os de maior significação, por serem fundamentais, são os atos referentes à despesa pública, que se revelarão ilegítimos se não atenderem as regras orçamentárias que hão de ser aprovadas pelo Poder Legislativo. Pode-se mesmo dizer que os Parlamentos se firmaram como um poder autônomo por meio de sua atuação financeira; primeiro, autorizando o levantamento de subsídios especiais para despesas do rei; segundo, pela autorização para o lançamento de tributos; enfim, pela aprovação do orçamento da receita e da despesa, sem o que o rei não podia arrecadar recursos nem realizar despesas(21). Assim, os atos de declaração de guerra e celebração da paz, como a celebração de tratados e acordos internacionais entre outros dependem, para terem validade, da autorização prévia ou aprovação do Congresso Nacional. Mas, em verdade, nesses casos, já estamos na fronteira da função de controle que cabe ao Poder Legislativo, ainda que controle com efeito legitimador.

(20) Isso está claro até no título da obra citada de Vernon Bogdanor (Professor of Government, Oxford Uniersity), ou seja: The New British Constitution, mas especialmente na distribuição da matéria do livro em Part I: The Old Constitution; Part II: The New Constitution; Part III: Beyond the New Constitution.

(21) Ivor Jennings, El Regimen Político de la Gran Bretaña, Madrid, Tecnos, 1962, pp. 146s.

DO ABSOLUTISMO AO CONSTITUCIONALISMO

Paulo BONAVIDES

I. O ADVENTO DO ESTADO MODERNO. SUAS RAÍZES HISTÓRICAS E SUA EVOLUÇÃO: DO ABSOLUTISMO AO CONSTITUCIONALISMO

Esta locução política "Estado Moderno" só se faz inteligível na sua realidade contemporânea se houver primeiro remissão a elementos históricos que ilustram a natureza governativa da sociedade ocidental, já na Antiguidade, já na Idade Média.

Por via desse cotejo ou paralelo se percebe quanto o Estado Moderno em verdade significa uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próximo, como foi o largo período medievo.

1. O Estado na Antiguidade

Com efeito, o Estado na Antiguidade é a Cidade, condensação de todos os poderes. Da Cidade se irradiam as dominações, as formas expansivas de poder e força. De tal sorte que, ordinariamente, ela é a cabeça dos Impérios, das hegemonias, dos grandes reinos formados ao redor da boa fortuna com que as armas da conquista se fizeram triunfantes. Nínive, Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma, e tantas outras, são a imagem eloquente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada de poder, sua forma de autoridade secular e divina expressa na vontade de um titular único –o faraó, o rei, o imperador–, de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário.

O paço e o templo, a Monarquia e o Sacerdócio, o temporal e o espiritual, traduziam a fusão completa do governo dos homens com o poder sobrenatural das divindades, os *numes* do Paganismo.

Eis aí a que se reduzia, pois, o Estado Antigo: numa extremidade, a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, a onipotência consuetudinária do Direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrado na ética teológica da pólis grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res publica* da *civitas* romana.

2. O Estado na Idade Média

A Idade Média cristã, após o colapso do Império Romano, testificou de certo modo a decadência –senão o fim– ou ocaso de uma ideia, modelo e fórmula de governo conhecida dos antigos, e que nós, os modernos, tendo em vista a versão que nos é familiar, designamos debaixo do nome de Estado; nome que eles, todavia, desconheceram, por encobrir uma realidade e dimensão que lhes era, por inteiro, estranha.

Em verdade, toda a Idade Média, com sua organização feudal levantada sobre as ruínas do Império Romano, vira em certa maneira arrefecer a concepção de Estado. Pelo menos do Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta.

A ideia fraca e pálida de Estado no mundo medievo era, todavia, contrabalançada, de algum modo, pela presença ativa e militante daquelas correntes que, inspiradas do modelo romano, buscavam restabelecer menos a unidade do sistema, expressa pela fusão das duas esferas, a política e a religiosa, rompida para sempre com o advento do Cristianismo, do que a universalidade de cada poder desmembrado.

De uma parte, a autoridade temporal ressuscitada na imagem do Santo Império Romano-Germânico; doutra, a autoridade espiritual dos Papas, em toda sua majestade, rodeada da aura divina com porfiar por uma supremacia jamais lograda nem consumada ao longo de tantos séculos de rivalidades do Sumo Pontífice com os Imperadores da Coroa Romano-Germânica.

3. A soberania, fundamento do Estado Moderno

Ao termo da Idade Média e começo da primeira revolução iluminista que foi a Renascença, brilhante precursora da segunda revolução, a revolução da razão, ocorrida no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis

de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador o de soberania, que ainda hoje é seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadoras e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-lo das teorias contemporâneas de poder.

A base justificativa dessa pretensão aniquiladora daquele conceito consiste em apontar uma realidade distinta, imposta por novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na conjuntura globalizadora, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania.

E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados.

De titularidade internacionalizada e invisível, esta nova e dissimulada soberania dos mercados executa o projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou.

Mas nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção.

Antes de se prender, pois, a uma instituição visível e manifesta, mas despersonalizada - a saber, o Estado propriamente dito -, aquela autoridade se prendia à pessoa do governante, do monarca, do príncipe *legibus solutus*, espécie de divindade temporal e terrena, a saber, príncipe dos príncipes, *primus inter pares*, que dissolvera num lento processo a constelação de poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar, em época posterior das revoluções do poder, no monarca de direito divino, no soberano titular de império incontrastável, no rei absoluto, donde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas, rei que se afigurava aos súditos a cabeça, o penhor e a efígie das leis fundamentais do reino, agora repassadas ao centro de uma governança absoluta, de que a soberania era o conceito, e o Estado o órgão, ambos em dimensão abstrata.

Não se compreendia na subjugação das Nobrezas o príncipe despido da qualidade de soberano a saber, desfalcado do feixe das prerrogativas absolutas.

A soberania, vista à luz da filosofia pragmática, que era então a filosofia política do Estado, enquanto ordenamento em gestação, se escorava, com razão objetiva, posto que carente de esteios éticos, nos argumentos da obra de Maquiavel.

O florentino secularizara o messianismo teleológico para levantar frente ao edifício do poder a estátua do príncipe todo-poderoso, desembaraçado de escrúpulos, vinculado unicamente aos fins que lhe justificavam os meios no exercício de uma autoridade sem limites e que, por isso mesmo, atravessava as fronteiras da moral, dos bons costumes, da obediência-cidadã, estabelecendo entre a pessoa do governante e a *res publica* uma promiscuidade que desembocava no arbítrio e nas demasias do tirano ungido pela filosofia do oportunismo.

A ideia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo.

E o era porque o Estado como instituição ainda não se despersonalizara de todo. Mas lograra já exprimir o grau de força e a intensidade de seu poder na vontade - a um tempo, coerciva e agregativa do príncipe de direito divino.

Estava assentada na intuição genial do fundador da moderna Ciência Política, na frieza dos raciocínios que desenvolveu ao serviço de um realismo liberticida e cínico, a teorização completa da soberania como instrumento político de um poder absoluto que se incorporava no príncipe como se o príncipe fora o próprio Estado.

Aliás, a expressão "Estado" foi, segundo a versão mais aceita, criada por Maquiavel, que a introduziu nas primeiras linhas de sua célebre obra intitulada *O Príncipe*. Mas seu uso só ficou consagrado muito tempo depois, porquanto faltava o dado estabilizador e legitimante do conceito que unicamente a face jurídica lhe havia de ministrar para associá-lo, em definitivo, à instituição nascente, ou seja, o Estado, definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de organização permanente e duradoura.

Tratava-se, portanto, qual é fácil de perceber, de se chegar, como se chegou, à formulação jurídica da soberania, o que aconteceu por obra de um notável publicista francês, Jean Bodin, autor dos *Seis Livros da República* (Bodin não empregou a palavra "Estado", mas "República", ao intitular seu livro clássico).

As Monarquias de direito divino, ao perfazerem o ciclo de subjugação política do estamento nobre –cujos privilégios, transcorrida a Idade Média e operadas as grandes metamorfoses da revolução mercantilista que determinaria a conquista do Oriente e do Novo Mundo pelas potências do Ocidente, se entendiam

por dádiva da Realeza– quebrantando o poder das aristocracias decadentes, se firmavam por titulares de um poder absoluto, consolidando, a um tempo, a soberania e o Estado, este projeção daquela.

Com efeito, vivia-se a idade do Absolutismo numa sociedade em que, robustecido o Estado nacional, sobreviviam, contudo, as camadas sociais da antiga Nobreza feudal, a par de uma nova classe emergente a Burguesia.

Favorecida das políticas mercantilistas, e grandemente usufrutuária da expansão colonialista das potências rivais do Continente, essa classe se tornou o centro e o eixo vital da sociedade; aliada primeiro à Monarquia absoluta, dela depois se separou para monopolizar o poder, que, uma vez limitado pelas formas representativas, entrou a exercitá-lo em proveito próprio.

E o fez sempre na medida em que se assenhoreou da máquina do governo, conquistada maiormente por via revolucionária, conforme adiante intentaremos demonstrar com o balanço e a exegese constitucional da herança que nos veio da Revolução Francesa, cujas consequências foram cruciais para a consolidação do Estado Moderno em sua qualidade de Estado nacional.

4. O Estado Moderno e o Absolutismo

O Estado Moderno do Absolutismo passa por duas fases consecutivas de teorização da soberania.

Na primeira avulta o regime da Monarquia absoluta de direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada grandemente, em seus fundamentos teóricos, pela doutrina dos teólogos, que põem o altar ao lado do trono para dar-lhe arrimo e sustentação, posto que seja a obra de Maquiavel e Bodin, dois pensadores leigos –um, cientista político; o outro, jurisconsulto, se assim podemos qualificá-los numa terminologia mais adequada à nossa época–, aquela que contém a formulação da soberania como instrumento e substância de poder, e não como qualidade, qual intentou depois demonstrar, em exaustivas reflexões, George Jellinek, insigne positivista do Direito, precursor de Kelsen.

Maquiavel e Bodin, por certo ângulo, viam na soberania um poder absoluto, de aparência ilimitado.

Já na segunda fase a teoria do Absolutismo se desata dos laços teológicos e metafísicos que eram, não raro, um freio ao monarca, por dever este respeito e fidelidade às hierarquias eclesiásticas, com as quais o soberano de direito divino havia selado aliança, nem sempre isenta de disputas e rivalidades de supremacia em determinadas matérias em que, por circunstâncias históricas, o poder

temporal colidia eventualmente com o poder da Igreja, cuja ascendência no reino espiritual era, por sem dúvida, incontrastável.

A desconfiança recíproca entre a Monarquia e o Sacerdócio significava o prolongamento amortecido do influxo que a Cúria Romana, conservando ainda viva a memória da fase antecedente, buscava preservar. As diligências nesse sentido, posto que em larga parte malogradas, não devem ser, contudo, menoscabadas, pois a Igreja nunca perdeu de todo o prestígio e a força em matéria de poder temporal.

Aliás, a segunda fase testemunha, com toda evidência, a secularização do Absolutismo em bases filosóficas e consensuais. Haja vista a esse respeito o Contratualismo social que introduz com Hobbes uma nova fundamentação do poder, que já não promana da divindade, mas do Homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais que afiançam a sobrevivência ameaçada da espécie humana, segundo aquele grande pensador.

Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o *Leviatã*, a obra clássica do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço.

Naquele autor a força infinita de quem governa e mantém a ordem é paradoxalmente legitimada com base no contrato social.

Aí reside, por sem dúvida, não há negar, toda a originalidade do filósofo inglês, o teorista do medo, o contratualista do Absolutismo, o pensador das nascentes do Positivismo e, sobretudo, conforme reiteradamente assinalamos, da segurança jurídica.

Sua filosofia política radica, como a de Rousseau e Locke, na dualidade contrastante de um estado de natureza que antecede o estado de sociedade.

No primeiro o ser humano desfruta liberdade extrema, absoluta, total, mas essa liberdade ser-lhe-á letal se dela não se desfizer, porquanto o estado de natureza não sendo de paz, amor, concórdia e fraternidade, mas de guerra, violência e terror, acabará por conduzi-lo à extinção.

Palco de uma guerra civil do gênero humano, o estado de natureza aparelhava, por conseguinte, o extermínio e mútuo aniquilamento de todos. Era um estado de sangue, desconfiança e ferócia contumaz, em que o medo, institucionalizado no instinto de sobrevivência, não deixava ainda antever o advento da consciência agregativa, suscetível de instituir um sistema de relações fundado

no estabelecimento da ordem e da segurança. Estado de natureza fadado a perpetuar-se se não houvesse logo, por necessidade já inelutável, a passagem ao estado de sociedade.

Mas havia um preço a pagar pelas garantias que seriam auferidas. Consistia ele na alienação de todas as liberdades, trasladadas ao Estado, senhor absoluto da vida e dos comportamentos humanos, pelo menos segundo a tese implícita nessa singular doutrina com que a razão buscou edificar o Estado Moderno.

O Homem perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza da conservação.

Daqui talvez se possa inferir, em abono da boa-fé dessa doutrina, que nem a razão nem a vontade, porém o instinto fora o móvel do pacto que fez o Homem livre do estado de natureza ser, doravante, num sacrifício inaudito, o súdito do estado de sociedade.

Precursor do totalitarismo estatal do século XX, primeiro filósofo do Positivismo na moderna Ciência do Direito, clássico da segurança (jurídica, cientista da realidade e do século político em que viveu, Hobbes é, em verdade, o teorista por excelência do Absolutismo, designadamente daquele Absolutismo que ostenta uma singular legitimidade contratualista.

O Estado absoluto secularizado por Hobbes em esferas teóricas parece haver logrado em Portugal do século XVIII sua expressão mais acabada.

A velha Monarquia Portuguesa inscreve em seus fastos o exemplo histórico deveras ilustrativo de como o Estado absoluto se trasladou da teoria à práxis. Tal ocorreu por ação de um grande ministro, braço forte da Realeza Bragantina, quando a Coroa da velha Monarquia Lusitana cingiu a cabeça de D. José. O ministro foi Pombal. Com pulso de ferro, removeu as ruínas do terremoto que devastou Lisboa, reconstruiu a metrópole do Império, expulsou os jesuítas, enfrentou a dobrez e a soberba da Aristocracia, puniu com pena capital os nobres que atentaram contra a vida do Rei, fez suprema a majestade do Cetro, fomentou e favoreceu com a mão do progresso as empresas mercantis e interrompeu a decadência portuguesa.

Em suma, um ministro do Absolutismo que fez a corrente da História avançar.

Com efeito, o Estado Moderno ligado à derradeira versão do Absolutismo monárquico antecipava já em Portugal, pela exclusão do influxo aristocrático e pela sujeição do Clero à onipotência da Realeza de que o ministro fora o mais seguro e fiel executor, o advento das classes sociais cujo poder a revolução faria irresistível.

A Burguesia, como corpo de vanguarda, estava a um passo de ocupar os espaços de poder e autoridade que a Nobreza e o Clero, pela impulsão dialética da História e das leis do determinismo das sociedades humanas, haviam já evacuado ou estavam prestes a fazê-lo, diante das armas do povo e da consciência nacional emergente e sublevada.

O Estado Moderno, a partir daí, rubricava com o sangue e o cutelo das guilhotinas a era que havia de inaugurar as liberdades do Estado constitucional.

O Absolutismo pré-1789 expirava, para nunca mais erguer-se com a rigidez do *ancien régime*. Das Constituições Francesas da Revolução derivava, assim, o primeiro Estado constitucional. De sua feição, de seus traços mais característicos, de sua importância para a História e para a evolução das sociedades livres, que o perfilharam, haveremos de tratar em seguida.

Começa então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz a lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído.

Esse primeiro Estado constitucional cristaliza-se ao redor de uma noção fundamental nascida dos escombros e ruínas da sociedade feudal: a noção de povo, a ideia-força que há cerca de três séculos ilumina o caminho para a criação definitiva de um sistema democrático de poder, e que ao mesmo passo inspira a concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Em verdade, o povo-símbolo, se não foi criação do Idealismo burguês do século XVIII, foi, com certeza, herança do Jusnaturalismo. Grandiosa herança, em vários sentidos! Mormente por fazer-se ele mola e impulso de ações revolucionárias que alteraram profundamente a substância e o caráter do Estado Moderno, tendo por epílogo a passagem do Absolutismo ao Constitucionalismo, conforme já se assinalou.

Quando o povo incorpora a alma da Nação, toma consciência do destino, proclama os elementos espirituais da identidade ou se revela nas qualidades morais e nas virtudes associativas da cidadania, esse povo é imortal.

O tempo, inimigo dos Impérios e das Civilizações, passa; mas o povo, criador da nacionalidade formada com o tecido da fé, o poder das ideias, o cimento da tradição, a presença dos valores, a memória e o sangue dos antepassados, esse povo jamais passará.

Ele é esperança, abnegação, constância, sacrifício e fraternidade.

Vivendo na oscilação das alegrias e das dores, dos triunfos e dos reveses, dos avanços e dos recuos, e, acima de tudo, presente na comunhão de princípios e aspirações, o povo, enfim, sintetiza a Nação em seu teor vocacional de perpetuidade.

Tem, portanto, tudo para se resguardar e sobreviver e atravessar as incertezas, os óbices, as adversidades que, não raro, procuram apagar as luzes do seu caminho na direção do porvir.

5. A Burguesia e a transição do Estado absoluto ao Estado constitucional

Tornando às raízes da ascensão política da Burguesia até se tornar classe dominante, verificamos que o fenômeno não se pode desmembrar das guerras de religião e das competições econômicas que dificultavam em certa maneira a chamada política do equilíbrio europeu.

Dessa política se faziam órgãos as Dinastias reinantes, as quais oscilavam entre a paz e a beligerância, entre a diplomacia e as armas, entre a segurança e a instabilidade.

Mas foi no caldo desses conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando a cabo por via relolucionária o desafio ao Absolutismo, pôde ela decretar o fim da caduca sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais.

Foi aí que a Bastilha caiu com receber o Estado Moderno sua nova identidade institucional, aparelhada pelos sucessos revolucionários da segunda metade do século XVIII.

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontrastável.

Abre-se, assim, para as instituições de governo o pórtico ao ingresso iminente na civilização política das Leis Fundamentais.

Montesquieu e Rousseau, o *Espírito da Leis* e o *Contrato Social*, a par da *Enciclopédia* de Diderot e D'Alembert, haviam feito já a emancipação interior das consciências, sem a qual não fora possível abater depois no campo da insurreição social a fereza do Absolutismo e proclamar, sobre o sangue derramado em nome da razão, uma nova soberania, uma nova legitimidade, um novo Estado.

Se a Idade Média enquanto expressão de poder fora obra de uma teologia jusnaturalista, a mesma base filosófica –a saber, o direito natural, desvinculado, porém, da divindade e articulado com a razão, donde emana– reaparece e escreve o segundo capítulo dessa novela de poder que é o Constitucionalismo, em substituição do Absolutismo.

Da esfera das ideias se desce à esfera das instituições. De tal sorte que a Filosofia, como Ciência política, opera a partir daí a primeira grande mudança nas bases sobre as quais se havia levantado até então o Estado Moderno em sua feição institucional.

A mudança havida dá começo à idade do Constitucionalismo, tão pródigo de sucessos, tão relevante nos seus fastos históricos, tão determinante nos recuos que fazem o direito da força ceder à força do Direito.

Tais elementos de reflexão e análise antecipam a pré-compreensão do Estado constitucional contemporâneo.

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.

De sua inauguração até os tempos correntes, o Estado constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais, de que a seguir nos ocuparemos.

A primeira é o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo).

Não há propriamente ruptura no tempo tocante ao teor dessas três formas imperantes de organização estatal, senão metamorfose, que é aperfeiçoamento e enriquecimento e acréscimo, ilustrados pela expansão crescente dos direitos fundamentais bem como pela criação de novos direitos.

O Estado Liberal não é estático, e evolui; a dinâmica política, sem eliminar-lhe o substrato de liberdade, mas antes forcejando por ampliá-lo, faz nascer o Estado Social, o qual introduz nos artigos da Constituição os direitos sociais.

A caminhada dialética prossegue, e o Estado constitucional tem pela frente duas alternativas: retrogradar ao passado ou avançar para o futuro.

Se recuar, cai na armadilha neoliberal e globalizadora que afeta mortalmente o Estado e a soberania, o que se acha prestes a acontecer em alguns Estados da periferia; se avançar, faz a opção certa: elege o caminho da Democracia participativa, e busca, com determinação, inserir na ordem constitucional as novas franquias que o Homem conquistou ou estar em vias de conquistar, compendiadas em direitos fundamentais de diversas gerações ou dimensões já reconhecidas e proclamadas pelo Constitucionalismo de nosso tempo.

II. O ESTADO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Assim se qualifica por Estado constitucional da separação de Poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa.

Da primeira resultou a união política das 13 Colônias emancipadas do domínio colonial inglês, que formaram os Estados Unidos da América. E também, por influxo das mesmas ideias e valores, o movimento libertador das Colônias Espanholas, o qual, irradiando-se pela maior parte do Continente, fez nascer considerável número de Repúblicas emancipadas.

Da segunda, a Revolução Francesa, promanara a Europa das nacionalidades, da consciência constitucional, da legitimidade constituinte, das Monarquias constitucionais.

O Estado constitucional, artefato político, social, moral e jurídico de uma rebelião de ideias, foi obra de filósofos contratualistas inclinados a transformar o mundo e a refazer as instituições.

Seus teoristas mais importantes, que figuram na galeria dos grandes pensadores e publicistas da Idade Moderna, se chamam Locke, Montesquieu, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant. Escreveram obras de extrema valia para a fixação dos princípios e fundamentos da doutrina liberal, designadamente, os primeiros, criadores de nova concepção de governo, que minava desde as raízes a perempta estrutura da antiga sociedade de privilégios.

A Filosofia política, expendida em livros do quilate do *Contrato Social* de Rousseau ou do *Espírito das Leis* de Montesquieu, teve na época sentido altamente subversivo, porquanto, inspirando a ação revolucionária, traçou a linha-mestra das mutações profundas da sociedade. Foi sobretudo o breviário do novo credo, a cartilha por onde rezaram os constituintes de 1791 e 1793, depois de escreverem, iluminados das lições de tão sábios preceptores, a célebre Declaração dos Direitos do Homem.

Ali, em o n. 16 do texto imortal, o gênio dos teoristas da liberdade elaborou a fórmula da divisão de Poderes, decretando em todas as Constituições que a consagravam o termo dos regimes absolutos de competências ilimitadas.

O Direito Constitucional mais influente da Idade Moderna emerge daquele documento.

A teoria constitucional abstraia e programática de salvaguarda e garantia superlativa dos direitos humanos como direitos fundamentais da primeira dimensão se acha gravada, por inteiro, no espírito daquele monumento verbal e conceitual.

O princípio da separação de Poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública.

A solene Declaração fundava o Estado de Direito. Não importa a qualificação ou o adjetivo que se lhe acrescente Liberal, Democrático ou Social. Se não garantir nem concretizar a liberdade, se não limitar o poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé e fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania, não será Estado de Direito.

A doutrina do Capítulo VI do *Espírito das Leis*, inferida por Montesquieu de um juízo acerca da Constituição da Inglaterra, criou o princípio da separação de Poderes.

Não se tem por certo se foi da parte do insigne filósofo das leis um erro deliberado ou apenas uma observação, ligeira, imprecisa e superficial, que tomou ares de certeza e se tornou com o tempo a mais sólida garantia constitucional do Estado de Direito.

O axioma de Montesquieu teve profundo influxo no ânimo dos redatores da Declaração, os quais o incorporaram ao seu texto e depois o trasladaram para a Constituição de 3.9.1791.

Do seguinte teor essa fórmula imperecível, que é o alicerce jurídico de todas as Constituições já promulgadas, porquanto não há Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de quem governa: "Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição" ("Toute société, dans laquelle Ia garantie des droits n'est pas ussurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminc, n'a point de Cons-litution").

Estava posto, assim, pela vez primeira no Direito Constitucional, como uma de suas colunas-mestras de sustentação e reconhecimento, o clássico princípio da separação de Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio.

A primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominou-se também Estado Liberal e com esse nome e significado tem percorrido as distintas fases do Constitucionalismo, não obstante já lhe terem passado mais de uma vez a certidão de óbito.

Mas esse Estado Liberal, que agora não é necessariamente o Estado da separação de Poderes, reapareceu vivo na contemporaneidade, debaixo da designação de Estado Neoliberal.

Dantes, ele fora em seus primórdios elemento de estabilidade ao cumprir historicamente uma nobre missão; deu garantia, fundamento e possibilidade à inauguração e emergência no porvir de direitos fundamentais de várias dimensões subsequentes, os quais, por derradeiro, compõem a moldura do novo Estado de Direito, teorizado sobre as bases da Democracia social e participativa que assinala a presente época constitucional.

Ontem, precisamente há dois séculos, representava o velho Estado Liberal a vanguarda do progresso; hoje se fez, todavia, instrumento de reação e retrocesso.

Tal se depreende de sua recentíssima reformulação por obra da escola dos chamados neoliberais.

A pravidade neoliberal introduziu esse monstruoso paradoxo: há pouco, o Liberalismo semeava Constituições; ultimamente se compraz em decapitá-las; outrora, seu tema de legitimidade era a soberania, tanto a soberania nacional como a soberania popular; doravante, é a anti-soberania, o antipovo, a antinação.

A aliança neoliberal com a unipolaridade globalizadora da superpotência que ora domina o mundo pelo Consenso de Washington fez-se dissolvente das nacionalidades, da estatalidade soberana e das Constituições.

O Neoliberalismo é a Internacional do Capitalismo em sua versão mais atroz e funesta de dominação universal.

Fundou o império dos mercados e das finanças em substituição do império das armas e dos Exércitos. Porque são mais fáceis a conquista e a escravidão pela moeda do que por meios militares.

O centro de gravidade desse Estado constitucional, sob a figura de Estado Liberal, fora positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional, do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante; mas fora por igual, abstratamente, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo "emancipar" sempre no futuro, o lema liberdade, igualdade e fraternidade enfim, aqueles valores superiores do bem comum e da coisa pública, a *res publica*, que impetrariam debalde durante a vigência das primeiras Cartas Constitucionais a sua concretização, invariavelmente negligenciada ou procrastinada em se tratando de favorecer e proteger as camadas mais humildes da sociedade.

Encerrado o ciclo do Estado Liberal, verifica-se num balanço histórico que ele passou por muitas vicissitudes, mas obteve resultados deveras surpreendentes e positivos, sem embargo das dificuldades atravessadas.

O quadro sumário do largo período nos oferece o seguinte perfil:

1. O século XIX foi o século das Constituições liberais.
2. As Constituições na ordem concreta repartiram-se entre as derivadas de Assembleias Constituintes e as outorgadas.
3. Nas primeiras avultava em termos de legitimidade o poder constituinte exercitado em nome da Nação ou do Povo. Nas outorgadas, de mais baixa legitimidade, a vontade do monarca se afigurava decisiva em determinar os conteúdos constitucionais, tendo a Carta o sentido de uma autolimitação de poder da autoridade delegante.
4. O Estado Liberal impregnava de seus valores as Constituições, em geral de cunho marcadamente individualista.
5. O teor programático das Cartas Magnas promulgadas no século do Liberalismo florescente as caracterizava em grande parte como documentos políticos, manifestos ou plataformas que, pelos seus valores, ideias e princípios abstratos, inspiravam a legalidade jacente nos Códigos, à qual deviam ser fiéis os governantes.

6. O culto da razão às vezes ofuscava o culto da Constituição. De tal sorte que a rigidez constitucional ainda não penetrara a consciência da cidadania para fazê-la impetrante de uma justiça constitucional.
7. Após o ciclo revolucionário francês, as ideias, os direitos e os princípios introduzidos por obra do Jusnaturalismo como forma de legitimar a recomposição social se positivaram em esfera jurídica por meio de Constituições e Códigos num Constitucionalismo que reformava a Monarquia mas não a eliminava, e raramente se traduzia pela adoção da República por forma de governo.
8. O mais frequente era a passagem do regime da Monarquia absoluta ao de Monarquia constitucional, tendo por base um compromisso político. um pacto firmado entre o rei e a Nação. A Constituição vinha, assim, sacralizar a aliança dos dois ramos da soberania, que aceitavam uma recíproca limitação de poderes.
9. A dissolução de Assembleias Constituintes, mediante golpes de Estado, se fazia ato demonstrativo de que os monarcas guardavam ainda, na realidade –posto que de maneira dissimulada–, uma parcela remanescente de poder absoluto.
10. O instituto da outorga, se assim podemos qualificá-lo, significava a autolimitação voluntária do monarca pelo pacto que ele celebrava com a Nação e o Povo. Tal concessão derivava do seu livre alvedrio, e o monarca preservava, contudo, a parte mais considerável das prerrogativas de governo.

Também as formas de governo aparecem por traço qualitativo do Estado da separação de Poderes. Com elas se impressionaram sobreposse os teoristas e publicistas do Estado Liberal, atribuindo-lhes exagerada importância, como se elas desvendassem ou explicassem por si mesmas a natureza e a funcionalidade dos mecanismos institucionais.

As formas de governo são muito importantes, mas muito mais importantes são, na realidade, em qualquer sistema ou regime, a competência, o comportamento, a lealdade, a devoção, a ética do homem público, a par do civismo, da participação, da democratização, da ilustração política, da liberdade, da justiça reinante nas esferas sociais fatores que imprimem fé nos governados e legitimidade nos governantes. Sem isso não se concretizam direitos fundamentais, nem auferem estabilidade as Constituições e os governos.

III. O ESTADO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado que há pouco delineamos –o da separação de Poderes, das formas de governo e dos direitos da liberdade (direitos individuais, civis e políticos)– corresponde ao chamado Estado Liberal, conforme vimos. Em outros termos, configurava o antigo e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo.

Já o novo Estado constitucional, sucessor daquele, é conspicuamente marcado de preocupações distintas, volvidas, agora, menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.

Ora, os direitos da justiça, que genericamente abrangem os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento, eram aqueles que, em rigor, vinham caracterizar, na escala progressiva e evolutiva, a introdução tanto dos direitos da segunda como da terceira gerações, acima explicitados.

O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, o pedestal do Estado constitucional dos direitos fundamentais. É um considerável avanço, mas não é o termo da jornada.

Haverá na sequência histórica, pelo prisma da Lei Maior, um Estado constitucional dos direitos fundamentais, que representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional.

A forma mais inovadora debaixo da qual ele aparece é a de Estado Social.

As duas colunas de sustentação teórica desse edifício foram levantadas durante o século XIX, quando o Estado Liberal e seu Constitucionalismo doutrinário de separação do Estado e da Sociedade chegavam ao apogeu.

A primeira coluna ergueram-na os filósofos políticos do Socialismo Utópico (Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon); a segunda, os publicistas e pensadores do chamado Socialismo Científico, designadamente seus fundadores, Marx e Engels. A crítica impiedosa ao Capitalismo concluía, no caso dos primeiros, pela reforma social; no caso dos segundos, pela extinção ou desaparição do Estado, por obsolescência, isto é, por se haver tornado supérfluo e anacrônico a partir da apropriação coletiva dos meios de produção. Sua única função consistira em manter, em proveito da classe dominante, a máquina coerciva da sociedade burguesa e capitalista.

Só a luta de classes e as necessidades repressivas do sistema faziam a razão de ser do Estado, mero fenômeno histórico, mero artefato de um processo dialético às vésperas de encerrar-se. Encerramento coroado com o advento da sociedade comunista.

O vendaval político-doutrinário que açoitava o Estado constitucional do Liberalismo acabou por convelir os alicerces do Estado de Direito de inspiração individualista e burguês. Despontou, então, a proposta de um modelo de Estado constitucional em que o teor social das instituições se tornava a nota mais predominante de sua caracterização.

A passagem do antigo ao novo Estado marcava, por igual, o começo de uma época constitucional, derivada da ruptura dos princípios da legalidade e da legitimidade que andaram conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio enquanto o Estado Liberal pôde manter incontrastável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes.

Mas a união dos dois princípios, de aparência tão sólida, tão inconcussa e tão arraigada, cedo se desfez na esfera teórica pela ação corrosiva das ideias invasoras e da nova mensagem de valores levada à sociedade por ideologias que soavam estranhas e antagônicas ao estamento burguês.

Em verdade, contribuíram elas poderosamente, em virtude dos conflitos sociais cada vez mais agudos, para desestabilizar o ordenamento liberal onde até então a legitimidade se subsumira na legalidade.

Quebrada a unidade dos dois princípios, a sequência histórica nos certificou, duma parte, a paulatina ruína da legalidade; e, doutra, a lenta dissolução da velha legitimidade, sucumbente ao império de outras crenças e valores e princípios introduzidos no campo ideológico, econômico, político e social.

A consequência maior dessas transformações observadas na evolução do Estado Moderno e seu Constitucionalismo, e que assinalaram o irreparável declínio do sistema liberal de poder, foi a aparição de um Estado constitucional cujos fundamentos foram postos com toda clareza pêlos publicistas que o teorizaram. Ocorre, porém, que o Estado não logrou ainda completar o ciclo de seu desenvolvimento, nem determinar a natureza definitiva de suas formas institucionais, nem, tampouco, dizer qual a tábua ou base de valores sobre a qual assentará, por derradeiro, a sua legitimidade.

Não padece dúvida, todavia, de que nesse processo, rompidas a aliança e a suposta identidade dos dois princípios, de manifesta prevalência na quadra antecedente, a legalidade, que dantes ofuscava a legitimidade ou se passava, de maneira

irrefragável, por ser a legitimidade mesma, entrou, com a inversão de posições, a ocupar, na escala da normatividade jurídica, um lugar secundário, inferior, subordinando-se à nova legitimidade, em ascensão, que logo tomou a primazia e, traduzida em princípios, subiu ao cume da hierarquia normativa nos ordenamentos constitucionais.

Quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam.

Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos da primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos da segunda geração, a legitimidade –e não a lei– se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade. Ou, colocado em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. Ambas se integram na juridicidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios o gênero, e as leis e regras a espécie. A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade.

Os franceses profetizaram o futuro na evolução jurídica do Estado Moderno. Haja vista, a esse respeito, Robespierre, com a assertiva de que a Declaração dos Direitos era a Constituição de todos os povos.

Assim também os autores revolucionários do lema liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, que anteciparam de forma lapidar todas as dimensões dos direitos humanos em suas sucessivas ondas nos textos constitucionais que os positivam.

A importância extrema dos direitos fundamentais como elemento e base material da nova legitimidade já fora de certo modo entrevista em meados do século passado, quando Thoma, com acuidade, ponderou que os direitos fundamentais não tinham eficácia em função da lei, mas que a lei tinha eficácia, sim, em função dos direitos fundamentais.

Era a revolução copernicana nos quadros da normatividade, a supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da Constituição sobre o Código, do princípio sobre a regra, da juridicidade sobre a programaticidade, da Hermenêutica sobre a Dogmática, do Direito/justiça e ética sobre o Direito/norma e coerção.

E a esta altura que se pode asseverar conclusivamente, em sede teórica, que na evolução do Direito Constitucional contemporâneo a legalidade se cifra em observar as leis e regras; e a legitimidade, em concretizar valores e princípios, sobretudo estes últimos, que são o corpo e a alma das Constituições.

Abria-se a ordem constitucional ao universo normativo dos valores cristalizados em princípios. Nessa caminhada principiológica de juridicidade, o princípio se pode talvez definir como aquele valor vincunlante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais.

Na fase incipiente e rudimentar do Estado constitucional dos direitais, que aparece com a presença inovadora e surpreendentes dos direitos sociais, portanto, sob as vestes semânticas do chamado Estado Social em substituição do Estado constitucional da separação de Poderes política e ideologicamente alcunhado de Estado Liberal, observa-se que os direitos fundamentais, posto que sejam, já, a base material constitutiva do Estado recém-levantado sobre as ruínas constitucionais dos ordenamentos liberais, nada acrescentaram ainda à sua dimensão subjetiva, que tanto os caracterizara, nem tampouco os princípios, de cuja natureza aqueles direitos viriam a participar depois, com o reconhecimento e proclamação adicional de sua objetividade.

Nessa fase, os princípios, privados de teor normativo, habitavam as regiões abstratras, teóricas, metafísicas e programáticas do Direito Constitucional, embora fossem, sem contestação, a fonte inspiradora de toda a produção normativa dos constituintes, e por estes inseridos e gravados, como bússola de valores, no texto das Cartas Magnas.

Com efeito, da doutrina alemã infere –se que os direitos fundamentais constituem a base material da nova legitimidade– legitimidade que se deslocou da lei para aqueles direitos, e que doravante é, ou tende a ser, no Direito Constitucional contemporâneo, a fonte e a superintendência normativa de toda a Constituição.

Nessa conjuntura teórica havia, portanto, em termos constitucionais, um Estado Social também abstrato, a que sucederia depois a fórmula ora vigente de um Estado Social concreto, que segue a linha das metamorfoses por que há passado

o Estado Moderno até configurar-se na contemporaneidade sob a designação de Estado constitucional dos direitos fundamentais.

A esta altura, tal gênero de Estado se entretece, em sua natureza mais íntima, do concurso de duas categorias por onde passa não raro o traço de identidade e de união dos direitos fundamentais com os princípios.

Mas para chegar a tanto fora mister reconhecer primeiro aos direitos fundamentais aquilo que a doutrina alemã tem qualificado de dimensão objetiva, e que surge com extrema clareza em lugares da obra de Bockenfoerde acerca dessa matéria. Esse Estado, ora em fase de gestação teórica, tem dado, por derradeiro, fortes indícios de significativa presença no Constitucionalismo dos países periféricos deste Continente: Brasil e Venezuela, sobretudo.

Tal forma de Estado, todavia, em sede de concretização, parece pertencer ainda ao porvir. Mas é de assinalar que seus rumos já se acham traçados, e por eles alguns povos buscam caminhar.

É o mais persuasivo salto de qualidade na evolução do Estado Moderno. É esperança e libertação. Se há futuro na Democracia, este futuro a ele pertence.

Do Estado constitucional democrático-participativo em sua versão brasileira, doutrinária e pragmática, nos ocuparemos a seguir.

Em segundo lugar, a elevação dos direitos fundamentais ao grau da normatividade principiológica os situa, doravante, na mesma esfera dos princípios que regem a Constituição, da qual são em certa maneira a substância mesma, a essência, o tecido.

Com isto, os direitos humanos, à medida que se convertem em direitos fundamentais, segundo a terminologia jurídica, em virtude de inserção no ordenamento positivo das Constituições, se tornaram o norte do Constitucionalismo, de sua legitimidade, de sua ética, de sua axiologia, de sua positividade.

O substrato do Estado constitucional contemporâneo é possível visualizá-lo assim nos direitos fundamentais e na justiça e nos princípios. De seu conjunto se infere um valor supremo que governa a teleologia da Sociedade e do Direito, em derradeira instância: o princípio da dignidade da pessoa humana[1].

Não há outro que lhe seja superior. O Estado constitucional nele inspirado se acerca da perfeição de seus fins, se estes puderem ser concretizados.

(1) Este princípio se acha versado, com proficiência, na obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, de autoria de Ingo Sarlet, designadamente na 2ª ed.(2002).

O Estado constitucional dos direitos fundamentais, com a rede de implicações derivadas das complexidades sociais de nosso tempo, é uma praça de guerra onde porfiam interesses, valores, pretensões, reivindicações, em contextura de lula que fez da estabilidade do sistema a utopia dos governos. Mas nem por isso a conquista daqueles direitos, em progressão alentadora, há cessado, em meio à refrega e dinamismo da sociedade.

Enumeram-se, de último, no campo de batalha da concretização Constitucional, três gerações de direitos fundamentais. A quarta já se divisa no horizonte; com ela subiremos ao patamar da terceira modalidade de Estado constitucional: o Estado constitucional da Democracia participativa.

IV. O ESTADO CONSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principiais, principais, principiológicas ou de princípio. Quais são esses direitos, e quais são esses princípios?

Tocante aos direitos, são os mesmos direitos fundamentais em seu conjunto, já enunciados na versão contemporânea da modalidade de Estado constitucional, objeto das linhas antecedentes.

Mas a reflexão e análise que deles se possam fazer em países constitucionais do Continente em desenvolvimento mostram que tais direitos, tendo já logrado se manifestar em três dimensões possíveis, acrescentam uma quarta, consubstanciada no direito à Democracia, doravante concebido como direito fundamental do gênero humano.

Da mesma maneira que o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da Humanidade fora já rotulado de direito dos povos –a saber, das Nações, designadamente aquelas recém– egressas do Colonialismo ou tolhidas pelo atraso proveniente da mesma herança, como acontece em toda a América Latina. Com eles estamos em presença de duas titularidades coletivas: a Humanidade e a Nação.

Já tocante aos direitos individuais e direitos sociais, respectivamente, a titularidade cabe a um ser singular, individual, único –ou seja, o indivíduo, a pessoa humana– e à sociedade mesma no seu conjunto, na sua referência abstrata,

enquanto postulativa da igualdade e da dignidade da pessoa humana nos contextos sociais.

O Estado constitucional assim teorizado tem um traço de extrema universalidade; nele se inserem todos os direitos fundamentais conhecidos, que se concentram no binômio liberdade e justiça.

É óbvio, com respeito à Democracia enquanto direito fundamental de quarta dimensão, que muitas resistências ainda se lhe opõem, e sua caracterização jurídica em termos de normatividade tem um longo caminho a percorrer.

O Estado que o define –a saber, o Estado constitucional da Democracia participativa– esbarra em dificuldades de concretização, que não são, todavia, inarredáveis, qual o cuidam os publicistas do retrocesso e das situações conservadoras.

Dificuldades semelhantes continuam a ser enfrentadas na contemporaneidade pelos direitos sociais e pelos direitos das Nações ao desenvolvimento, à paz e à preservação ambiental, designadamente com respeito à concretude e normatividade.

Até mesmo os direitos da primeira dimensão apresentam níveis distintos de observância e execução, posto que tenham já solvido por inteiro problemas de formulação teórica.

Com efeito, esse momento dificultoso que o mais importante dos direitos da quarta geração –isto é, o direito à Democracia– ora atravessa, ao começo de sua proclamação, tem analogia com aquele que os direitos da primeira geração, rodeados de controvérsias, impugnações, restrições, incertezas e limitações, haviam atravessado, do século XVIII ao século XX, até alcançarem o triunfo e a consolidação por obra de um Constitucionalismo de combate e resistência, que foi a bandeira dos povos do Primeiro Mundo ao transcurso do século XIX, aliás desde a Revolução Francesa de fins do século XVIII.

É esse Constitucionalismo que urge outra vez invocar, ressuscitar e preconizar, a fim de fazer efetivo o Estado constitucional da Democracia participativa nos países periféricos.

A não introduzir tal categoria libertária nas organizações estatais do mundo periférico, só restaria por alternativa aos povos subdesenvolvidos desertar com resignação o exercício da soberania; e, uma vez arrefecido o ânimo de luta, rolar nos despenhadeiros da recolonização.

Que é a Democracia participativa na contextura de nosso tempo? Vejamos-lhe o conceito de soberania e sua vinculação a princípios.

A soberania do Estado Moderno enquanto Estado da Democracia participativa não há de ser outra senão a soberania constitucional, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular exptessa na Lei das Leis.

Com efeito, dissemos noutro escrito que a soberania constitucional e a soberania dos princípios(2). Partimos da premissa de que os mais altos princípios radicam na vontade do Povo e da Nação, e que só esta vontade, uma vez traduzida na Constituição, por obra do constituinte, faz a legitimidade dos governos.

Sobre a matéria principiológica acrescentávamos, em seguida, versando a natureza jurídica dos princípios: "Os princípios são a quinta-essência dos fundamentos da normatividade constitucional no pensamento jurídico".

Desse modo tem sido desde a Nova Hermenêutica, desde a revolução dos direitos fundamentais das distintas categorias e dimensões, que ocuparam o território das Constituições e fizeram retrogradar do campo jurídico e hermenêutico boa parte da metodologia de inspiração dedutivista, que já não tem sobre o Direito o império do passado.

Nunca perder de vista ou de memória, por conseguinte, a energia e o teor desse axioma: os princípios condicionam, as regras são condicionadas. Aqueles subordinam, estas se subordinam.

Sendo assim, os princípios mostram-se em certa maneira constitutivos, não propriamente constituintes no sentido da conotação clássica desse termo; ao passo que as regras são designadamente estatuídas, determinadas, estabelecidas, dispostas, constituídas, formuladas.

Que é mais importante, então: o princípio ou a regra?

Ontem era a regra, a lei, a norma, porque o princípio não se tinha por norma.

Era a regra ou lei, quando não havia Constituições, ou havendo-as, ainda assim a lei preponderava, porquanto contida nos Códigos cuja normatividade concreta se afigurava bem superior à das Constituições, as quais se assemelhavam primeiro a um texto de Filosofia Política do que de Ciência do Direito.

(2) O escrito a que nos reportamos é o discurso, que o Autor proferiu, de saudação ao Min. Marco Aurélio, Presidente do STF, por ocasião da magna solenidade com que a Universidade Federal do Ceará recepcionou, em 2002, o insigne Juiz Constitucional ao lhe fazer a entrega do certificado de reconhecimento de seu notável saber jurídico.

A sociedade contemporânea –múltipla, complexa, pluralista– não só impetra a jurisdição constitucional, regulativa do equilíbrio e harmonia das heterogeneidades sociais, como faz imperativos o primado e a supremacia dos princípios sobre as regras, das Constituições sobre os Códigos, da legitimidade sobre a legalidade, da Hermenêutica sobre a Dogmática, da justiça sobre a vontade e a política dos governantes.

Hoje, como se vê, os princípios valem mais porque as Constituições se juridicizaram. Hoje, os princípios, sendo da essência da constitucionalidade, ocupam o lugar mais alto e nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos. As regras se lhes sujeitam, conforme dissemos, e o Direito vive, de último, a grande idade do Constitucionalismo principiológico, como dantes já vivera a era milenar do Jusprivatismo romanista.

Outrora, Savigny e Windscheid. Doravante, Kelsen e Smend, estes por haverem aparelhado, respectivamente, a idade da jurisdição constitucional, dos valores e dos princípios.

As Constituições refazem os Códigos, de sorte que todo direito privado jaz debaixo da legitimidade haurida em princípios.

Com efeito, quando a normatividade do ordenamento jurídico estampa tão-somente a preponderância das regras na versão positivista do passado, e os princípios –pospostos, deslembrados ou violados– não formam ainda a medula do sistema, e o governo, qual espelho de arbítrio, não ampara os direitos fundamentais das novas dimensões, então não há como estabelecer o Estado Social e constitucional da Democracia participativa. Descaracterizada fica desde já a natureza constitucional do regime. O Estado de Direito entra em declínio; sua queda se faz irremissível; seu colapso, iminente.

O exílio da forma republicana de governo, em seu espírito e inteireza, é o consectário de todas as "Ditaduras constitucionais", que trazem debaixo do braço, na arrogância de seu poder e na incontinência de seu discurso, os decretos da sua perpetuidade.

A invasão e absorção dos demais Poderes pelo Executivo hão de redundar sempre em Ditadura branca, em Fascismo amarelo, em arbítrio sem cor.

O torvo quadro das inconstitucionalidades materializa o painel de uma Autocracia em que a mão pesada do Poder, caindo sobre os governados, se não for embargada, há de esmagar a cidadania e desterrar as liberdades públicas.

Mas tornemos à soberania constitucional. Ela é a vontade da Carta Magna com que se legitimam a ação e o exercício de todos os poderes. As Constituições, vistas por esse prisma conceitual, significam, de conseguinte, a expressão jurídica da soberania.

Mas não apenas jurídica, senão também política, porquanto tocam sua essência, ou seja, definem o modo supremo de autodeterminação do governo, do povo, da Nação.

Fórmula tão simples e acabada, do mais alto teor axiológico, decisório, normativo, político e social, a soberania da Constituição, se procede do povo e nele se concretiza, é, em verdade, o instrumento que compendia e faz eficazes todas as incidências possíveis de ordenação da sociedade, sem quebrantar ou violar a noção de sistema e legitimidade.

Da soberania constitucional foi precursor no Brasil Rui Barbosa, que acerca dela teve a mais clara intuição.

Lecionando nos tribunais o direito constitucional vivo, Rui compulsou a jurisprudência da Suprema Corte Americana. E ministrou aos primeiros juízes constitucionais da República de 1891 a lição de Marshall, cujo influxo foi decisivo, entre nós, para instaurar o controle difuso de constitucionalidade.

Inculca a soberania da Lei Magna, em primeiro lugar, o consenso, o contrato social, a razão, a legitimidade e, sobretudo, na dimensão ética e cívica, a perda da memória preconceituosa de seu teor de força, tão em voga nas doutrinas do Absolutismo, e tida por ínsita à noção mesma de soberania, na medida cm que a razão política a contrasta com o Direito.

O conceito de soberania agrega-se, porém, ao Direito em nossa concepção. Assim unificado, aufere ele uma cidadania que nem sempre é possível reconhecer ou admitir, quando se adota o entendimento de que a essência da soberania repousa por inteiro na vontade do Estado enquanto expressão única e material de força e poder.

Por essa via reflexiva, a soberania cessa de ser tão-somente a coerção inculcada em sua feição rude e material, para se transverter em força do Direito, que estende o braço da autoridade sobre a cabeça do cidadão, faz legítimo o órgão de vontade a que o elemento social dá obediência e torna eficazes e respeitadas as tábuas da Constituição[3].

(3) Alguns lugares do texto acima estampado foram extraídos do discurso de homenagem ao Min. Marco Aurélio, de que fizemos menção em nota antecedente.

A soberania constitucional estampa, portanto, a face do Direito que aí avulta, associada, indissolúvel, aos conceitos gêmeos de soberania popular e soberania nacional.

Trata-se de uma confluência postulativa, suscetível de salvaguardar, preservar e reerguer das suas ruínas teóricas o modelo e a definição da suprema potestas, tão apoucada, tão combatida, tão exorcizada, por derradeiro, conforme já assinalamos, pela inconfidência dos juristas da globalização e do Neoliberalismo, que conspiram contra o povo e contra a independência da Nação, no intento de lhe destruir a soberania.

Com a Democracia participativa a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembleia ou órgão de representação, o poder que faz as leis, toma as decisões fundamentais e exercita uma vontade que é a sua, e não de outrem, porque vontade soberana não se delega senão na forma decadente da intermediação representativa dos corpos que legislam, segundo ponderava Rousseau, com absoluta carência de legitimidade em presença do vulto e significado e importância da matéria sujeita.

A Constituição tornou-se, por conseguinte, a efígie do povo juridicizado; em outros termos, o povo na versão mais própria, rigorosa e aprimorada de sua identidade com a soberania, da qual é sujeito e titular inviolável, e não objeto e súdito, manipulado na corrupção das urnas, pelo poder do capital e da mídia que serve à classe dominante.

Soberania constitucional e soberania popular, voltamos a dizer, são fórmulas do mesmo conceito. Têm, por conseguinte, igual sentido e significado.

Se fizermos soberanos os princípios, qual estamos a fazê-los perante a normatividade da teoria constitucional de nosso tempo, seremos fiéis ao verdadeiro conceito de Povo no que toca à esfera abstrata das justificações de seu poder. Por esse caminho se chega à soberania constitucional enquanto sinônimo de soberania popular.

O Povo é posto aí no interior e na cabeça da Constituição como instância concreta e material das supremas decisões colelivas da Nação, isto é, como ente político organizado e autodelerminativo que deixou de ter morada em regiões abstratas e melafísicas de puro simbolismo.

Constituição, povo e soberania desse modo exprimem o caráter e a qualidade do poder superlativo em termos contemporâneos de legitimidade.

O Povo é a Constituição, a Constituição é o Povo; os dois, com o acréscimo da soberania, compõem a santíssima trindade política do poder. Mas não de qualquer poder, senão daquele que traz a inviolabilidade, a grandeza ética, a fundamentalidade da Democracia participativa.

A soberania constitucional, enfim, faz vingar a onipotência dos princípios e valores que libertam.

Vamos prosseguir falando de princípios e principiologia constitucional, porque sem remissão a essas fontes o jurista contemporâneo não compreenderá nem a Constituição, nem a Hermenêutica que daí deriva.

Em nossa visão, a legitimidade constitucional constrói ultimamente sua morada nos princípios. Bem aplicados pelos hermeneutas, fazem eles concretas, estáveis e eficazes as Constituições e lhes imprimem certo grau de flexibilidade ponderativa de valores normativos no interior do sistema, sem quebrantar-lhes a unidade.

É por esse caminho que o princípio, ou regra da proporcionalidade, como querem outros, se fez o cânone dos cânones da Nova Hermenêutica.

Até mesmo a intervenção frequente do constituinte de segundo grau com o poder de reforma ou emenda, que lhe compete, pode retrair-se à obsolescência e se tornar supérflua se houver nas Constituições rigorosa e integral fidelidade aos princípios.

Mediante princípios fazem-se possíveis, pois, a conservação e a mudança na ordem constitucional à sombra da interpretação e da jurisprudência dos tribunais da Lei Magna.

Desse modo, tudo funciona como se os princípios fossem a chave normativa do constituinte de primeiro grau, invariavelmente disponível para fazer vingar o texto constitucional, sem necessidade de movimentar a dificultosa máquina de reforma do constituinte derivado.

Os princípios têm uma virtude manifesta: são a um tempo estabilizadores e transformadores do sistema. Este, graças àqueles, segue lenta evolução e acomodação a situações sociais e constitucionais problemáticas ou imprevisíveis, cujas crises se vêem absorvidas ou solvidas sem que se faça mister recurso a reformas traumáticas ou a cirurgias revolucionárias.

O elemento principiológico possui, à verdade, um enorme potencial de conservação e proteção das estruturas constitucionais, que precisa de ser admitido, reconhecido e proclamado.

Não exagera quem disser esta verdade: os princípios são hoje o espírito das Constituições.

Ao atribuir-lhes tal sentido, o jurista de nosso tempo, se assim o fizer, traz de imediato à memória a imagem de Montesquieu, do Espírito das Leis. Mas ela bem pode ser acrescida doutra, não menos significativa, cifrada no axioma historicista do Volkgeist, ou seja, tirado em vernáculo, "espírito do povo", de Savigny. Espírito das leis e espírito do povo: essa junção constitucional atualiza duas imagens legadas pelo gênio de Montesquieu e Savigny, a saber, a imagem da lei e a imagem do povo. E com isso se percebe que nelas reside a essência das Constituições.

A principiologia constitucional ilumina os mais recentes critérios hermenêuticos de concretização da norma, ao mesmo passo que dissolve a antinomia supostamente ínsita ao hiato estabelecido por alguns autores –aliás, já ultrapassados– entre as teorias sistêmicas e tópicas do Direito.

A nova doutrina do Constitucionalismo fundado em princípios põe termo, desse modo, à insular idade jurídica do problema, até então contemplado unicamente na estreiteza de seu espaço casuístico, como faziam os juristas da Tópica.

Demais disso, fora de dimensão tão apertada, a chamada Nova Hermenêutica, toda ela de inspiração principiológiça e que tem aí, portanto, a base teórica de tratamento do Direito, insere cada caso na unidade constitucional do sistema, sob a regência superlativa dos princípios, matriz de todas as soluções constitucionais(4).

É de assinalar, do mesmo passo, que os princípios não fazem de todo flexíveis as Constituições, mas lhes abrandam a rigidez e a literalidade interpretativa, sem perda de densidade normativa. Os princípios têm um parentesco muito próximo com a equidade quando se trata, com base em muitos deles, de mitigar o rigor das leis.

Elementos normativos superiores na contextura do sistema, não padece dúvida de que dos princípios, de sua observância e juridicidade, depende uma eficácia mais visível e manifesta do Direito, tocante à disciplina das relações sociais, sobretudo em ordenamentos demasiado complexos, heterogêneos e pluralistas quais os que, por derradeiro, caracterizam o Estado da contemporaneidade.

(4) V. Juarez Freitas, A Interpretação Sistemática do Direito, 3ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, nomeadamente o Capítulo 2, no qual o Autor, ocupando-se da interpretação tópico-sistemática, chega à conclusão de que ou a interpretação jurídica é sistemática, ou não é interpretação.

V. AS BASES CONSTITUCIONAIS DE INTRODUÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

O Constitucionalismo brasileiro nasceu singularmente sob a égide de três poderes constituintes: o das Cortes de Lisboa, o do Imperador e o da Assembleia Nacional.

Os dois últimos, quase simultâneos, carregavam a singularidade de que um, o da Assembleia, emergiu do outro, o do Imperador.

Resultou, por conseguinte, a Constituinte de 1823 de um ato de vontade da autoridade imperial, ato que foi mais uma outorga do que, em rigor, uma convocação.

Fomos, assim, um país onde o Povo não pôde promulgar sua primeira Constituição, e, por consequência, as instituições brotaram já com um considerável desfalque de legitimidade. E algo mais grave e esdrúxulo: antes da outorga da Constituição outorgou-se uma Constituinte fato, ao nosso ver, sem paralelo nos anais do constitucionalismo!

Com efeito, D. Pedro, depois de outorgar a Constituinte, movido da presunção de haver praticado um ato de magnanimidade, empenhou-se logo em tutelá-la. E, não sendo bem-sucedido na execução desse *desideratum*, acabou por dissolvê-la *manu militari* com desferir o Golpe de Estado de 12.11.1823.

Data desse tempo a crise constituinte que invade nosso Constitucionalismo e nele se instala, irremovível, há quase dois séculos, como inumeráveis vezes temos asseverado!

Por razão de tal crise implantamos ditaduras, derrubamos governos, arruinamos reinados, criamos uma sequência de Repúblicas constitucionais (1891, 1934, 1946, 1988), todas instáveis e vulneráveis em suas bases de legitimidade, todas precárias em face do ranço autoritário das oligarquias do privilégio, todas marcadas do egoísmo das elites tanto agrárias como urbanas, que nunca admitiram fazer do povo-vassalo um povo-cidadão, mantendo-o sempre na menoridade e na tutela de seus direitos.

Outro paradoxo do Constitucionalismo brasileiro: em março de 1824 teria havido uma Constituição sem revolução; em 7.4.1831, abdicando o Imperador, ocorreria o inverso: uma revolução sem Constituição. Mas nem todos os historiadores têm esse ponto de vista, do qual também não partilhamos.

Aliás, nosso entendimento nesse tocante diverge do de Teófilo Otoni, que viu no 7 de abril uma revolução comparada à da Inglaterra (a *Glorious*

Revolution). Já exaramos ao fecho do quinto capítulo da *História Constitucional do Brasil* nosso juízo acerca daquele movimento que determinou a queda do Primeiro Reinado.

Escrevendo sobre a Constituição de Pouso Alegre e a crise constitucional da Regência, asseveramos o seguinte: "Depois da sessão da Câmara, de 30.7.1832, chega-se enfim à conclusão de que, perdida ali sua derradeira oportunidade, o 7 de abril pelos resultados oferecidos não foi uma revolução nem um golpe de Estado, foi simplesmente uma revolta. Com respeito à Constituição do Império, valeu ainda menos: foi um mero movimento revisionista, que parou no Ato Adicional e recuou na Lei de Interpretação. Os liberais moderados, indignos de um homem como Feijó, enterraram-lhe a revolução do mesmo modo que haviam sepultado já a dos patriotas radicais do dia da Abdicação"(5).

As diligências serôdias por fazê-la malograram. Com efeito, as três sotainas da Chácara da Floresta conspiraram para reativar o processo revolucionário da Abdicação e coroá-lo com as consequências institucionais que a lógica dos acontecimentos parecia ditar.

Feijó, Ministro da Justiça, braço forte do regime e cabeça da conjuração, articulou, com a cumplicidade e o pedido de renúncia da Regência Trina (Lima e Silva, Costa Carvalho e Bráulio Muniz), o golpe parlamentar de outorga da Constituição de Pouso Alegre e de aniquilação do Senado, foco dos restauradores e arautos da contra-reforma. Mas durante a dramática sessão da Câmara dos Deputados de 30.7.1832, no auge da crise, tudo veio abaixo, por obra da exortação à prudência, à razão, à sensatez, à moderação, feita no discurso conservador de Hermeto Carneiro Leão, que a historiografia política dos monarquistas louva até os nossos dias.

O futuro Marquês de Paraná, cúmplice silencioso da inconfidência liberal, desertara no campo de batalha, à última hora, do alto da tribuna parlamentar, como disse Nabuco, e o fez, para surpresa de todos.

A palavra da legalidade, estampada no verbo eloquente de Hermeto Carneiro Leão, salvou com a deserção do tribuno a Carta do Império.

Com efeito, Carneiro Leão, militando depois na política do Império, filiado à corrente conservadora, conclamou seus pares, por ocasião dos primeiros debates da histórica e memorável sessão, a sustentarem a Carta outorgada.

(5) Paulo Bonavides e Paes de Andrade, História Constitucional do Brasil, 4ª ed., p. 176.

Disse o deputado: "(...) peçamos a reunião das Câmaras na forma da Constituição, mas não a violemos, pois é nossa última tábua de salvação. Concluo dizendo que, defendendo a ordem legal e a observância dos princípios, faço um derradeiro serviço à minha Pátria, e aos meus amigos"(6).

Do que foi o 30.7.1832, quando se perdeu a segunda grande ocasião de solver a crise constituinte do país, tão funesta e devastadora nos anais de nosso Constitucionalismo, até os dias presentes, fizemos uma larga análise conclusiva, nos seguintes termos, estampada na *História Constitucional do Brasil*: "A legalidade da Carta outorgada derrotara a legitimidade da Constituição de Pouso Alegre. O mais que os liberais da revolução de 7 de abril lograriam fazer daí por diante era aguardar as magras conquistas do Ato Adicional, três anos depois. Restava, porém, intacto o pilar do despotismo constitucional: o Poder Moderador, precisamente aquele que os três Poderes da Constituição de Pouso Alegre haviam banido de seu projeto".

A análise prossegue, com amplos comentários ao discurso de Honório Hermeto Carneiro Leão, que, na essência, se nos afigura o contragolpe da reação:

> "A historiografia oficial, conservadora, habitualmente afeiçoada à causa do Absolutismo imperial, tem louvado o discurso do jovem deputado Carneiro Leão qual um monumento de bom senso e prudência, um texto persuasivo de moderação e sabedoria e um poderoso extintor de paixões, bem como um freio à máquina do Governo quando ela se acha prestes a rolar nas vertentes do despenhadeiro.
>
> O feliz êxito verbal do parlamentar, atalhando a consumação do pseudo 'golpe de Estado', perde porém muito de sua grandeza isenta, inculcada até mesmo por historiadores de aparência neutral, se colocarmos a oração legalista no contexto dos acontecimentos da Abdicação, para examinar a substância ideológica, a tábua de valores, a rede de interesses em que ela se inseriu.
>
> Não vacilaremos em asseverar que esses valores e interesses a situavam já precisamente na esfera da reação, da contra-revolução, da resistência conservadora, do carisma de personalidade do Rei sagrado, da submissão ao Trono e à autoridade restaurada. Uma vocação conservadora profundamente sutil, insinuante, dissimulada com a magia da palavra fácil e da sóbria razão, paralisou pois aquilo que seria o segundo momento revolucionário da explosão do 7 de abril, agora

(6) Paulo Bonavides e Paes de Andrade, História Constitucional do Brasil, 4ª ed., p. 157.

desfeito, contido, coarctado, reprimido. Tudo obrou ele aparentemente com irrepreensível pureza e elevação de conceitos, como se aquela exortação à paz e ao consenso partisse de um Olimpo inacessível às paixões, onde só habitassem os deuses da isenção e da neutralidade. Ledo engano. Por trás do verbo de Carneiro Leão ardia uma consciência intrinsecamente conservadora, mas exercitando naquela noite um cálculo político em que as cinzas da palavra encobriam a cratera do vulcão adormecido.

A reação estava na defensiva: os conservadores moderados, com aparência ainda liberal, alguns até integrando a maioria que na Câmara apoiava o Governo, faziam, como fez Honório Hermeto Carneiro Leão, o grande jogo do retrocesso, com admirável mestria. De tal sorte que o reformismo mais profundo da Abdicação, aquele que poderia chegar à Monarquia federativa ou antecipar o advento da solução republicana, perdeu por inteiro as forças, o alento revolucionário, a capacidade de autocondução. Enredara-se já nas malhas das limitações que lhe traçara a timidez dos moderados e, de último, decisivamente, o bem-sucedido e fatal bloqueio imposto com todo o êxito por Honório Hermeto Carneiro Leão.

O recuo da Câmara, em 30.7.1832, foi o Waterloo legislativo e constituinte dos autores do 7 de abril. As reformas liberais, desde aquela ocasião, já não poderiam fazer-se sem a anuência e a participação restritiva das facções conservadoras, acasteladas no Senado e fortalecidas também na Câmara, com a capitulação branca dos adeptos parlamentares de Feijó, e mais do que nunca inclinados agora a estreitar o espaço à mudança e a retardar o dia da revisão da Lei Maior.

O Ato Adicional somente viria três anos depois, muito aquém todavia das expectativas que animavam os antiabsolutistas dos últimos dias do Primeiro Reinado. Veio dessorado, sem acabar com o Poder Moderador, sem extinguir a vitaliciedade do Senado, sem instituir a Monarquia federativa.

Muito do que se logrou respeitante à autonomia provincial veio a ser, posteriormente, em partes consideráveis, invalidado pela Lei de Interpretação, instrumento decisivo, que menos de 10 anos depois patenteou a irrelevância institucional das conquistas do 7 de abril, fazendo das primitivas aspirações do Liberalismo um engodo parcial, por obra da vitoriosa estratégia conservadora.

Carneiro Leão professou com rara fortuna o culto da legalidade, o sacramental respeito às fórmulas constitucionais, a salvaguarda dos princípios, a eleição de todas as reformas pelas vias legais, a defesa da ordem pública contra os agitadores e facciosos. Tudo isso seria de precisão absoluta e exemplar, se pudéssemos desvincular tal discurso, armado com todo o esplendor lógico, da espécie de legalidade, de Constituição e de princípios que ainda ardiam e fumegavam no incêndio revolucionário da Abdicação, do qual os que intentaram articular o chamado Golpe de 30.7.1832 distavam apenas um ano e três meses, movendo-se, pois, ao calor daqueles acontecimentos e tendo ao mesmo passo viva a memória recente de uma intentona restauradora.

Os historiadores deslumbrados com o verbo comedido de Carneiro Leão parecem cegos diante dos fatos, como se eles se circunscrevessem ao motim, à insegurança pública, à desordem, à anarquia, à indisciplina nas ruas e nos quartéis, e mais que isso à violação das leis e ao quebrantamento da Lei Maior, e não trouxessem, pois, subjacente, uma verdade ou um valor, perante o qual toda aquela ordem de eventos políticos extraordinários, bem como toda a suposta legalidade constitucional vigente trazida à memória dos circunstantes por Carneiro Leão, teria de ser aferida, ajuizada e sentenciada.

Vejamos, pois, a que se reduziam os 'meios legais' e os 'princípios', o 'código sagrado', em suma, a Constituição outorgada em 1824; como ela existia antes do Ato Adicional, ou como fora praticada no Primeiro Reinado, para vermos então que impostura institucional figurava debaixo do manto da legalidade invocado por Honório Hermeto, com a 'sua defecção no próprio campo de batalha', como dissera Nabuco, ou quanto valia aquela 'tábua de salvação', apontada para a sobrevivência do regime, mas em verdade dirigida para embargar e amortecer a onda das reformas liberais.

Nada de sagrado podia haver naquele código do despotismo. A Constituição de 1824 tivera por berço a outorga, as nascentes impuras da dissolução da Constituinte, a bazófia constitucional de D. Pedro I, desmascarada e rubricada no exílio dos patriotas liberais, o medo da desforra popular e nativista que faria depois irromper o movimento da Confederação do Equador.

Não era ainda uma Constituição, mas uma Carta de limitações aparente de poderes. Muitos liberais ressentidos com o golpe de Estado de D.

Pedro, contra a representação constituinte da Nação, repudiavam aquele decreto-lei magno, baixado do alto do poder imperial e absoluto.

A história toda do Primeiro Reinado protestava contra a ilegitimidade daquela Carta. Duvidava-se até que uma reforma fora bastante a legitimar organização tão centralizadora e unitária, tão propícia à usurpação e ao exercício do poder pessoal sem limites.

A realidade constitucional do governo de D. Pedro I sobejamente demonstrara quanto o legalismo constitucional na prática estava longe do texto e da verdade; aliás, um texto contra o qual já se levantavam correntes adversas com um ardor mais revolucionário que propriamente reformista, como aconteceu nos primeiros momentos da Abdicação.

O 30 de julho seria o 7 de abril renovado, o 7 de abril na Câmara dos Deputados, com menos ruídos e mais circunspecção, dotado da soberania do Poder Constituinte, sem os radicais, sem os extremistas da Federação, sem os precursores da República, sem os fanáticos das primeiras horas, mas ainda com força bastante para abater o Poder Moderador, o Senado vitalício, o Conselho de Estado, e, por via da autonomia provincial, introduzida como uma das principais novidades da reforma, atualizar o Trono Imperial, com as aspirações reprimidas da Nação, inclinada, por inteiro, aos rudimentos federativos das promessas descentralizadoras, circulantes desde as mais elevadas esferas de opinião.

Quem raciocinar dentro do quadro desses sucessos e comoções que agitavam naquele ensejo o país, onde a autoridade da Regência oscilava em meio a contestações, tanto dos radicais como dos restauradores –sendo incontestavelmente mais agudo e insuportável o temor que estes últimos provocavam, depois do episódio da tutoria–, não poderá, sem ofensa da realidade e das circunstâncias, se abraçar, como Honório Hermeto Carneiro Leão, à prancha da sobrevivência da legalidade. Muito menos debaixo de uma Constituição que não poderia, pelas razões já expostas, merecer o respeito da cidadania: uma Constituição tão longe dos fatos e tão apartada da normatividade e cuja outorga fora fruto da usurpação erguida sobre as ruínas da Constituinte legítima, dissolvida por um ato de força, em que se contrariou fortemente o interesse nacional.

A legalidade, em toda sua frouxidão, colidia pois com a legitimidade. Nunca o divórcio dos dois princípios fora mais acentuado desde a fundação do Império: o que se questionava no catecismo liberal era saber se a reforma teria ou não primazia sobre a revolução; se esta poderia ou

não ser represada, novamente, como vinha sendo, pelos absolutistas e restauradores.

Foi isso aliás o que aconteceu em 30 de julho quando a Câmara se entibiou, menos com as palavras de Carneiro leão do que com o fantasma de sua própria sombra, qual excelentemente fez transparecer a imagem cunhada por Feijó. Naquela fase do 7 de abril, o desengano da concretização das reformas lacerara até o ânimo dos liberais moderados, a ponto de os impelir à solução extrema de um projetado golpe de Estado, e desse modo retomar a inteira e perdida hegemonia da ação revolucionária.

Não colocou Carneiro Leão uma única vez o problema da legitimidade, nem poderia fazê-lo, porquanto a legitimidade se achava toda do lado da Câmara, da maioria anti-restauradora. Esteve ela a pique de fazer a revolução dentro da revolução, não tendo isso sido possível porque talvez lhe faltasse o apoio de rua dos radicais. Com estes não se pode governar, mas sem estes não se faz revoluções, como disse muito bem Nabuco em lapidar axioma de Ciência Política.

Feitas essas considerações, o que de necessidade se infere tocante aos acontecimentos de 30 de julho é que a oração de Carneiro Leão representou talvez a parte mais inteligente e bem-sucedida do projeto conservador de desbaratar a ação reformista dos liberais. Doravante, nada de reformas que viessem abalar os fundamentos do poder monárquico ou remover já a forma de Estado, já a forma de governo, sobre as quais se assentava a autoridade imperial.

Fazendo-se, por conseguinte, o confronto das duas posições, do ponto de vista dos valores e da ideologia, chega-se à necessária conclusão de que o 30 de julho não era simploriamente um golpe de Estado malogrado, mas uma revolução desfeita, com que a Câmara, como Assembleia Nacional, daria, de forma indeclinável, um largo passo avante.

A legalidade do argumento de Carneiro Leão para opor-lhe resistência fora de uma fragilidade deplorável. Só não percebem isso os historiadores superficiais do Primeiro Reinado e da Regência, deslumbrados com a retórica da prudência e da sobriedade; como se o perigo apontado pelo parlamentar recaísse sobre uma ordem estável e justa, cuja desintegração equivalesse ao quebrantamento do pacto social e das liberdades fundamentais.

Legalidade sem legitimidade, como a que estava naquele dia na Constituição outorgada de 1824, não podia ser, oito anos depois, obstáculo sério a um processo político revolucionário, assentado sobre a vontade

nacional, posto que constantemente atraiçoado e combatido, sobretudo pelas forças mais retrógradas da sociedade do Império.

O lastimável é que ao transcurso de mais alguns anos essas forças, que sempre retardam a História e afastam o povo da direção e vanguarda dos acontecimentos, acabam vitoriosas. O ideal republicano federativo só se concretizaria em 1889, cerca de meio século depois, com vicissitudes outras que marcaram a longa travessia de toda nossa história política e constitucional durante o Segundo Reinado"(7).

É de observar ainda uma derradeira originalidade do país constitucional fundado pelo Império: nossas raízes representativas e institucionais foram européias e não americanas, monárquicas e não republicanas, parlamentares e não presidencialistas, unitaristas e não federalistas.

Completamente ao contrário, pois, do que aconteceu nos Estados Unidos e noutros países da América Latina, nossos irmãos do Continente, dos quais só nos acercamos, pela via institucional dos modelos políticos, ao termo do século XX, com a queda do Império e a proclamação da República. Adotamos então, além do sistema presidencial e republicano de governo, a forma federativa de Estado.

Como vimos há pouco, o apelo aos princípios teve já uma eloquente e incisiva e precursora manifestação histórica que fundamentava os riscos institucionais

(7) Paulo Bonavides e Paes de Andrade, História Constitucional do Brasil, 4ª ed., pp. 168 a 172. Tocante ao malogro da chamada Constituição de Pouso Alegre, escrevemos que ela "ficava aquém das propostas que haviam sido introduzidas na Câmara, após o 7 de abril, nomeadamente aquela que estabelecia a Monarquia federativa, sonho dos liberais mais avançados, cujas teses roçavam já o modelo republicano". E acrescentávamos:

> "Tais propostas teriam sido concretizadas não fora a tenaz oposição da Câmara vitalícia: principalmente a desunião dos moderados e radicais, cujo divórcio logo patenteado, fez a Abdicação perder o ímpeto constituinte, a energia revolucionária do Liberalismo, até cair ulteriormente, para fazer as reformas, na dependência da colaboração e da boa vontade do elemento conservador.
>
> (...). O 7 de abril não foi, em rigor, do ponto de vista da doutrina constitucional, uma revolução, em razão precisamente de os liberais não terem feito uso, nas circunstâncias extraordinárias daquela crise, do Poder Constituinte primário, aquele para o qual a vontade revolucionária triunfante transfere todo o exercício e toda a soma dos poderes de soberania quando ele entra em ação.
>
> O denominado Golpe de Estado de 30.7.1832 quis consertar essa falha, mas já era tarde: a reação havia levantado a cabeça. O braço restaurador intimidou os liberais, o golpe se desmoronou, os absolutistas paralisaram a corrente reformista radical, que desde muito perdera a velocidade com o predomínio dos liberais moderados. Quando estes, porém, tomaram consciência da gravidade das resistências absolutistas, alimentados sobretudo pelos restauradores, suas forças já lhes não consentiam a inteira recuperação do poder decisório" (Paulo Bonavides e Paes de Andrade, ob. cit., p. 173).

de seu desrespeito e prevenia pela exortação à sua perseverança a queda de uma Constituição, qual ocorreu na célebre oração parlamentar de Honório Hermeto Carneiro Leão.

É, portanto, dos princípios, sobretudo do lugar hegemônico e culminante que eles doravante ocupam no espaço normativo das Constituições, designadamente na chamada Constituição-cidadã de 1988, que trataremos a seguir, mais uma vez.

Com efeito, a Lei Maior daquele ano tem a relevância de uma Constituição principiológica. A primeira no país provida do mais alto teor e grau axiológico de normatividade.

A Carta Magna de 1988 se fez, portanto, introdutória do novo Direito Constitucional contemporâneo baseado sobre a juridicidade dos princípios e dos direitos fundamentais, que também são princípios e auferem, pelas prescrições do art. 5º, aplicabilidade imediata. Deixam, por conseguinte, tais princípios e direitos de ser normas programáticas, cuja eficácia ficava relegada às calendas gregas, como costumava acontecer no Constitucionalismo antecedente.

Basta ler o § 1º do art. 5º da Constituição para espancar qualquer dúvida a esse respeito. Ali se prescreve: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Do ponto de vista teórico, no domínio da positividade formal, nenhum Estado constitucional Brasileiro, do Império à República, foi tão longe, quanto este que se instituiu no país com a promulgação da Constituição de 1988, em matéria de liberdade, igualdade e justiça.

Vamos assinalar genericamente alguns traços que fazem a evidência dessa assertiva, mostrando, do mesmo passo, que a ductilidade axiológica, tocante a sistemas legítimos de governo, salvo aquele, de possibilidade já exaurida constitucionalmente pela execução do preceito contido no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, relativo ao Parlamentarismo, pode compadecer-se, por inteiro, e mediante absoluta fidelidade, ao espírito da Constituição, com a introdução da Democracia participativa, a qual, em rigor, concretizaria a forma política de soberania mais rica de valores e princípios, fundados na legitimidade da vontade geral, que é a vontade do povo governante e soberano.

Em verdade, o constituinte de 1988 criou um Estado constitucional principiológico, do qual se deve inferir que a junção dos elementos democráticos, já representativos, já diretos, contidos no parágrafo único do art. 1º em termos

de mandamento principiai supremo, deve ser interpretada sempre no sentido da evolução democratizante do sistema e, portanto, da linha de seu aperfeiçoamento, que melhor condiz com o advento da Democracia participativa, conforme já assinalamos.

Cerca de 80 princípios explícitos e implícitos ornam o texto da Lei Magna e abrangem, com sua normatividade maior ou menor, todas as relações políticas, sociais, econômicas, culturais e educacionais vinculadas a direitos fundamentais, que as regem, justamente por terem estes direitos, como sua característica mais significativa, a dimensão principiológica, inspiradora da Nova Hermenêutica Constitucional.

O "Preâmbulo", parte positiva e não meramente programática da Carta Constitucional de 1988, refere a instituição de um Estado Democrático, no qual se compendiam todos os valores substanciais constitutivos das quatro dimensões ou gerações de direitos fundamentais que fazem a contextura da Democracia participativa, em seu mais alto grau de realização e legitimidade.

O "Preâmbulo" constitucional afirma que esse Estado Democrático abraça os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e isenta de preconceitos.

Tais valores ali enunciados compreendem a segurança no exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

A sinopse teórica da Democracia participativa consta, por conseguinte, da transcrição literal do texto introdutório da Carta Magna, qual a fizemos, e aufere um reforço taxativo de normatividade específica da nossa ordem republicana e federativa com o acréscimo qualificativo de Estado Democrático de Direito, constante do art. 1º.

Cinco os fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, na sua qualidade de Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Daqui se chega, logo a seguir, ao parágrafo único do sobredito artigo, com a definição principiológica que trasladou para o texto a essência democrática e operativa desse Estado constitucional. Estado fundado, por inteiro, sobre a Democracia e o Direito.

Com efeito, diz ele: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos temos desta Constituição".

O exercício direto do poder popular, poder constitucionalmente depositário da soberania, se faz por via de três instrumentos: plebiscito, referendo e iniciativa popular, na conformidade do art. 14, que contém uma reserva legal já suprida, a nosso ver, com extrema insuficiência pela Lei Almino Afonso(8).

Com essa lei, a Democracia direta, aquela por onde se traduz com máxima fidelidade possível o exercício da soberania popular, pouco ou quase nada avançou no sentido de sua concretização.

Faz-se mister, em presença da crise de legitimidade por que passam as instituições representativas no sistema constitucional vigente, nova legislação integrativa do art. 14, a fim de ampliar a base democrática do Poder, dando mais alcance e eficácia ao emprego dos instrumentos plebiscitários, sem os quais não se logrará fazer efetiva a vontade soberana do povo.

(8) Lei 9.709, de 18.11.1998, aprovada após 10 anos do transcurso da promulgação da Carta Constitucional de 1988. Veio regular a matéria do art. 14 da Lei Magna, tocante à utilização dos instrumentos de participação direta no exercício da soberania popular. Esse diploma legal já nasceu, porém, ultrapassado em termos de legitimidade relativos à instauração de uma Democracia participativa, em virtude da redução do papel atribuído à eficácia da vontade popular nas decisões de império e soberania, que possam definir efetivamente a qualidade democrática do sistema.

EL AVOCAMIENTO DE PROCESOS JUDICIALES ORDINARIOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL CONVERTIDO EN VENEZUELA EN UN MECANISMO DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Allan R. BREWER-CARÍAS(*)

En el Derecho Procesal venezolano se ha establecido una potestad excepcionalísima de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia para actuando de oficio o a petición de parte, avocarse al conocimiento de causas cursantes ante otros tribunales en materia de competencia afín con las de la Sala respectiva, rompiendo así el orden procesal y afectando el derecho al juez natural y el derecho a la doble instancia; y todo ello, en aras a preservar la justicia y proteger el debido proceso, y, en particular, en cuanto a la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional para preservar el orden público constitucional.

La competencia en tal sentido está establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 2010(1), en la cual se atribuyó competencia

---

(*) Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

(1) Véase la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en Gaceta Oficial Nº 39.483 del 9 de agosto de 2010. Sobre dicha Ley orgánica, véanse los comentarios que hemos hecho en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Introducción General al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los

general a todas las Salas del Tribunal Supremo, "en materias de su respectiva competencia" (art. 106), para "solicitar **de oficio**, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal y **avocarlo** en los casos que dispone esta Ley" (art. 31.1), aun cuando precisándose que dicha potestad solo puede ejercerse "en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática" (art. 107). Además, específicamente con relación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como Jurisdicción Constitucional, la misma Ley Orgánica le atribuyó competencia para "**avocar las causas en las que se presuma violación al orden público constitucional**, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme", (art. 25.16).

La única razón que podría darse como justificación de esta competencia excepcional de las diversas Salas del Tribunal Supremo, que por ello, la Ley exige que se ejerza "con suma prudencia", por supuesto, por un juez constitucional independiente y autónomo, podría ser la necesidad de establecer un mecanismo procesal expedito en manos del más alto Tribunal de la República para corregir gravísimas violaciones constitucionales en determinados procesos, al punto de permitir que con el mismo se rompa con los principios más elementales del orden procesal y del debido proceso, precisamente para protegerlos frente a violaciones escandalosas. Sin embargo, y sin duda, en manos de un juez constitucional sometido al poder político, dicho instrumento del avocamiento no es más que un mecanismo más de "in" justicia constitucional(2).

Esta institución del avocamiento, que es distinta a la potestad de los jueces constitucionales para la revisión de sentencias dictadas en los tribunales de instancia en materia constitucional es, sin duda, absolutamente excepcional en el Derecho comparado, pudiendo considerarse casi endémica del sistema venezolano de justicia constitucional, donde lamentablemente ha sido utilizada con harta frecuencia en los últimos años, obviando incluso toda referencia a posibles violaciones al orden constitucional, con el solo propósito de impedir que el juez natural

procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales". En: Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández Mendible. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2010, pp. 7-164.

(2) Véase lo que hemos expuesto en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Crónica sobre la 'In' Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela (1999-2007)". En: *Colección Instituto de Derecho Público*. Nº 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007; "Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)". En: *Colección Justicia*. Nº 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

del caso decida con independencia e imparcialidad. Así ocurrió, por ejemplo, en sendos casos en los cuales la Sala Constitucional le arrebató su competencia a la Sala Electoral del Tribunal Supremo impidiéndole decidir procesos de nulidad de decisiones del Consejo Nacional Electoral, respectivamente, en materia del referendo revocatorio del mandato del entonces presidente Hugo Chávez en 2004[(3)], y de la nulidad de la elección presidencial desarrolladas después de su fallecimiento en 2013[(4)].

El presente trabajo, que es el que presento ante la Academia Peruana de Derecho como exigencia para mi incorporación como Miembro Honorario, tiene por objeto, precisamente, analizar los aspectos más relevantes de esta institución procesal del avocamiento, en particular su alcance y sentido, particularmente frente al derecho de los justiciables al juez natural que garantiza el artículo 49.4 de la Constitución de Venezuela, para lo cual, como sucede con toda institución, resulta necesario referirse a sus orígenes y evolución en Venezuela.

I. PRECISIÓN SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL AVOCAMIENTO COMO POTESTAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y SOBRE SU INCOMPATIBILIDAD CON LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

La institución del avocamiento o la avocación, es decir, la posibilidad que tiene un órgano superior en una determinada organización de asumir el conocimiento de un asunto que cursa ante un órgano inferior, y decidirla en forma definitiva,

(3) Véase la sentencia de la Sala Constitucional Nº 566 del 12 de abril de 2004 (Caso: Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>. Véase sobre ese caso los comentarios en: BREWER-CARÍAS, Allan R. "La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política". En: *Los Libros de El Nacional*. Colección Ares, Caracas, 2004.

(4) Véase la sentencia Nº 795 del 20 de junio de 2013 decidió avocarse al conocimiento de las siete causas seguidas en los juicios contencioso electoral "alfanuméricos AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-000031 y AA70-E-2013-000033", desarrollados ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, "así como cualquier otro juicio desarrollado ante la misma" y cuyo objeto fuera "la impugnación de los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013", es decir, relacionados con la elección presidencial del Sr. Nicolás Maduro que tuvo lugar en esa fecha luego del fallecimiento del expresidente Hugo Chávez, para completar el periodo constitucional 2013-2019. Véase <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>.

es una institución propia de las organizaciones regidas por el principio de la jerarquía, como es precisamente el caso de la Administración Pública, cuyos órganos y entes están siempre ordenados internamente conforme a un sistema jerárquico conformado por la distribución vertical de la competencia del órgano o ente, entre los diversos niveles de la organización. Precisamente por ello, como lo indica el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela (LOAP)[5], los órganos administrativos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

La consecuencia de ello es que en el mundo de la Administración Pública, los órganos administrativos superiores pueden dirigir las actividades de los órganos que les están jerárquicamente subordinados, mediante instrucciones, órdenes y circulares de servicio, las cuales deben difundirse adecuadamente, de manera que cuando así esté regulado o cuando así se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, deben ser publicadas en la *Gaceta Oficial* correspondiente (art. 42, LOAP). De acuerdo con la misma disposición del artículo 28 de la LOAP, el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de este y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento, "salvo lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley" (art. 28); texto que recoge el principio establecido en el artículo 25 de la Constitución que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución "sin que les sirvan de excusa órdenes superiores". En consecuencia, si la orden del superior implica una violación de un derecho constitucional, y si el funcionario inferior la cumple, compromete su propia responsabilidad, y no puede excusarse por haber recibido una orden del superior. Es decir, la "salvedad" que parece implica la norma del artículo 28 de la LOAP sería que el funcionario inferior no incurriría en responsabilidad por incumplimiento de una orden superior, cuando la misma implique violación de un derecho constitucional.

Ahora bien, entre las múltiples atribuciones que derivan del principio de la jerarquía en la organización administrativa está, precisamente, como se ha dicho, la facultad de avocamiento o de avocación que establece el artículo 41 de la LOAP, el cual autoriza al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo, a los ministros, a los viceministros, a los gobernadores, a los alcaldes, a los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública y a

(5) Véase en *Gaceta Oficial.* Nº 5890, extraordinario de 31/07/2008.

los demás funcionarios superiores de dirección, "para poder avocarse al conocimiento y resolución de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados," cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan pertinente; facultad que exige siempre un acto administrativo motivado que debe ser notificado a los interesados.

En contraste con el principio de la jerarquía en la Administración Pública, en el orden judicial dicho principio no tiene aplicación, y ese es, precisamente, uno de los clásicos elementos de distinción entre "Administración" y "Justicia" en la más tradicional de las doctrinas del derecho administrativo moderno. La "jerarquía" que existe en la organización de los tribunales, es una jerarquía destinada a garantizar un orden procesal determinado para el desarrollo de los procesos, y para garantizarle a las partes el derecho a la revisión de las sentencias mediante el ejercicio de los recursos ordinarios (apelación) o extraordinarios (por ejemplo, el de casación) que establecen los Códigos procesales; y específicamente, para garantizarle a las personas, entre otros, el derecho a la doble instancia que conforme al control de convencionalidad ejercido por ejemplo, por la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, es de rango constitucional en aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(6).

La organización jerárquica en el ámbito judicial, por tanto, está guiada, no por el principio de la jerarquía que antes hemos mencionado como propio de la organización administrativa, sino por otros principios esenciales de la organización judicial y que son: **primero** el principio constitucional de la autonomía e independencia de los jueces, que establece el artículo 256 de la Constitución, según el cual, entre otras consecuencias, estos no pueden estar sujetos a instrucciones ni órdenes para decidir, ni siquiera las que puedan provenir de los tribunales "superiores" en la jerarquía judicial; **segundo**, el derecho constitucional de las personas a ser juzgados por sus jueces naturales, es decir, única y exclusivamente por el juez que tiene legalmente asignada la competencia por la materia, el grado y el territorio para decidir el determinado proceso judicial, como lo establece el artículo 49.4 de la Constitución; y **tercero**, que las decisiones que dicte el juez natural solo pueden ser revisadas mediante los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, a los cuales las personas tienen derecho.

(6) Véase la sentencia de la Sala Constitucional Nº 87 del 13 de marzo de 2000 (Caso: C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), en: *Revista de Derecho Público*. Nº 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 157 y ss.

Estos principios de la organización judicial y del funcionamiento de los procesos judiciales, son, sin duda, incompatibles con los antes mencionados principios de la jerarquía administrativa, los cuales no se aplican al ámbito judicial. Por ello, en este campo, un juez superior, por ejemplo, no puede dirigir, supervisar, evaluar y controlar las actuaciones de los jueces inferiores, salvo mediante el conocimiento de los recursos ordinarios o extraordinarios existentes; ni puede dirigirles instrucciones, órdenes y circulares sobre cómo deben ejercer sus competencias, judiciales. En este mismo sentido, los tribunales superiores no pueden avocarse al conocimiento de una causa que curse en un tribunal inferior, de manera que solo podrían conocer de la misma si mediante el ejercicio de los recursos ordinarios o extraordinarios ejercidos por las partes, la causa llega a su conocimiento.

Es decir, como cuestión esencial de principio puede afirmarse que la institución del avocamiento es incompatible con la organización y funcionamiento de la justicia, es decir, con el proceso judicial y la organización judicial, pues atenta contra el mencionado principio de independencia y autonomía de los jueces que garantiza el artículo 256 de la Constitución; contra el derecho ciudadano a la revisión de las sentencias y, en todo caso, contra el derecho a la doble instancia que garantiza el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; contra el derecho ciudadano a ser juzgado por sus jueces naturales que garantiza el artículo 49.4 de la Constitución, y contra el debido orden del proceso judicial definido en los términos del artículo 257 de la misma Constitución.

II. LA EXCEPCIONAL POTESTAD DE AVOCAMIENTO ATRIBUIDA A LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONFORME A LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 1976

Como previsión legal contraria a todos los anteriores principios y derechos, que también estaban garantizados en la Constitución de 1961, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976[(7)] estableció, entre las competencias asignadas a la Sala Político-Administrativa de dicha Corte, no previstas en la Constitución, la potestad de la misma de avocarse al conocimiento de una causa que cursara ante

(7) Véase en *Gaceta Oficial.* Nº 1.893, extraordinario del 30 de julio de 1976. Véase los comentarios sobre esta Ley en el libro BREWER-CARÍAS, Allan R. y CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina "Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia". En: *Colección Textos Legislativos*. Nº 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 369; 2ª edición actualizada, Caracas, 1991.

otro tribunal, para cuyo ejercicio, sin embargo, la propia Sala había auto-restringido sus poderes.

En efecto, el artículo 42.29 de dicha Ley Orgánica le atribuyó a la Sala Político Administrativa de la Corte, competencia para "solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue conveniente". Se trató, sin duda, de la consagración de una potestad discrecional, amplísima, que podía referirse a cualquier causa, cursante ante cualquier tribunal diferente a la propia Corte Suprema ("otro tribunal"). Al comentar en 1989 dicha previsión legal, explicamos que por más discrecional que pudiese ser tal competencia:

> "La misma no podía ser utilizada sino en casos extremos, por ejemplo, cuando estén en peligro, si la causa continúa su curso ante el tribunal competente, derechos y garantías constitucionales o el orden público o social; pues su uso, por la Corte, lesiona el derecho constitucional al debido proceso que consagran los artículos 60, 68 y 69 de la Constitución, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La única posible justificación a la limitación de este derecho constitucional es para garantizar otros derechos constitucionales que en el caso concreto se considere que tienen primacía, o el orden público o social.
>
> En efecto, el derecho al debido proceso garantiza a los ciudadanos el ser juzgados "en los términos y condiciones establecidos por la Ley", lo que da origen a una serie de garantías constitucionales, entre ellas, la de ser juzgado por el juez natural, y además, por el juez competente; respetándose las vías recursivas establecidas en la ley procesal, conforme al principio de la bi-instancia, y que tienen a garantizar el derecho a la defensa. El avocamiento por la Sala Político Administrativa de una causa, por tanto, es una limitación al derecho constitucional al debido proceso, que solo podría emplearse cuando se trata de dar primacía, en un caso concreto, a la protección de otro derecho constitucional, incluso al debido proceso, que podría quedar conculcado de seguir la causa su curso ordinario, o a la necesidad de salvaguardar el orden público y social"[(8)].

(8) Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "Prólogo" al libro de Roxana Orihuela. *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 9.

En consecuencia, en aquel entonces ya estimamos que la Sala Político Administrativa, al hacer uso de esa potestad discrecional, primero, estaba sujeta a los límites generales propios de la discrecionalidad, que son la justicia, la equidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la logicidad; y segundo, que debía hacer siempre un balance entre dos situaciones jurídicas subjetivas constitucionales, es decir, entre dos derechos o garantías constitucionales a los efectos de darle primacía a uno de ellos en el caso concreto, o entre un derecho o garantía constitucional y el interés general de la sociedad (orden público o social). Esta situación de balance y primacía entre el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales e incluso, entre estos y el interés general de la sociedad, por otra parte, no es nada extraño y es lo normal en las actuaciones de los órganos judiciales, pues en definitiva, los derechos y garantías constitucionales tienen en la Constitución, como limitación "las que deriven del derecho de los demás y del orden público y social" (art. 43, Constitución de 1961; art. 20, Constitución de 1999), y es el Estado, mediante sus órganos judiciales, el que debe resolver el conflicto que pueda haber(9).

Es esa situación de balance entre distintos derechos constitucionales o entre ellos y el orden público y social, dando primacía a uno u otro derecho o al interés general de la sociedad con relación al derecho al debido proceso, que estimamos también debía sopesar la Sala Político Administrativa al hacer uso de la potestad de avocamiento previsto en la Ley Orgánica, razón por la cual, sus proyectistas de la Ley justificaron dicha institución del avocamiento, previendo su procedencia solo:

> "con el fin de prevenir situaciones de desquiciamiento, caos, anarquía y otros inconvenientes a los altos intereses de la nación y que pudieran perturbar el normal desenvolvimiento de las actividades políticas, económicas y sociales consagradas en la Constitución"(10).

Fue con fundamento en esos criterios, entonces, que la propia Sala Político Administrativa fue delineando en una abundantísima jurisprudencia los criterios para decidir el avocamiento, por ejemplo, para evitar sentencias contradictorias; para el ejercicio de la competencia de la Corte para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público; para corregir el orden procesal vulnerado o restablecer el orden procesal flagrantemente infringido; o para evitar situaciones que pudieran acarrear trastornos, confusión, desasosiego en la

(9) Ibídem, pp. 9-10.
(10) Ídem.

colectividad, así como aquellas que puedan trabar el normal desempeño de la actividad pública[11].

Puede decirse que, en global, la Sala Político Administrativa utilizó con prudencia esta facultad extraordinaria del avocamiento, lo que se reflejó en una sentencia del 10 de agosto de 1989, en la cual sostuvo que tal potestad:

> "Ha sido hasta ahora administrada con criterios de extrema prudencia, tomando en consideración fundamentalmente la necesidad de evitar flagrantes injusticias o una denegación de justicia, o la presencia de aspectos que rebasen el interés privado involucrado y afecten de manera directa el interés público, manteniendo como una constante en su aplicación los principios rectores que atañen al orden natural de competencia, en razón de la materia que sea objeto de la solicitud"[12].

III. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO COMO COMPETENCIA DE TODAS LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, A PARTIR DE 2002, POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL MISMO

La Constitución de 1999 nada previó en materia de avocamiento, no estableciendo tal potestad ni respecto de la Sala Político Administrativa, ni de Sala alguna del Tribunal Supremo. La Constitución, más bien, reforzó las garantías judiciales establecidas en sus artículos 49, 256, y 257, de las cuales resulta evidentemente que dicha potestad es totalmente contraria a las previsiones expresas de la nueva Constitución.

A pesar de ello, sin embargo, la Sala Constitucional nunca se pronunció en proceso constitucional alguno sobre la inconstitucionalidad y la anulación de la previsión de la vieja Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni desarrolló activismo judicial alguno en decisiones relacionadas, de manera que la Sala Político Administrativa del nuevo Tribunal Supremo a partir de 1999, conforme a la Ley Orgánica de la antigua Corte Suprema que siguió en vigencia, siguió ejerciendo tal potestad de avocamiento, aun cuando con las autolimitaciones que se había autoimpuesto jurisprudencialmente.

(11) Para el análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en materia de avocamiento hasta 1998, véase el libro citado de ORIHUELA, Roxana. *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

(12) Véase en *Revista de Derecho Público*. Nº 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 104.

En la materia, en realidad, la Sala Constitucional, en lugar de analizar la institución a la luz de los nuevos principios constitucionales garantístas, en una sentencia Nº 456 de 15 de marzo de 2002, más bien, ante una solicitud de avocamiento formulada respecto de un juicio de amparo contra un acto de un Registrador (Caso Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo) que cursaba ante un tribunal de instancia, lo que hizo fue negarle a la Sala Político Administrativa el "monopolio" que legalmente tenía en materia de avocamiento en los términos antes analizados establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema, y se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional, en particular, respecto de juicios de amparo(13), que, sin duda, era una materia afín a su propia competencia al tratarse de cuestiones constitucionales.

Posteriormente, al mes siguiente, en otra sentencia Nº 806 del 24 de abril de 2002 (Caso: Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera), la Sala Constitucional al entrar a conocer de otra solicitud de avocamiento, consideró nula la norma de la ahora derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (art. 43), no porque la institución del avocamiento en materia judicial fuera inconstitucional, sino porque dicha Ley consagraba la figura del avocamiento como competencia **exclusiva** de la Sala Político Administrativa, considerando que ello era "incompatible con el principio de **distribución de competencias por la materia** a nivel del máximo Tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo, en tal sentido", señalando, además, que:

> "Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.
>
> Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, **a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía**

(13) Véase la sentencia Nº 456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de marzo de 2002, "(Caso: Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo)". En: *Revista de Derecho Público*. Nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 178-179.

> **a la Sala que en definitiva decida examinar la petición** (aquí el vocablo **inferior** se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente **alzada** de dichos tribunales; tal sucede con las de casación) (...).
>
> Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el **principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal** de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional (...).
>
> Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la **exclusiva** potestad de dicha Sala Político Administrativa (Vid. sobre el punto de la exclusividad: Ob. cit. pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia Nº 456 del 15/03/2002, caso: Mariela Ramírez de Cabeza. Lo que **sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara**.
>
> Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia (resaltados nuestros)"[(14)].

Esta doctrina, evidentemente era contradictoria, pues luego de considerar inconstitucional la figura del avocamiento en manos de la Sala Político Administrativa, por no tener fundamento en la Constitución, la Sala pasó a declararla como competencia **de todas** las Salas del Tribunal Supremo sin entrar a confrontarla directamente con las garantías del debido proceso, "creando" así la figura del avocamiento en mano de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (Sala

(14) Véase la sentencia Nº 806 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del 24 de abril de 2002, "(Caso: Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera)". En: *Revista de Derecho Público*. Nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 179-184.

Plena, Sala Constitucional, Sala Político Administrativa. Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal, Sala de Casación Social, Sala Electoral).

Para ello, el criterio expreso e inequívoco de la Sala sobre tal potestad de avocamiento en manos de todas las Salas, fue considerar que procedía, **primero**, respecto de causas en curso ante tribunales de instancia de inferior jerarquía a la Sala respectiva, entendiendo la expresión "inferior" en sentido amplio, ya que algunas de las Salas, como las de Casación, no son propiamente alzada de dichos tribunales; y **segundo**, respecto de causas referidas a las materias afines a la competencia de la Sala respectiva, de manera que todas las Salas podían avocarse respecto de causas que estuviesen dentro de su competencia natural.

Esto significaba, por ejemplo, que si se trata de una causa ante un tribunal civil, la competencia para avocarse era de la Sala de Casación Civil; si se trataba de una causa penal, la Sala competente para avocarse era la Sala Penal; y si se trataba de una causa que cursara ante tribunales contencioso administrativos, la Sala competente para avocarse era la Sala Político Administrativa.

IV. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, RESPECTO DE CAUSAS QUE CURSEN ANTE OTRAS SALAS DEL MISMO, Y NO SOLO ANTE TRIBUNALES DE INSTANCIA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de haber modificado la Ley Orgánica que regulaba sus funciones, creado jurisprudencialmente la competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo y no solo de la Sala Político Administrativa, para avocarse al conocimiento de causas que cursaran ante tribunales de instancia en las materias afines a sus respectivas competencias, mediante una nueva sentencia Nº 566 del 12 de abril de 2004 (Caso: Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral)[15], esta vez procedió a crear, contra su doctrina anterior, una potestad de avocamiento de la misma Sala respecto de causas que cursaran, no ya ante tribunales de instancia, sino ante otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que en ningún caso podían considerarse como "tribunales" inferiores respecto de la Sala Constitucional.

Así, con ocasión de conocer una solicitud de avocamiento de un juicio contencioso electoral que cursaba ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de

(15) Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>.

Justicia contra decisiones del Consejo Nacional Electoral dictadas con ocasión de decidir sobre la solicitud de realización de un referendo revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República, Hugo Chávez Frías; la Sala Constitucional procedió a secuestrar la competencia de aquella Sala Electoral, y arrebatarle, sin justificación alguna, la competencia para decidir el caso, y así, anular la suspensión de efectos de la decisión administrativa que había sido impugnada y que se había dictado en el caso, y finalmente, evitar que la Sala Electoral pudiera llegar a decidir finalmente el proceso conforme a lo que requerían los accionantes, y se llegara a permitir la realización del referendo revocatorio presidencial en la fecha prevista.

El caso, por su connotación política, fue muy debatido(16), siendo uno de los aspectos destacables del mismo, que con la sentencia Nº 566 se inició en Venezuela el proceso de secuestro del derecho ciudadano a la participación política mediante el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, así como el secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo al impedírsele decidir las materias de su competencia, evitar que en esa ocasión decidiera sobre la nulidad de las decisiones del Consejo Nacional Electoral, que a la vez habían impedido la celebración del referendo revocatorio que la oposición política había convocado en 2003-2004. Para ello, una vez que la Sala Electoral sentenció el caso y suspendió los efectos de la decisión administrativa que impedía la realización del referendo, la fórmula política que se utilizó para despojar a la Sala Electoral de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electoral respectiva, en la que era juez natural, fue recurrir a la figura del avocamiento. Debe recordarse que entre las innovaciones más destacadas de la Constitución de 1999 en materia judicial, había estado la creación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), como Jurisdicción Electoral con competencia exclusiva en materia contencioso electoral (art. 297), lo que implicaba que las decisiones del Consejo Nacional Electoral solo podían ser revisadas por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, y por ninguna otra de sus Salas.

Como el avocamiento entre Salas del mismo Tribunal Supremo evidentemente que no era procedente, pues como se ha dicho, ninguna de las Salas es ni puede ser superior a las otras, solo violando la Constitución podía la Sala Constitucional

(16) Véase lo que por nuestra parte hemos expuesto sobre la referida sentencia Nº 566 de 2004 en: BREWER-CARÍAS, Allan R. "La Sala Constitucional versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política". *Los Libros de El Nacional*. Colección Ares, Caracas, 2004, p. 109 y ss.

avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como la Sala Electoral, como precisamente lo hizo en la citada sentencia Nº 566 del 2004. Por ello, el magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, señaló con razón que:

> "Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras"(17).

En todo caso, ante la situación política existente, la única fórmula que existía para poder despojar a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electorales en la que era juez natural, y en la cual ya había suspendido los efectos del acto administrativo impugnado que impedía la realización del referendo revocatorio, era que la Sala Constitucional se avocara al conocimiento de la misma, tal como se le había solicitado, sobre lo cual, incluso la misma Sala Electoral, en sentencia Nº 27 del 29 de marzo de 2004, había sido enfática en considerar que el mencionado avocamiento era:

> "a todas luces, inadmisible o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (Vid. Sentencia N° 806 de fecha 24 de abril de 2002, caso Sintracemento), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente (...)"(18).

Sin embargo, la Sala Constitucional, mediante sentencia que fue anunciada el 31 de marzo de 2004 (y que luego resultó ser la sentencia Nº 566 del 12 de abril de 2004), decidió avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral antes mencionada que se había iniciado con la impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral Nº 040302-131 del 2 de marzo de 2004, para lo cual en resumen consideró que la regulación en materia de referendo que había sido emitida por el Consejo Nacional Electoral, y que no era precisamente el acto impugnado en la causa, había sido dictada en ejecución directa e inmediata

(17) Véase la referencia en Ibídem, p. 138. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>.

(18) Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/Marzo/27-290304-X00006.htm>.

del artículo 72 de la Constitución, lo que implicaba que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, conforme al criterio de la Sala Constitucional, correspondía entonces a la misma.

Sin embargo, la realidad era que el avocamiento por la Sala Constitucional del juicio de nulidad contra actos administrativos de efectos externos (Resolución) y de efectos internos (Instructivo) del Consejo Nacional Electoral no era posible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos correspondía a la Sala Electoral como Jurisdicción contencioso electoral. Ello implicaba que la Sala Constitucional, en forma alguna podía llegar a tener competencia para controlar la constitucionalidad e ilegalidad de dichos actos administrativos, dado su rango sublegal y dado que sus atribuciones como jurisdicción constitucional, en cuanto a juicios de nulidad, estaban limitadas al conocimiento de la inconstitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, de las leyes, de los actos con valor de ley y de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que tienen, por tanto, rango de ley. Los actos impugnados en el caso debatido ante la Sala Electoral, sin duda alguna, no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa. Como la propia Sala Constitucional lo había decidido en sentencia precedente Nº 806 del 24 de abril de 2002, Caso: Sintracemento, "para avocarse al conocimiento de un asunto **se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente**".

En este caso, ello no se daba, y además, se trataba de un avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo, lo que evidentemente que no era procedente, pues ninguna Sala es superior a las otras; por lo que solo violando la Constitución podía la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como era la Sala Electoral[19].

(19) El magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, en efecto señaló con razón que: "Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras". Véase el texto del Voto Salvado en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>.

El resultado de todo este proceso, en todo caso, fue que la posibilidad de realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, quedó sometida a lo que había resuelto el Consejo Nacional Electoral, al rechazar firmas que respaldaban la solicitud de referendo revocatorio del mandato presidencial, sometiéndose a los ciudadanos a intensas presiones políticas y gubernamentales, pues en definitiva, lo que constitucionalmente era el simple ejercicio de un derecho ciudadano de peticionar, a los ojos y oídos del poder político y del Gobierno se había convertido en una afrenta contra el Presidente de la República y contra todos los órganos del Estado, dispuestos a vengarla contra más de tres millones de venezolanos que habían osado solicitar la convocatoria de un referendo, y que quedaron marginados de toda posible relación con el Estado, incluso para el ejercicio de sus más elementales derechos(20).

Conforme a la sentencia Nº 566 del 12 de abril de 2004, lo que puede decirse, aparte de todas las inconstitucionalidades antes comentadas, es que fue el inicio de la doctrina de la posibilidad para la Sala Constitucional de avocarse al conocimiento de procesos que cursen en otras Salas del Tribunal Supremo, pero limitada a que se hiciera "en aras de mantener la supremacía constitucional", cuando en los mismos se "contraríe los postulados constitucionales", y "siempre que 'el objeto de dichas causas se refieran a violaciones directas e inmediatas de la Constitución'. De manera que lo único nuevo de esta decisión en materia de avocamiento, en realidad, fue permitir que la Sala Constitucional pudiera avocar al conocimiento de causas que cursasen ante otras Salas del propio Tribunal Supremo, pero siempre conservando el principio de la afinidad de la competencia, por razón de la materia, en el caso concreto, y exclusivamente para preservar los postulados constitucionales, garantizar la supremacía constitucional y en casos de violaciones directas a la Constitución. Es decir, la Sala consideró que cuando se tratase de "garantizar la supremacía constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia", y "constatada una situación que contraríe los postulados constitucionales", entonces debía avocarse al conocimiento del asunto, "sin importar que se trate de una Sala de este Tribunal quien conoce la causa, siempre que haya necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución".

(20) Sobre todo lo anteriormente expuesto, véanse los comentarios a dichas sentencias en BREWER-CARÍAS, Allan R. "La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política". En: *Los Libros de El Nacional*. Colección Ares, Caracas, 2004, p. 136 y ss. Véase el análisis detallado de esta sentencia en ibídem, p. 155 y ss.

V. LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2004, POSITIVIZANDO LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO POR PARTE DE TODAS LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y LA COMPETENCIA EXCEPCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL, RESPECTO DE CAUSAS CURSANTES ANTE LAS OTRAS SALAS

La doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional hasta 2004, tanto en materia de consagración de la potestad de todas las Salas, y no solo de la Sala Político Administrativa, para avocarse al conocimiento de causas que cursaban ante los tribunales de instancia (inferiores), como en cuanto a la consagración de la competencia de la Sala Constitucional para avocarse al conocimiento de causas que cursaban ante otras Salas del mismo Tribunal Supremo, fue recogida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004[21] en la cual, en efecto:

En primer lugar, conforme a su artículo 5.1.48, se le asignó competencia de todas las Salas para poder solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse en las materias de su respectiva competencia al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente, precisándose que dicha potestad debía ser ejercida "con suma prudencia y solo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido" (art. 18). Esta extensión del avocamiento como competencia de todas las Salas fue, en realidad, siguiendo la doctrina jurisprudencial precedente, la gran innovación en la materia en la Ley Orgánica de 2004, lo que a pesar de ser contrario a las garantías judiciales del juez natural y del debido proceso en general, sin embargo, podía considerarse como un instrumento procesal de primera importancia para precisamente asegurar esos derechos cuando pudieran ser violados, es decir, garantizar la justicia en procesos en los cuales la misma hubiera sido subvertida. Por eso, la prudencia exigida por la Ley, pues de lo contrario, el avocamiento podía configurarse como el más injusto de los instrumentos procesales precisamente para acabar con la justicia.

(21) Publicada en *Gaceta Oficial.* Nº 37.942 de 19/05/2004.

Pero en **segundo lugar**, además de haber extendido la facultad de avocamiento a todas las Salas, respecto de causas que cursen en "otro tribunal" de instancia (distintos por tanto al propio Tribunal Supremo), la Ley Orgánica siguiendo también la doctrina judicial precedente, atribuyó en particular a la Sala Constitucional la facultad de avocarse "al conocimiento de una causa determinada, cuando se **presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución** de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala" (art. 5.1.4). Esta "excepcional potestad de avocamiento", como lo explicó la misma Sala Constitucional, en la sentencia Nº 3015 del 14 de octubre de 2005 (Caso Banplus),

> "se encuentra consagrada en virtud de las altas funciones que como órgano protector y defensor de la constitucionalidad tiene atribuida, la cual en determinados casos por ser de cierta trascendencia al mundo jurídico o al conglomerado nacional puede reservarse su conocimiento con carácter de exclusividad, previa verificación de ciertos desórdenes procesales que ameriten el control de esta Sala por la presunta vulneración de principios jurídicos fundamentales"[(22)].

En esta forma, las causas que cursan ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia en definitiva quedaron a la merced de la Sala Constitucional, la cual puede subvertir el orden procesal, pero sin embargo, solo cuando presuma "fundamentadamente" la violación de principios constitucionales. No se trata, en este caso, solo de que pueda haber "graves desórdenes procesales" o "escandalosas violaciones al ordenamiento" que incluso, acumulativamente, perjudiquen "ostensiblemente", "la imagen del Poder Judicial"; "la paz pública"; "la decencia", o "la institucionalidad democrática", como es el caso de la competencia general en materia de avocamiento de las otras Salas, sino en la necesidad de que la Sala Constitucional, en relación con otras Salas, tenga necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución al constatarse una situación que contraríe los postulados constitucionales.

Sin embargo, la realidad es que la Sala Constitucional no siempre ha utilizado la potestad de avocamiento para la protección del orden público constitucional, o de los principios fundamentales de la Constitución, sino que en muchos casos la ha utilizado para otros fines, en evidente desviación de poder, como por ejemplo ocurrió entre 2006 y 2009, al haberse utilizado la figura del avocamiento,

(22) Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/3015-141005-05-1840.htm>.

por ejemplo, respecto de unos juicios contencioso administrativos y de amparo que mediante avocamiento en realidad lo que sucedió es que fueron paralizados mientras se implementaba una política pública nacional de nacionalización de la competencia "exclusiva" de los Estados en materia aeroportuaria que establece el artículo 164.10 de la Constitución de 1999, período durante el cual, la Sala incluso mutó la Constitución, usurpó la función legislativa, vació los juicios de objeto, y terminó confiscando bienes de propiedad privada. Esto sucedió a raíz de la sentencia de la Sala Constitucional Nº 1502 del 4 de agosto de 2006 (Caso: Consorcio Unique/ Estado Nueva Esparta)(23), mediante la cual la Sala se avocó *de oficio* al conocimiento de las varias acciones de amparo constitucional y contencioso-administrativas de nulidad relativas a la terminación de un contrato de concesión de servicios públicos para la gestión del Aeropuerto del Estado Nueva Esparta.

Para entender esta particular situación en este caso, es indispensable fijar sus antecedentes. En efecto, de acuerdo con el artículo 164.10 de la Constitución de 1999, una de las materias que se califica como de la "competencia exclusiva de los Estados" de la federación venezolana es "la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial (…)". Dicha competencia, desde 1989, ya correspondía a los Estados en virtud de que conforme al artículo 137 de la anterior Constitución de 1961 el Poder nacional se la había transferido a los Estados mediante la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989(24). Conforme a esa ley, además, la competencia la había asumido el Estado Nueva Esparta mediante la "Ley por la cual el Estado Nueva Esparta asume la Administración y mantenimiento de los Puertos y Aeropuertos Públicos de uso Comercial ubicados en su territorio" de 1991(25).

(23) Ver sentencia Nº 1502 del 4 de agosto de 2006 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1502-040806-05-1812.htm>.

(24) Véase artículo 11, "Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989". En: *Gaceta Oficial.* Nº 4153 de 28 de diciembre 1989. Véase sobre esta Ley: BREWER CARÍAS, Allan. "Bases Legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: el inicio de una reforma)". En: *Leyes para la Descentralización Política de la Federación.* Colección Estudios Legislativos, Nº 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 17. La Ley Orgánica se reformó posteriormente en 1993. Véase en *Gaceta Oficial*, Nº 35.327, de 28/10/1993.

(25) Véase la *Ley por la cual el Estado Nueva Esparta asume la Administración y el Mantenimiento de los Puertos y Aeropuertos Públicos de Uso Comercial ubicados en su Territorio.* Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta Extraordinaria de 31 de julio de 1991. Véase en Informe sobre la descentralización en Venezuela. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización, Presidencia de la República, Caracas, 1994, pp. 992- 997.

En ejecución de esas leyes y de la competencia exclusiva descentralizada, la Gobernación del Estado Nueva Esparta desde el año 1993 había decidido contratar, mediante concesión, la prestación del servicio aeroportuario y el mantenimiento y operación del Aeropuerto; y en 2004, luego de rescindido el primer contrato, decidió suscribir un nuevo Contrato de concesión (con el Consorcio Unique), mediante adjudicación directa conforme al artículo 23.4 de la Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos del Estado Nueva Esparta de 1997[26]. Posteriormente el contrato de concesión y el acto administrativo que le dio sustento fueron revocados[27] y luego "revividos"[28], habiendo sido impugnados los actos por vía de amparo y acciones contencioso administrativas de nulidad, y luego rescatada la concesión anticipadamente por el mismo Gobernador[29], conforme al artículo 53 de la Ley de promoción de la Inversión Privada mediante Concesiones de 1999.

Los juicios contencioso administrativos y de amparo que habían sido iniciados por el Consorcio Concesionario ante los tribunales competentes contencioso administrativos fueron los que fueron avocados, de oficio, por la Sala Constitucional en 2006, paralizándose el curso de los mismos, no sin antes acumular a las causas un nuevo recurso de nulidad contencioso administrativo ejercido directamente ante la Sala ordenando la tramitación de todos los procesos acumulados[30], para terminar tres años después, en 2009, declarando "agotado el avocamiento"[31], y remitiendo los autos para la decisión de las causas por los tribunales contencioso administrativos, en las que se pretendía el restablecimiento de la concesión. Sin embargo, era obvio que una vez vaciadas dichas causas totalmente de contenido y objeto, pues la Sala había "entregado" previamente el Aeropuerto al Poder Nacional, nada podían ya realmente decidir esos tribunales. La intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso, sin duda, constituyó un caso manifiesto de desviación de poder, pues como se verá, la Sala Constitucional se avocó sin tener competencia al conocimiento de recursos contencioso administrativos, sin basarse en violación de principios constitucionales

(26) Mediante acto administrativo motivado contenido en el Decreto 1188 de 26 de febrero de 2004, en *Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta,* Nº Extraordinario N° 284, de 26 de febrero de 2004.

(27) Véase Resolución Nº 0001-05 de 10 de junio de 2005, *Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta,* Nº Extraordinario E-443 de 10 de junio de 2005.

(28) Véase en *Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta,* Nº E-734 del 17 de julio de 2006.

(29) Véase *Decreto,* Nº 806 de 17 de julio de 2006, *Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta*.

(30) Véase sentencia Nº 313 del 6 de marzo de 2008 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/313-060308-05-1812.htm>.

(31) Véase sentencia Nº 155 del 4 de marzo de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/155-4309-2009-08-0864.html>.

algunos, para posteriormente, la misma Sala rehusar a pronunciarse sobre el fondo de las controversias a cuyo conocimiento se había avocado, suspendiendo en la práctica la tramitación de dichos recursos por un período de casi tres años, para finalmente declarar agotado el avocamiento sin realizarse tramite sustancial alguno en el marco de dichos procedimientos.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, además, al declarar "agotado" el avocamiento, le entregó la administración del Aeropuerto al Poder Nacional sin fundamento constitucional alguno, produciendo un nuevo vaciamiento del objeto de los recursos sometidos a su conocimiento, en lo que constituyó una usurpación evidente de la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de administración de aeropuertos conforme el artículo 164.10 de la Constitución de Venezuela. Una vez entregado el Aeropuerto al Poder Nacional, era evidente que ningún juez contencioso administrativo pudiera revertir dicha entrega. Lo que había ocurrido, en realidad, es que la Sala Constitucional había confiscado el aeropuerto y eliminado la competencia del Estado Nueva Esparta en la materia, y todo ello, realizado en el contexto de una política de Estado de reversión de la descentralización y apropiación de los aeropuertos nacionales por parte del Poder Nacional en desmedro de los poderes estatales.

Debe recordarse que para el momento en el cual se produjo el avocamiento, ya estaba en vigencia el mencionado artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, conforme al cual la posibilidad de avocamiento de causas por parte de la Sala Constitucional estaba confinada a casos en los cuales **se presumiera** "**fundadamente** la violación de principios jurídicos fundamentales" de orden constitucional. Sin embargo, en el caso de la sentencia 1502 de 2006, la Sala Constitucional no solo carecía de competencia para avocarse al conocimiento del recurso contencioso administrativo de anulación y para admitir y tramitar directamente otro recurso contencioso administrativo ejercido contra el Decreto Nº 806, ambos del Gobernador del Estado, sino que además, nada dijo en relación con los motivos de supuesta violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución que habría tenido para atraer las causas a su fuero. Solo mencionó la Sala el hecho de que en los casos "se encuentran involucrados intereses que guardan relación con el orden constitucional" dada la "utilidad" del Aeropuerto "para el interés público en razón del servicio que prestan y por la importancia en sí que representa para el Poder Nacional y para la colectividad la materia aeronáutica". Dichos motivos, por muy plausibles que pudieran haber sido, en realidad, nada tenían que ver con la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución exigidos legalmente para el ejercicio de esa excepcional facultad.

En el caso, en realidad, como se dijo, lo que ocurrió fue que la Sala Constitucional secuestró el conflicto judicial existente entre el Consorcio Concesionario y el Estado Nueva Esparta, para evitar que en el mismo se pudieran producir decisiones que pudieran reafirmar la competencia del Estado Nueva Esparta en materia aeroportuaria, y el eventual restablecimiento de la concesión al Consorcio Concesionario. Por ello, en este caso, las actuaciones de la Sala Constitucional lo que ponen es de manifiesto la **desviación de poder** con la que actuó, al utilizar, si ser competente, la facultad de avocamiento prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no para **preservar** la **supremacía constitucional**; sino para evitar que los tribunales competentes se pronunciaran sobre la nulidad de los actos emitidos por el Gobernador del Estado Nueva Esparta y, más allá, **para entregar definitivamente el Aeropuerto al Poder Nacional**; y al fin, rehusarse a pronunciarse sobre el fondo de los asuntos que atrajo para sí y, además, de manera progresiva y arbitraria, confiscar los derechos del Concesionario en el caso.

La institución del avocamiento para que las Salas del Tribunal Supremo se avoquen al conocimiento de causas que cursan en otros tribunales, es precisamente para eso, para que la Sala respectiva "se avoque" al conocimiento de un asunto, de manera que si se avoca no puede haber luego resolver no avocarse. No puede haber avocamiento para no avocarse. La Sala respectiva, luego de admitir la solicitud, solo podría decidir no avocarse cuando considere que el avocamiento es improcedente. No está previsto ni ha sido práctica de la Sala Constitucional, luego de decidir avocarse y asumir el conocimiento de una causa, pura y simplemente declarar "agotado" el avocamiento y remitir el conocimiento del juicio en el mismo tribunal ante el cual se tramitó antes de la intervención extraordinaria del Tribunal Supremo de Justicia.

Este proceder, solo se entiende cuando se ubica la decisión de avocamiento de la Sala Constitucional en este caso, en el marco de la política nacional ya definida de nacionalización de los aeropuertos. Ello se confirma si se observa que en paralelo al avocamiento, el Procurador General de la República a requerimiento del Ministerio del Ejecutivo Nacional con competencia en materia de aeropuertos, en junio de 2007 ya había intentado ante la misma Sala Constitucional un "recurso de interpretación" del artículo 164.10 que regula la competencia exclusiva de los Estados en materia de conservación administración y mantenimiento de los aeropuertos nacionales de uso comercial, para revertirla; y por otra parte, el Presidente de la República, había ordenado elaborar un proyecto de reforma constitucional en junio del mismo año 2007[32], que sometió ante la Asamblea Nacional

(32) El documento circuló en junio de 2007 con el título "Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Modificaciones propuestas". El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo

en agosto del mismo año[33], mediante el cual se buscaba atribuir al Poder Nacional (art. 156.27), la competencia para la conservación, administración y aprovechamiento de los aeropuertos de uso comercial, "nacionalizando" la competencia que el artículo 164.10 de la Constitución de 1999 atribuyó a los Estados en la misma materia.

La reforma constitucional fue rechazada por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007[34], por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164.10 quedó sin modificación, como competencia "exclusiva" de los Estados. Tan clara era la disposición que, precisamente por ello, se buscó reformarla mediante la rechazada reforma constitucional.

Sin embargo, en evidente fraude tanto a la Constitución como a la voluntad popular, y utilizando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[35], el Poder Ejecutivo logró burlar la voluntad popular y obtuvo de dicha Sala, respondiendo la mencionada solicitud del Procurador General de la República de una "interpretación constitucional" contraria a la norma, mediante una ilegítima

---

Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007. Véase la referencia en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007". En: *Colección Textos Legislativos*. Nª 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

(33) Véase el documento ya citado: Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez. Agosto, 2007; y la publicación Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas, agosto, 2007. Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)". En: *Colección Textos Legislativos*. Nº 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

(34) El proyecto de reforma constitucional solo recibió el voto favorable del 28 % de los votantes inscritos en el Registro Electoral. Aún hoy no se conocen los resultados definitivos de la votación en el referendo, pero si solo se toma en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral el día 2 de diciembre de 2007 en la noche, de un universo de más de 16 millones de electores inscritos, solo acudieron a votar 9 millones doscientos mil votantes, lo que significó un 44 % de abstención; y de los electores que votaron, solo votaron por aprobar la reforma (voto SI), 4 millones trescientos mil votantes, lo que equivale solo al 28 % del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral o al 49,2 % de los electores que fueron a votar. En dicho referendo, por tanto, en realidad, no fue que "triunfó" el voto NO por poco margen, sino que lo que ocurrió fue que la propuesta de reforma fue rechazada por el 72 % de los electores inscritos, quienes votaron por el NO (50,7 %) o simplemente no acudieron a votar para aprobar la reforma.

(35) Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)". En: *Revista de Administración Pública*. Nº 180, Madrid, 2009, pp. 383-418.

"mutación constitucional" sin que se reformara formalmente y a través de los mecanismos regulares el texto de la Constitución[36]. Ello ocurrió mediante la sentencia Nº 565 del 15 de abril de 2008[37], en la cual, la Sala Constitucional estableció que la competencia exclusiva antes mencionada que tienen los Estados en materia aeroportuaria, ya no era una competencia exclusiva, sino concurrente y sujeta a la voluntad del Ejecutivo Nacional, el cual podría intervenirla y reasumirla, como hizo respecto de todos los aeropuertos. Para dictar la sentencia mencionada, la Jurisdicción Constitucional no solo desconoció el principio de la supremacía constitucional que se impone a todos los órganos del Estado, incluyendo al juez constitucional, sino que ejerció ilegítimamente su potestad de interpretación de la Constitución para modificarla sin alterar su texto.

Después de una ilegítima "mutación constitucional" de esta naturaleza realizada mediante una interpretación vinculante que trastocó el orden jurídico, como lo dijo la propia Sala, se "genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente". Por ello no pudo la Sala Constitucional concluir en otra forma que no fuera advirtiendo "de oficio y por razones de orden público constitucional, (…) que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente", para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que "proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión[38], en orden a establecer una

(36) Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aun cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase: NAVA GOMAR, Salvador O. "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos". En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). *Interpretación Constitucional*. Tomo II, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 804 y ss. Véase en general sobre el tema, HESSE, Konrad. "Límites a la mutación constitucional". En: *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(37) Véase sentencia de la Sala Constitucional Nº 565 de 15 de abril de 2008 "(Caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999)". En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>. Véanse los comentarios sobre esta sentencia en BREWER-CARÍAS, Allan R. "La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La 'Reforma' de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional". En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 29-51.

(38) De ello resulta, según la sentencia, "la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación".

regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias".

Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por ella misma(39), por lo que la Asamblea Nacional, siguiendo el mandato de la sentencia de la Sala Constitucional, efectivamente sancionó el 17 de marzo de 2009, una "reforma" parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público(40), con la cual se modificó el régimen constitucional de la competencia estadal eliminando las competencias exclusivas de los Estados establecidas en los ordinales 3 y 5 del artículo 11 de dicha Ley. Además se agregaron dos nuevas normas en las cuales se dispuso que "el Poder Público Nacional por órgano del Ejecutivo Nacional, podrá revertir por razones estratégicas, de mérito, oportunidad o conveniencia, la transferencia de las competencias concedidas a los estados, para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general, conforme con lo previsto en el ordenamiento jurídico y al instrumento que dio origen a la transferencia" (art. 8); y que "El Ejecutivo Nacional, por órgano del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá decretar la intervención conforme al ordenamiento jurídico, de bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos para su conservación, administración y aprovechamiento, a fin de asegurar a los usuarios, usuarias, consumidores y consumidoras un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales, fundamentales para la satisfacción de necesidades públicas de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad" (art. 9). Con ello se completó el fraude constitucional dispuesto por la Sala Constitucional, trastocándose el régimen federal.

De lo anterior resultó entonces que la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Nº 155 de fecha 4 de marzo de 2009 declarando "agotado" el

(39) En cierta forma ocurrió lo que Néstor Pedro Sagués calificó como una "manipulación interpretativa", que lamentablemente puede conducir a la "perversión" de la Constitución. Véase: PEDRO SAGÜÉS, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución*. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 2. En este caso, lo que ocurrió fue que la Sala Constitucional una vez el por voluntad popular fue rechazada una reforma constitucional (2007), hizo que la norma de la Constitución de 1999 que se quería reformar, en virtud de su sentencia lo que se quería que dijera con la rechaza reforma. Y ello sin posibilidad alguna de control. Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R. "*Quis Custodiet* Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación". En: *Revista de Derecho Público*. Nº 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7-27.

(40) Véase la "Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de marzo de 2009". En: *Gaceta Oficial.* Nº 39.140, del 17 de marzo de 2009.

avocamiento mencionado de las causas contencioso administrativas sobre la concesión del aeropuerto del Estado Nueva Esparta, se enmarcó en el contexto de una política expresa definida por el Poder Nacional de recuperar para sí la administración y control de los puertos y aeropuertos cuya administración se encontraba conferida exclusivamente y por mandato constitucional a los Estados.

Con base en todo ello, por tanto, unas semanas después, el Presidente de la República en Consejo de Ministros dictó el Decreto Nº 6.646 de 24 de marzo de 2009(41), donde se autorizó al ministro entonces del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda (Infraestructura, en todo caso), para que constituyera una empresa del Estado bajo la forma de sociedad anónima, que habría de denominarse "Bolivariana de Aeropuertos", cuyo objeto principal sería "el acondicionamiento, mantenimiento, desarrollo, administración, explotación y aprovechamiento del conjunto de instalaciones, bienes y servicios que comprende la infraestructura aeronáutica civil propiedad de la República Bolivariana de Venezuela" (42). Con ello, en esa misma fecha, el Ejecutivo procedió a revertir al Poder Nacional el manejo de los aeropuertos de los estados Táchira, Miranda, Zulia, Carabobo, Anzoátegui(43), con excepción precisamente del aeropuerto del Estado Nueva Esparta, el cual había sido ya entregado al Poder Ejecutivo Nacional

(41) Decreto Nº 6.646 de 24 de marzo de 2009, en Gaceta Oficial Nº 39.146 de 25 de marzo de 2009. En: <http://www.pgr.gob.ve/dmdocuments/2009/39146.pdf>.

(42) Véase Resolución del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda designando una Comisión de Enlace para la Entrega, Manejo y Control del Aeropuerto Internacional del Caribe "General en Jefe Santiago Mariño", en: *Gaceta Oficial.* Nº 39,143 de 20 de marzo de 2009, en: *Gaceta Oficial.* Nº 39.143 de 20 de marzo de 2009, Acuerdo de la Asamblea Nacional, por el cual se autorizó la "reversión" al Poder Ejecutivo Nacional de los bienes que constituyen la infraestructura de los aeropuertos que allí se mencionan en *Gaceta Oficial.* Nº 39.145 del 24 de marzo de 2009, en: *Gaceta Oficial* Nº 39.145 de 24 de marzo de 2009 , Acta constitutiva de la Sociedad Anónima Bolivariana de Aeropuertos (BAER), en: *Gaceta Oficial* Nº 39.233 de 3 de agosto de 2009 y Resolución que declara la reversión inmediata al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano de este Ministerio, de los bienes que conforman la infraestructura aeronáutica civil ubicada en el Estado Anzoátegui, así como también las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento que sobre los mismos se ejercen, en *Gaceta Oficial* Nº 39.342 de 8 de enero de 2010. Nueva Espartaecho referenciaa del Estado "la via interpretatoiva uno de los asesores principales en la ley !sala porpuesta

(43) La sentencia Nº 155 de 4 de marzo de 2009, en este aspecto argumentó que "con el fin de garantizar la prestación continua, pacífica e ininterrumpida de los servicios aeroportuarios del Estado Nueva Esparta, y ante la incapacidad de las partes de asumir el control de las instalaciones aeroportuarias, dada la situación de conflictividad que existe entre ellas y que se manifiesta a través de las causas que se encuentran pendientes de resolución; y visto que el Poder Nacional tiene como Máxima Autoridad garantizar la paz social y la preservación del interés general de la colectividad, así como la competencia en la prestación de los servicios públicos, ordena la entrega de las instalaciones aeroportuarias al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura (...)".

mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Nº 155 de 4 de marzo de 2009[44].

De todo lo anterior, la única explicación del "avocamiento para no avocarse" de la Sala Constitucional, no es otra que evitar que los tribunales competentes contencioso-administrativos pudieran llegar a pronunciar en los juicios de nulidad contra actos administrativos del Estado Nueva Esparta, pudieran ratificar la competencia de los Estados en la materia aeroportuaria, y pudieran eventualmente, en el caso concreto, restituir la concesión del aeropuerto en cuestión a la empresa concesionaria demandante. A fin de cuentas, en ejecución de una política de Estado, la intención final fue poner al Ejecutivo nacional, contra la Constitución, en posesión del aeropuerto, lo que efectivamente hizo la Sala Constitucional sin competencia alguna para ello.

La sentencia Nº 155 de 4 de marzo de 2009, en definitiva, privó a ambas partes –al concesionario y al Estado de Nueva Esparta– de su pretensión de administrar el aeropuerto, de manera que cuando ambas partes requirieron de la Sala Constitucional que señalara si la entrega de los aeropuertos al Ejecutivo nacional era o no una medida cautelar, la Sala emitió una nueva sentencia (aclaratoria) Nº 1044 de 23 de julio de 2009, precisando que la referida entrega **estaría supeditada a la resolución del juicio contencioso administrativo pendiente**. No obstante debiendo entenderse, en todo caso, que "los efectos de la sentencia Nº 155, del 4 de marzo de 2009, no abarcan las decisiones que el Ejecutivo nacional pueda dictar en materia de aeropuertos". Ello lo que significó fue, en definitiva, que por voluntad de la Sala Constitucional, la administración del aeropuerto estaba supeditada a las decisiones que el Ejecutivo nacional adoptara, independientemente de las resultas del juicio contencioso administrativo pendiente, y que no habían sido otras que no fuera la reversión general de la administración de todos los aeropuertos de los Estados, y que ya podían considerarse medidas irreversibles. En ese caso del aeropuerto del Estado Nueva Esparta, anticipándose incluso a la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Descentralización de 17 de marzo de 2009, fue entonces la sentencia Nº 155 de 4 de marzo de 2009 de la Sala Constitucional, la que entregó su manejo y control definitivo al Poder Ejecutivo Nacional para que lo administrara a través del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura. Así, fue la Sala Constitucional la que en definitiva, sin competencia alguna de orden constitucional o legal para ello, procedió a "nacionalizar" el aeropuerto y entregar sus instalaciones al Poder Ejecutivo

(44) Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Nº 155 de 4 de marzo de 2009, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/155-4309-2009-08-0864.html>.

nacional, despojando a la empresa concesionaria de sus derechos, de manera irreversible, pues evidentemente ejecutó una clara política de Estado definida desde el año 2007 por el Presidente de la República. Ante esta realidad, ningún tribunal ordinario contencioso administrativo parecería que podría tener poder para revertir la entrega del aeropuerto al Ejecutivo nacional.

De lo anterior resulta que la actuación de la Sala Constitucional, en este caso, fue esencialmente contraria a la ley y abusiva, al utilizar la figura del avocamiento para conocer de unos procesos para lo cual carecía de competencia, paralizar unos juicios contenciosos administrativos de nulidad, y vaciarlos de contenido y objeto. Indudablemente que el avocamiento está previsto en el ordenamiento jurídico, pero el mismo tiene una limitante esencial, y es que para que la Sala del Tribunal Supremo pueda decidir avocarse al conocimiento de una causa, **tiene que tener competencia material afín a la del tribunal que lleva la causa**; y tratándose de la Sala Constitucional, solo puede estar fundamentada en violaciones de principios fundamentales de orden constitucional o en resguardo del orden público constitucional(45).

VI. LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD DE AVOCAMIENTO DE TODAS LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2010 Y SUS SECUELAS

La orientación establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, y la jurisprudencia precedente, fue también recogida en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2010, que es la actualmente vigente(46), disponiéndose entre las competencias comunes de todas las Salas del Tribunal Supremo, la posibilidad de solicitar de oficio o a petición de parte "en las materias de su respectiva competencia", algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto en los casos que disponga la ley (Art. 31.1). También dispuso la Ley Orgánica en su artículo 25.16, la competencia de la

(45) Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R. "La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad". En: *Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2009, pp. 319-362.

(46) "Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia". En: *Gaceta Oficial.* Nº 39.483 de 9 de agosto de 2010. Sobre dicha Ley orgánica, véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. "Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales". En: Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández Mendible. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 7-164.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para "avocar las causas en las que se presuma violación al orden público constitucional (art. 26.16), tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme". Ello, conforme a la "doctrina vinculante" de la inicial sentencia Nº 566 de 14 de abril de 2004[47], solo debía ocurrir, "atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados" en la causa correspondiente, para "preservar la correcta administración de justicia", y lograr que "se garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales"[48]. Por tanto, de acuerdo con el principio legal, la Sala Constitucional solo podría avocarse, en principio, del conocimiento de procesos constitucionales, como por ejemplo, de acciones de amparo; competencia que sin embargo se ha ampliado, como antes se dijo, respecto de todo proceso cuando se presuma que en el mismo hay "violación del **orden público constitucional**" (art. 25.16).

Con base en la evolución jurisprudencial antes reseñada y la consolidación de la potestad de avocamiento en la Ley reguladora del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional, ha seguido avocando procesos, en los cuales este poderosísimo instrumento para garantizar los principios constitucionales y corregir procesos en los que se ha cometido alguna inconstitucionalidad, en otros casos también se ha convertido en un instrumento que ha servido para la subversión del orden jurídico por parte de la propia Sala Constitucional. Otro ejemplo de ello, reciente ocurrió en 2011, al haber ordenado la Sala, previo avocamiento de un proceso penal, y mediante el supuesto ejercicio del control difuso de constitucionalidad, la desaplicación general de una norma legal vigente, aplicando en su lugar, no la Constitución, sino otra norma legal ya derogada; es decir, ante la imposibilidad de ordenar en un proceso penal la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era mas gravosa a la libertad, reviviéndola mediante la desaplicación de la ley vigente más favorable y aplicable al caso, por vía de un supuesto control difuso de la constitucionalidad, pero con efectos *erga omnes*, pero sin embargo, sin aplicar "preferentemente" norma constitucional alguna.

(47) Sin embargo, como lo advirtió el magistrado Rondón Haaz en su voto salvado: "El fallo del que se difiere solucionó –en forma por demás desacertada– un caso concreto y analizó la potestad de avocamiento que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga al Tribunal Supremo de Justicia, pero no interpretó el contenido o alcance de norma, principio o valor alguno de rango constitucional, de modo que sus razonamientos para la resolución del caso de autos no gozan del carácter vinculante a que se refiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya finalidad, como revela el título y capítulo de la Constitución en donde se inserta la norma, es la protección y garantía de la Carta Magna".

(48) Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/566-120404-04-0475.htm>.

Ello fue lo que ocurrió, efectivamente, después de que la Sala Constitucional se avocó al conocimiento de una causa penal que cursaba ante la Sala Penal del mismo Tribunal Supremo, al dictar la sentencia Nº 794 de 27 de mayo de 2011[49], en la cual resolvió con "carácter vinculante para todos los tribunale de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia":

> PRIMERO: "desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010" y
>
> SEGUNDO, "la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* Nº 5.892, del 31 de julio de 2008 [que estaba derogada], y en el resto de los supuestos –actuaciones–, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal".

En ese caso, la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010 había despenalizado unos hechos en relación con la apropiación y distracción de recursos en materia bancaria, reformando la previsión de la Ley General de bancos de julio de 2008 que en cambio los penalizaba. Con esta sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo utilizó en forma ilegítima la figura del avocamiento para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal, con el objeto de distorsionar y utilizar en forma ilegítima tanto el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para fines distintos al establecido en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, como el control de constitucionalidad de las leyes, para usurpar la función legislativa, e impedirle al legislador realizar con libertad constitucional la política legislativa; resolviendo finalmente en abierta violación del principio constitucional del *in dubio pro reo* que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, disponer la inaplicabilidad general de una ley aplicable que beneficiaba a los procesados, y al mismo tiempo ordenar que fuese aplicada una ley ya derogada que los perjudicaba, y que

(49) Caso: Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html> . Véase los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. "El juez constitucional vs. el orden jurídico, al ordenar la desaplicación general de normas aplicables y la aplicación, en su lugar, de normas derogadas (O cómo el juez constitucional, ante la imposibilidad de ordenar la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era mas gravosa a la libertad, mediante la desaplicación por vía de control difuso pero con efectos erga omnes, de la ley más favorables aplicable al caso)". En: *Revista de Derecho Público*. Nº 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 2011, pp. 183-200.

fue ilegítimamente revivida. Y para ello, violando flagrante una garantía constitucional del debido proceso penal, la Sala Constitucional insólitamente invocó la protección de derechos fundamentales universales, apelando nada menos que al artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que buscaba asegurar la no impunidad en materia de genocidio o delitos de lesa humanidad, como si un delito en materia bancaria en un país determinado pudiese ser equiparado con esos delitos hacia los cuales, sin duda, fue que apuntó, apenas concluida la Segunda Guerra Mundial, el referido Pacto Internacional; lo que hace aún más absurda la sentencia.

Pero el uso ilegítimo de la potestad de avocamiento ocurrió de nuevo en relación con la impugnación ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo del resultado de la elección presidencial realizada el día 14 de abril de 2013, en medio del legado de odio y resentimiento políticos que dejó el fallecido presidente Hugo Chávez. Dicho proceso electoral fue para elegir a la persona que debía completar el período constitucional 2013-2019 que nunca pudo iniciar, por imposibilidad física, no solo porque como se informó, estaba ausente del país postrado en una cama de hospital en La Habana, sino porque como también se informó, estaba totalmente incapacitado para juramentarse el 10 de enero de 2013 como correspondía. Dicha elección terminó con el anuncio por el Consejo Nacional Electoral, sobre la base del 92 % (14,775,741) de los votos emitidos en el país, dando como ganador al candidato del Estado y del gobierno, quien además estaba en ejercicio de la Presidencia, Nicolás Maduro por un margen del 1.59 %, en relación a la votación obtenida por el candidato de la oposición, Henrique Capriles Radonski(50).

El resultado de la elección, y las dudas existentes sobre la limpieza del proceso electoral en su conjunto, incluido su manejo electrónico, llevó al candidato de la oposición y a diversas organizaciones, como era lo esperado, a cuestionar el resultado ofrecido, razón por la cual a los pocos días de la votación se presentaron diversos recursos contencioso electorales con el propósito de impugnar los resultados del proceso comicial, ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que era el tribunal competente conforme a la Constitución para conocer de los mismos(51).

(50) Los resultados ofrecidos fueron los siguientes: Henrique Capriles: 7,270,403 con 49.20 %; Nicolás Maduro: 7,505,338 con 50.80 %.

(51) A pesar de varios pronunciamientos públicos de la Presidenta del Tribunal Supremo, negado la posibilidad de revisiones, auditorías o cuestionamiento de las elecciones. Véase por ejemplo en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130417/para-la-presidenta-del-tsj-no-existe-el-conteo-manual>; y en: <http://globovision.com/articulo/presidenta-del-tsj-en-venezuela-el-sistema-manual-no-existe-se-ha-enganado-a-la-poblacion>.

Con fecha 20 de junio de 2013, y antes de que los recursos hubiesen sido admitidos por la Sala Electoral, la Sala Constitucional mediante sentencia Nº 795[52], **de oficio**, y solo basado en "notoriedad judicial", constató que ante la Sala Electoral se encontraban en sustanciación siete procesos contencioso electorales, en los expedientes identificados con los números AA70-E-2013-000025, AA70-E-2013-000026, AA70-E-2013-000027, AA70-E-2013-000028, AA70-E-2013-000029, AA70-E-2013-000031 y AA70-E-2013-000033, en los cuales se habían impugnado la referida elección del 14 de abril de 2013; procediendo de seguidas a avocarse al conocimiento de las mismas, para lo cual invocó el artículo 25.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, en el cual se definió, como se dijo, como "competencia privativa" de esta Sala Constitucional, la de "avocar las causas en las que **se presuma violación al orden público constitucional**", incluso de las que pudieran estar conociendo otras salas, siempre que no hubiera recaído sentencia definitivamente firme.

Se trató, como tantas veces se ha dicho, y lo identificó la Sala en la sentencia, del uso de una "extraordinaria potestad, consecuente con las altas funciones que como máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental" se han asignado a esta Sala Constitucional, reconociendo que:

> "el avocamiento es una figura de superlativo carácter extraordinario, toda vez que afecta las garantías del juez natural y, por ello, debe ser ejercida con suma prudencia y solo en aquellos casos en los que pueda verse comprometido el orden público constitucional (véase sentencias números 845/2005 y 1350/2006)".

Tal como se ha visto, la norma legal que autoriza el avocamiento es, sin duda, clara, y de aplicación estricta por la excepcionalidad de la potestad, al exigir como motivo para la avocación que "se presuma violación al orden público constitucional" para lo cual, lo mínimo que se requiere, es que la Sala haya tenido previamente conocimiento del expediente de la causa para poder deducir que puede haber una presunción de violación del orden público constitucional. Si la Sala Constitucional ni siquiera ha visto el expediente, no puede presumir nada, y menos aún por "notoriedad judicial" alguna. No hay otra fórmula para avocarse que no sea como consecuencia del estudio de los expedientes, del cual resulte dicha presunción de "violación al orden público constitucional", no pudiendo proceder el avocamiento por cualquier otro motivo, ni siquiera que el tema debatido tenga importancia nacional.

Pero por lo visto del texto de la sentencia, esta limitación legal no tuvo importancia alguna para la Sala Constitucional en este caso de la elección presidencial

(52) Véase en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>.

de abril de 2013, habiéndose anunciado en la sentencia, en forma *contra legem*, simplemente que la Sala:

> "*no solo hará uso de esta facultad en los casos de posible transgresión del orden público constitucional*, ante la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos o con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios, sino también cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional, esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones o que las pretensiones que han generado dichos procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos".

Es decir, la Sala Constitucional, en esta sentencia, ignoró la Ley Orgánica, y expresamente argumentó que el texto de la misma no la limitada, decidiendo, sin haber tenido conocimiento de las causas, pues no había revisado los expedientes, que podía haberse estado haciendo uso indebido de medios jurisdiccionales para la resolución de conflicto, concluyendo con la afirmación de que su poder de avocación podría ejercerse ilimitadamente, por cualquier motivo de interés general, como (i) la "posible transgresión del orden público constitucional", (ii) "la ocurrencia de acciones de diversa índole en las cuales se podría estar haciendo uso indebido de los medios jurisdiccionales para la resolución de conflictos", (iii) "con el fin de evitar el posible desorden procesal que se podría generar en los correspondientes juicios", (iv) "cuando el asunto que subyace al caso particular tenga especial trascendencia nacional", (v) cuando dicho asunto "esté vinculado con los valores superiores del ordenamiento jurídico, guarde relación con los intereses públicos y el funcionamiento de las instituciones" o (vi) "que las pretensiones que han generado dichos procesos incidan sobre la institucionalidad democrática o el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente sus derechos políticos".

Todo ello es esencialmente contrario a lo que dispone la norma atributiva de la competencia para el avocamiento, la cual no autoriza en forma alguna a que mediante avocamiento, la Sala pretenda fundamentar una potestad universal para "aclarar las dudas y agenciar los procesos previstos para darle respuesta a los planteamientos de los ciudadanos y garantizar el ejercicio de sus derechos." Ello no está autorizado en norma alguna, por lo que los párrafos siguientes de la sentencia no pasan de ser pura retórica vacía, al afirmar la Sala que:

> "Así pues, la jurisdicción constitucional en la oportunidad respectiva debe atender al caso concreto y realizar un análisis en cuanto al contrapeso de

> los intereses involucrados y a la posible afectación de los requisitos de procedencia establecidos para la avocación, en los términos expuestos, con la finalidad de atender prontamente a las posibles vulneraciones de los principios jurídicos y los derechos constitucionales de los justiciables.
>
> De esta manera, la competencia de la Sala establecida en la referida disposición viene determinada, como se expuso, en función de la situación de especial relevancia que afecte de una manera grave al colectivo, en cuyo caso, la Sala podría uniformar un criterio jurisprudencial, en aras de salvaguardar la supremacía del Texto Fundamental y, así, el interés general.

Luego la Sala, para seguir buscando cómo justificar un avocamiento que era a todas luces improcedente, apeló a un supuesto "criterio consolidado" de la Sala, citando las sentencias números 373/2012 y 451/2012), según el cual "especialmente en los asuntos litigiosos relacionados con los derechos de participación y postulación, se encuentra vinculado el orden público constitucional," razón por la cual, al decir de la Sala, "en el caso de autos", es decir de la impugnación de las elecciones del 14 de abril de 2013, argumentó que:

> "con mayor razón, existen méritos suficientes para que esta Sala estime justificado el ejercicio de la señalada potestad, pues ha sido cuestionada la trasparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deduce la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que reviste cualquier juzgamiento que pueda emitirse en esta causa".

De esto, lo que resulta no es otra cosa que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia podrá ser despojada, cuando se quiera, de su competencia en materia contencioso electoral, por decisión de la Sala Constitucional, a su arbitrio, cada vez que ocurra la impugnación de unas elecciones.

Con base en lo antes indicado, y solo con base en ello, mediante la mencionada sentencia Nº 795 de 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional declaró que: "de oficio, en tutela de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas, del interés público, la paz institucional y el orden público constitucional, así como por la trascendencia nacional e internacional de las resultas del proceso instaurado", se avocaba al conocimiento de las siete contencioso electorales antes referidas, agregando:

> "así como cualquier otra que curse ante la Sala Electoral de este Máximo Juzgado y cuyo objeto sea la impugnación de los actos, actuaciones

> u omisiones del Consejo Nacional Electoral como máximo órgano del Poder Electoral, así como sus organismos subordinados, relacionados con el proceso comicial celebrado el 14 de abril de 2013”[53].

De todo ello, la Sala Constitucional entonces ordenó a la Sala Electoral que le remitiera todas y cada de las actuaciones correspondientes, no antes de avocarse al conocimiento de un asunto como lo exige la Ley Orgánica, sino después de haberse avocado.

Analizada globalmente, esta decisión de la Sala Constitucional, la misma implica, entre otros aspectos, lo siguiente:

> Primero, que la Sala Constitucional, materialmente vació de competencias a la Sala Electoral en materia de impugnación de elecciones, violando la Constitución, al avocarse en este caso para conocer de impugnaciones a un proceso electoral presidencial. De la decisión tomada en este caso, y de su motivación, resulta que cualquier impugnación de elecciones que se produzca en el futuro, va a implicar el mismo interés general alegado por la Sala Constitucional, y podrá ser avocado por esta[54], con lo cual la competencia constitucional de la Sala Electoral para conocer de esos asuntes quedará vaciada de contenido.
>
> En segundo lugar, en el caso concreto de los expedientes judiciales contencioso electorales de impugnación de la elección presidencial de 2013, que estaban ante el juez natural para conocer de ellos, la Sala Constitucional tendrá que comenzar decidiendo sobre la admisibilidad de los recursos, pues ninguno de los cuales al momento del avocamiento había llegado a ser admitido judicialmente.
>
> En tercer lugar, para adoptar las decisiones sobre admisibilidad, los Magistrados de la Sala Constitucional que participaron en las decisiones de 9 de enero de 2013 y de 8 de marzo de 2013[55], debían proceder

(53) Véase en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html>.

(54) Como lo ha dicho la profesora Cecila Sosa G., ex presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: “La Sala Constitucional por sentencia de 20 de junio de 2013 borró el artículo constitucional 297 al resolver que esa Sala no estaba en condiciones para sentenciar las demandas de nulidad de las elecciones celebradas el 14 de abril de 2013”, en “La auto implosión de un Tribunal,” publicado en Panorama.com.ve, 28 de junio de 2013, en: <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>.

(55) Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional y la demolición del principio democrático de gobierno. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela impuso arbitrariamente a los ciudadanos, al inicio del periodo constitucional 2013-2019, un gobierno sin legitimidad democrática, sin siquiera ejercer actividad probatoria alguna, violentando abiertamente la Constitución”, en: *Revista de Derecho Público*. Nº 133, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

a inhibirse de conocer de los juicios avocados[56]. En esas sentencias, esos mismos Magistrados, ante la ausencia del Presidente Chávez del país y su posterior fallecimiento, resolvieron instalar en el ejercicio de la Presidencia de la República al Sr. Nicolás Maduro, a quien además, la Sala Constitucional había autorizado a ser candidato a la Presidencia de la República sin separarse del cargo de Vicepresidente, razón por la cual en los recursos contencioso-administrativos intentados se cuestionó la forma cómo el Sr. Maduro ejerció la Presidencia de la República desde el 8 de diciembre de 2012 hasta el 14 de abril de 2013;

En todo caso, como resulta de los antecedentes analizados, seguramente en este caso nada sucederá, de manera que los recursos de nulidad quizás ni siquiera lleguen a ser admitidos con la celeridad debida; y quizás ni siquiera se produzca inhibición alguna. Si por el contrario, si los recursos llegasen a ser admitidos, la conducta desarrollada en este avocamiento por la Sala Constitucional sugiere que los expedientes ya se encontrarían decididos de antemano[57].

En realidad, la sentencia de avocamiento de la Sala Constitucional no es sino una muestra más de la actuación de un órgano del Estado, no sujeto a control alguno, que se ha colocado por encima de la Constitución y la ley, que muta y reforma la Constitución a su antojo y libremente; que reforma las leyes sin limite; que las interpreta *contra legem*; que se inventa poderes por encima de la propia Constitución, como el de controlar ilimitadamente a las otras salas del Tribunal Supremo; que confisca bienes; que impone presidentes sin legitimidad democrática; y que hasta controla la actuación de los tribunales internacionales declarando sus sentencias inejecutables y hasta "inconstitucionales"[58]. Con esta sentencia de avocamiento, además, ahora, abiertamente, puede decirse que en materia de control judicial todo en Venezuela depende de la Sala Constitucional, y que todo ella lo controla, y además, dirige.

(56) Véase José Ignacio Hernández G., "¿Por qué la Sala Constitucional le quitó a la Sala Electoral las impugnaciones?", en: <http://www.venetubo.com/noticias/%BFPor-qu%E9-la-Sala-Constitucional-le-quit%F3-a-la-Sala-Electoral-las-impugnaciones-R34977.html>.

(57) Como también lo ha dicho la profesora Cecila Sosa G., ex Presidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: "Estos expedientes ya están sentenciados, y no hay nada que esperar de la Sala Constitucional", en: "La auto implosión de un Tribunal" publicado en Panorama.com.ve, 28 de junio de 2013, en <http://m.panorama.com.ve/not.php?id=72067>.

(58) Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. "El ilegítimo 'control de constitucionalidad' de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia Leopoldo López vs. Venezuela, 2011". En: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

CRÓNICA

VII
VIII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

Tuvo lugar entre el 22 y el 24 de noviembre de 2012 en Santiago de Chile, organizado por la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, que preside el Dr. José Luis Cea Egaña.

Participaron las siguientes academias: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina); Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia; Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales; Academia Colombiana de Jurisprudencia; Academia de Derecho de Honduras; Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua; Academia Peruana de Derecho; Academia Portorriqueña de Jurisprudencia y Legislación; Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación; Academia Asturiana de Jurisprudencia; Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares; Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada; Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación; Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Valladolid.

El trabajo consistió en la presentación de ponencias y su posterior debate en torno a tres ejes temáticos:

1) Disciplina fiscal, disciplina monetaria y regulación del comercio internacional.

2) Derecho y neurociencia.

3) Nuevas formas de representatividad democrática.

Los representantes peruanos fueron el Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, presidente de la Academia Peruana de Derecho y el académico de número Dr. Carlos Cárdenas Quirós.

VIII
CEREMONIA REALIZADA EN MADRID, ESPAÑA, CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA PERUANA DE DERECHO DE LOS DOCTORES JESÚS LÓPEZ MEDEL Y JESÚS GONZÁLES PÉREZ COMO ACADÉMICOS HONORARIOS

Aprovechando de un viaje que realizó a Madrid el Dr. Carlos Cárdenas Quirós, académico de número y miembro del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho, se realizó una ceremonia en coordinación con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la misma que tuvo lugar el 22 de abril de 2013.

El acto se realizó en el Salón de Presidentes del local de la Real Academia, en el marco de la sesión semanal del Pleno de Académicos de esa corporación, bajo la presidencia del profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León. En la mesa de honor acompañaron al presidente, el vicepresidente don José Antonio Escudero López, así como del secretario general don Rafael Navarro Valls.

Acudió un apreciable público integrado por académicos de número y correspondientes, autoridades gremiales y universitarias, profesores, familiares de los homenajeados y público en general.

La sesión se inició con las palabras de bienvenida del presidente, quien refirió el motivo de ella y expresó su complacencia por las distinciones que iban a ser impuestas a dos distinguidos académicos de la corporación, uno académico de número (don Jesús González Pérez) y el otro académico correspondiente (don Jesús López Medel). Acto seguido cedió la palabra al doctor Carlos Cárdenas Quirós, vocal del Consejo Directivo de la Academia Peruana de

Derecho, quien en representación de esta, leyó el discurso preparado al efecto en el que se refirió a las calidades personales y académicas de los profesores a ser incorporados como honorarios de la Academia Peruana, así como a la historia de esta corporación y de su antecedente: la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación.

Después de su intervención se procedió a la imposición de medallas y entrega de diplomas a los profesores González Pérez y López Medel, luego de lo cual cada uno de ellos pronunció las correspondientes palabras de agradecimiento.

El acto se cerró con la intervención del presidente de la Academia española, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien se refirió, entre otros aspectos, a los lazos que lo unen con la Academia Peruana de Derecho y su condición de honorario de ella, recordando la visita que hizo a Lima con motivo de su incorporación.

Conviene mencionar que el diario ABC de Madrid dio cuenta de la realización del acto y del motivo de este.

IX
CEREMONIA REALIZADA EN ROMA, ITALIA, CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA PERUANA DE DERECHO DE LOS DOCTORES ANDREA PROTO PISANI Y PIETRO RESCIGNO COMO ACADÉMICOS HONORARIOS

Aprovechando de un viaje que realizó a Roma el Dr. Augusto Ferrero Costa, académico de número y vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho, se realizó una ceremonia que tuvo lugar el 26 de junio de 2013 en la Accademia dei Lincei. En dicha ocasión el Dr. Ferrero hizo entrega de los diplomas e impuso la medalla de nuestra Academia a los doctores Andrea Proto Pisani y Pietro Rescigno. Los discursos que pronunció el Dr. Ferrero figuran en cada una de las ponencias de los nuevos académicos honorarios italianos.

Al final de la ceremonia el Dr. Rescigno pronunció las siguientes palabras: "L'Accademia peruviana di giurisprudenza ha voluto, ad iniziativa dell'illustre collega Augusto Ferrero Costa, riservare l'onore della cooptazione a due Soci dell'Accademia nazionale italiana dei Lincei, Andrea Proto Pisani, emerito di diritto processuale civile dell'Università di Firenze, e Pietro Rescigno, emerito di diritto civile della Sapienza Università di Roma, che qui esprime a nome di entrambi la sincera soddisfazione e il sentito gradimento per l'appartenenza al Sodalizio culturale che ha sede a Lima.

Il vincolo ideale con l'Accademia peruviana conferma e consolida i rapporti di stima e collaborazione, nel quadro di una antica e profonda amicizia, con studiosi che in Italia hanno ricevuto parte della loro formazione scientifica e con i giuristi italiani mantengono un costante dialogo che giova al reciproco arricchimento. In primo luogo debbono menzionarsi i colleghi Ferrero Costa e Fernandez Sessarego: del primo ho curato con vivo apprezzamento il prologo all'ultima

edizione del ‘Trattato delle successioni’ che concilia l’esigenza di modernità con la larga conoscenza storica degli istituti, e altresì il rigore formale con la chiarezza dell’esposizione; del secondo mi è caro ricordare il comune lavoro di lettura ed interpretazione del codice civile peruviano con particolare riguardo alla materia dei soggetti e dei diritti della personalità.

Esprimo ancora i sentimenti di affettuosa devozione per la Istituzione ed i colleghi che con benevolenza hanno deciso di aggregarci alla loro Accademia”.

X
FALLECIMIENTOS

Durante el período cubierto por este Anuario (2012-2014) se produjo el sensible fallecimiento de dos miembros de nuestra corporación: don Juan Chávez Molina, académico honorario, quien falleció el 5 de agosto de 2013, y don Mario Pasco Cosmópolis, académico de número, quien falleció el 1 de marzo de 2014. La Academia dispuso la publicación de los correspondientes avisos de defunción en el diario *El Comercio.*

XI
ENCUENTRO CONMEMORATIVO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONFERENCIA PERMANENTE DE LAS ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

Del 5 al 7 de mayo de 2014 tuvo lugar en Granada, España, un acto académico para conmemorar el vigésimo aniversario de la fundación de la Conferencia o Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. La Mesa Permanente nació en la ciudad de Granada, España, en 1994, gracias al impulso de quien fuera presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, don Eduardo Roca Roca. Al fundarse esta entidad se declaró como misión fundamental de la misma "Promover, fomentar y consolidar el respeto a los Derechos Humanos y al Estado de Derecho, en conformidad a los principios y fines de las Naciones Unidas, así como establecer instrumentos de colaboración recíproca, para el fortalecimiento de la confraternidad entre los académicos que las integran, de la difusión de la cultura jurídica y de la función social que les son propias".

Asistieron los presidentes de 12 academias españolas: Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Granada, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Murcia, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza. De América asistieron los presidentes de 9 academias: Buenos Aires (Argentina), Córdoba (Argentina), Bolivia, Chile, Colombia, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela.

En este certamen se acordó reelegir por un período adicional de tres años al presidente de la Conferencia, don Luis Moisset de Espanés. En el contexto de los fines de la misma, el presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, don Luis Cova Arría, solicitó que la Conferencia se pronuncie

sobre los problemas que enfrenta Venezuela, muchos de ellos vinculados con los derechos humanos y el Estado de derecho. Después del correspondiente debate y de la conformación de un comité de redacción, en el cual estuvo presente nuestra academia por intermedio de su presidente, se emitió el siguiente pronunciamiento:

> "Granada, 7 de mayo de 2014
>
> Con motivo de la comunicación efectuada por el señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, don Luis Cova Arría, quien manifiesta la difícil situación jurídica venezolana en los tiempos actuales, la Conferencia de Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, expresa su preocupación al respecto, valora de manera especial el magisterio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, entendiendo que la paz social por todos deseada solo puede alcanzarse dentro del marco del Estado de Derecho, la división de los Poderes y el respeto absoluto de los derechos humanos (firma) Luis Moisset de Espanés".

La Conferencia de Academias Iberoamericanas es una institución muy sólida y que ofrece muchas posibilidades para que las academias puedan establecer vínculos de colaboración y alcanzar una mayor visibilidad y vigencia que la que hoy poseen.

ANEXO FOTOGRÁFICO

XII
VIII CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

Foto oficial de los Presidentes y Académicos participantes en el VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica realizado en Santiago de Chile del 22 al 24 de noviembre de 2012.

Cena ofrecida por el Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, doctor José Luis Cea Egaña. En la foto se observa al doctor Cea Egaña, al Académico de Número de la Academia Peruana, doctor Carlos Cárdenas Quirós, y al Presidente de la Academia Peruana, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

El Presidente de la Academia Peruana de Derecho, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, y el Académico de Número, doctor Carlos Cárdenas Quirós, con el doctor Luis Moisset de Espanés, Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.

XIII
INCORPORACIONES

El Presidente de la Academia Peruana de Derecho y el doctor Rogelio Pérez Perdomo, con ocasión de la incorporación de este a la Academia el 13 de agosto de 2012.

Acompañan al doctor Rogelio Pérez Perdomo, incorporado como Académico Honorario, el Presidente de la Academia, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, y los Académicos de Número, doctores Fernando de Trazegnies Granda y Felipe Osterling Parodi.

El Presidente de la Academia Peruana de Derecho, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena imponiendo la medalla de la Academia al Profesor italiano Michele Taruffo, el 29 de octubre de 2012.

El doctor Baldo Kresalja Rosselló dando lectura a su discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho, el 25 de octubre de 2012.

Ceremonia de incorporación de los Profesores Jesús González Pérez y Jesús López Medel como Académicos Honorarios de la Academia Peruana de Derecho. Salón de Presidentes de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 22 de abril de 2013. En la foto aparecen, de izquierda a derecha, el Académico de Número, D. Carlos Cárdenas Quirós; el Vicepresidente de la Real Academia, D. José Antonio Escudero; el Presidente, D. Luis Díez Picazo; el Secretario General, D. Rafael Navarro Valls; y el Profesor D. Jesús López Medel.

El doctor Augusto Ferrero Costa, Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho, en la ceremonia de incorporación a la Academia de los Profesores Pietro Rescigno y Andrea Proto Pisani, celebrada en Roma el 26 de junio de 2013.

El doctor Alfredo Bullard González dando lectura a su discurso de incorporación a la Academia, el 22 de octubre de 2013.

XIV
ENCUENTRO CONMEMORATIVO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONFERENCIA PERMANENTE DE LAS ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

Grupo de Presidentes de Academias en el patio del Tribunal de Justicia de Granada, con ocasión del Encuentro conmemorativo del vigésimo aniversario de la Conferencia Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.