



JUDICATUS

Revista del Poder Judicial
del Estado de Nuevo León

A large, stylized, metallic-looking graphic of a scale of justice is centered in the background. The scales are tilted, and the entire graphic has a 3D effect with shadows and highlights. The background is a light, textured surface.

JUDICATUS

PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Número de reserva de título
En derechos de autor:
04-2001-021213581900-30

Certificado de licitud de título y contenido:
Aprobado por la SEGOB
el 30 de junio del 2000

ISSN en trámite

D.R. © Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente
Entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro, Monterrey,
Nuevo León
México, C.P. 64000

Judicatus es un publicación semestral y contiene artículos especializados de estudios jurídicos.
Editada por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

Impreso y hecho en México.

Se autoriza la reproducción total o parcialmente del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. Los trabajos publicados no expresan necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad de sus autores.

COMITÉ CIENTÍFICO

Director

Magistrado Lic. Francisco Javier Mendoza Torres
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo editorial

Dr. Hugo Alejandro Campos Cantú
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Leonardo Marrufo Lara

Diseño Editorial

Lic. Cecilia Elvira Arellano Luna

ÍNDICE

EDITORIAL	1
ESTUDIOS JURÍDICOS GENERALES	
1. Estudiar el <i>jus dicere</i> en el mundo globalizado Giorgia Pavani	3
2. Categorías esenciales del debido proceso: correlación entre acusación y sentencia; cambio de paradigma Juan Mendoza Díaz.....	75
3. Tecnología, Ciencia y Derecho Antonio Garrigues Walker.....	105
ESTUDIOS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS	
4. El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad Jorge Alejandro Amaya.....	113
5. Una reflexión sobre algunas invasiones que sufre la jurisdicción en España José Bonet Navarro.....	141
6. Extinción de las obligaciones por compensación: una futura regulación europea de evidente origen romano Alfonso Murillo Villar.....	183
ACTUALIDAD JURÍDICA	
7. Entrevista científica.....	223
8. Lectura recomendada	229
ANEXO.....	VII

EDITORIAL

La sociedad avanza a pasos vertiginosos y el Derecho no es ajeno a ello, debe responder a los nuevos paradigmas de esta. En su edición número 10, *Judicatus* se integra por una serie de investigaciones que nos invitan a reflexionar sobre algunos de estos temas de actualidad, así como de figuras jurídicas que a pesar del tiempo, se mantienen, con pequeñas adecuaciones, pero conservando su esencia.

Es así que en la sección “Estudios jurídicos generales”, contamos con el magistral trabajo de la Dra. Giorgia Pavani, quien nos invita a estudiar la función judicial no desde un enfoque de su estructura, sino de una manera más abierta, como ella señala, “a nivel macro-comparativo”. La autora hace un análisis del trasfondo histórico, evidencia la separación entre *ius* y *justitia*, expone la pluralidad de soluciones que existen respecto a “dar justicia” – desde la vertiente de la justicia indígena y religiosa – así como la expansión del poder judicial, concluyendo con las tendencias actuales del funcionamiento de la justicia.

El siguiente artículo que conforma la sección predicha ha sido realizado por el Dr. Juan Mendoza Ramírez, quien nos explica los nuevos paradigmas en torno al proceso penal acusatorio – desde los puntos de vista normativo, jurisprudencial y doctrinario, así como de derecho comparado –, las reformas que se han venido suscitando al respecto, y que si bien es cierto, pareciera un tema sencillo, el doctor nos muestra que en la práctica resulta complejo y polémico.

La injerencia del ordenamiento legal en los ámbitos de la tecnología y la ciencia resulta trascendental hoy en día, el prestigiado jurista Antonio Garrigues Walker nos comparte algunas reflexiones y plantea una serie de ideas básicas a considerar en este sentido, en donde es enfático al señalar que debe existir un equilibrio estructural entre las implicaciones éticas y legales, respecto a las nuevas tecnologías y la ciencia. Lo cual responderá a los nuevos retos a los que la sociedad se enfrenta.

La sección “Estudios jurídicos especializados” se conforma por tres artículos. Uno a cargo del Dr. Jorge Alejandro Amaya, quien nos expone el debate histórico sobre la “última palabra constitucional”, el cual, como concluye en su trabajo, continúa presente. En este, manifiesta cómo este ha ido evolucionado a nivel internacional, centrándose en la justicia de la República Argentina – pues el autor es originario de esta nación –. Nos lleva a reflexionar sobre la importancia de

los controles de constitucionalidad y convencionalidad, la jurisprudencia de la CIDH, así también sobre los conceptos tales como la supremacía constitucional y el neo-constitucionalismo, en un sistema jurídico.

El segundo artículo se trata de un tema de actualidad que debe ser debidamente estudiado. El Dr. José Bonet Navarro nos concientiza con su texto a mantener la integridad de la potestad jurisdiccional en su sentido puro, para una tutela judicial adecuada, en donde se debe evitar la invasión competencial de los otros poderes, el monitorio ordinario, así como las medidas alternativas, entre otros, de aquella. Nos deja ver que existe una línea muy delgada la cual puede ser invadida, en donde queda poco para que “empiece a creerse que quienes no son jueces y magistrados son idóneos también para satisfacer el derecho a la tutela “judicial” efectiva. Concluye su artículo con dos propuestas para una tutela judicial adecuada. Sin duda, un texto de gran envergadura, totalmente imprescindible.

Para concluir con esta sección, el Dr. Alfonso Murillo Villar se centra en mostrarnos con datos fehacientes que la figura de la composición, como un modo de extinción de las obligaciones – medio alternativo de pago –, y cuyos orígenes se remontan al derecho romano, aún sigue vigente hoy en día, armonizada, incluso, en proyectos de índole internacional. Se centra, principalmente, en los del derecho común europeo.

En lo que respecta a la sección “Actualidad Jurídica”, en la entrevista científica, contamos con la participación de la Dra. Marisol Anglés Hernández, con el tema “El sistema de justicia mexicano y la protección del medio ambiente”.

Finalmente, se presentan algunas fuentes jurídicas actuales, que seguro estoy serán de interés para el lector. Con ello, una vez más, se cumple con el propósito de *Judicatus*, incentivar la investigación y divulgación científico-jurídicas.

Magistrado Francisco Javier Mendoza Torres
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

ESTUDIAR EL *JUS DICERE* EN EL MUNDO GLOBALIZADO*¹

GIORGIA PAVANI

PROFESORA TITULAR DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
UNIVERSIDAD DE BOLOGNA

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Trasfondo histórico. 3. *Iurisdictio*. 4. Perfiles teóricos: poder judicial y función judicial. 5. “Dar justicia”: pluralidad de soluciones. 6. La organización de la magistratura en occidente. 7. Tendencias actuales del *jus dicere* en el mundo globalizado. 8. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de los temas relacionados sobre los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, los del poder judicial, a menudo, no se encuentran en los manuales de derecho constitucional/público comparado. Son raros los casos de análisis comparativo y transversal, y cuando existe es revisado, prevalentemente, desde la perspectiva histórica y con referencia a los dos modelos de organización de la justicia (francés-europeo y anglosajón).

De hecho, dependiendo del enfoque del manual sobre los principales temas de derecho comparado (más o menos “eurocéntrico”) y del tipo de sistema adoptado (intra-cultural o inter-cultural), el estudio del poder judicial puede limitarse al análisis del derecho constitucional de origen occidental y explicar la imitación difusa en sus componentes formales; o, en cambio, puede observar el derecho constitucional desde una perspectiva diferente, sin disminuir, sin embargo, la importancia de la tradición occidental, enfatizándola en un sentido histórico.

* Este ensayo reproduce los contenidos del capítulo intitulado “El Poder Judicial” que aparece en el segundo tomo del *Manual de derecho constitucional comparado*, coordinado por Lucio PEGORARO y Angelo RINELLA, publicado en Italia y en Argentina.

¹ PEGORARO, L. y RINELLA, A. *Sistemas constitucionales comparados...*

En los (pocos) manuales contemporáneos de derecho constitucional/público comparado, el enfoque eurocéntrico e intra-cultural es dominante, por el origen de la mayoría de los autores en el área cultural del constitucionalismo liberal. Las implicaciones sobre el apartado relativo al poder judicial, si hay, son obvias: se centra principalmente en la división clásica entre función judicial y administrativa dentro de un concepto de orden, de derivación occidental, vinculado a la noción tradicional de *rule of law*, separación de poderes, actividad de control de los tribunales y la naturaleza vinculante de sus decisiones.

Un enfoque para un manual inter-cultural y menos eurocéntrico, basado en una comparación heterogénea y, por lo tanto, abierta, a nivel macro-comparativo, a formas de Estado y ordenamientos distintos, permite mapear la función judicial en áreas culturales profundamente diferentes, y elaborar más sobre la función – juzgar – que sobre la estructura. En este sentido, tiene la misma relevancia la descripción del funcionamiento de un tribunal estatal, de un fuero indígena (en el que los miembros son juzgados por su juez natural), del mito de los *panchayat* en la India (reintroducidos hoy en forma de autoridades administrativas), el *chotei*, sin que estas distintas manifestaciones de la “función judicial” estén necesariamente ubicadas dentro de una escala axiológica, ya que cada una de ellas tendrá su propio valor en el ordenamiento correspondiente.

En esta visión se ha escrito sobre el poder judicial que se propone en esta revista.

2. TRASFONDO HISTÓRICO

Summum ius, summa iniuria es una expresión conocida, incluso abusada, justamente porque expresa bien la perenne tensión entre deseo de justicia y “formas” de la misma; evidencia la separación entre *ius* y *iustitia*, que se entiende aún mejor en la frase de CELSO *Ius est ars boni et aequi*², o en la famosa síntesis de ULPIANO *Iuris praecepta sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*³. En el estudio de la organización de la justicia emergen más que en cualquier otro campo

² “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”: CELSO: I, 1, pr. D. *De iustitia et iure*, I, I.

³ “Los principios del Derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo”: ULPIANO: 1, 10, § 1, D. *De iustitia et iure*, I, I, y § 3, I.

las dificultades de compatibilizar la producción de reglas con su aplicación en los casos concretos; antes, resulta la contraposición entre Derecho como sistema que incluye reglas éticas, religiosas, filosóficas, culturales, tradicionales, convencionales, contractuales, sociales, idóneas para guiar la conducta humana, o como sistema que expulsa esas reglas, para basarse solo en el procedimiento y el respeto a normas establecidas por los órganos correspondientes.

El derecho comparado refleja esta dicotomía, más que nada, en los estudios históricos sobre ordenamientos que todavía no tenían concepciones contemporáneas del Derecho, desconectándolo de otras ciencias o creencias, y en los sincrónicos sobre concepciones no occidentales (como la justicia indígena, o la que se practica en el Islam o en las regiones orientales y del sur del mundo). Además del derecho romano, incluso el debate moderno y contemporáneo la refleja, pues abarca la tutela de los derechos (su “justiciabilidad”)⁴, el tema del control del poder y de las mejores formas para asegurarlo⁵. El problema organizativo (¿cómo hacer justicia?) sigue al teórico, filosófico, político (¿qué es la “justicia?”). Si con justicia se entiende “tratar a los iguales de la misma forma”, se ha dicho que los hombres son iguales solo frente a la muerte, representada, y no es una casualidad, como la “gran justiciera” que no hace diferencias; pero incluso, “¿qué justicia?”, porque no hay una sola⁶.

⁴ Para FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione...*, pg. 960, la jurisdiccionalidad es un principio garantista de carácter general: “(...) para que las lesiones de derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, se sancionen y eliminen, es necesario que esos derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en un juicio en contra de los responsables de la violación por acción u omisión”.

⁵ Es suficiente pensar en el conflicto entre el juez COKE, los STUART y el Parlamento.

⁶ Empieza con estas reflexiones BOBBIO, N. “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, en PIZZORUSSO, A. (ed). *L'ordinamento giudiziario...*, pg. 163. El mismo autor, en su *Prefazione* en PERELMAN, Ch. *La Giustizia...*, pg. 5, escribía que “quien tiene familiaridad con los textos clásicos del pensamiento jurídico, se sorprende de que una noción fundamental como la de justicia fuese, en todos los tiempos, tan poco analizada, al punto que si se quisiera reunir en antología (...) los análisis más famosos desde Platón hacia delante, no haría falta un volumen muy grande”. Incluso en contextos diferentes de la literatura jurídico-filosófica occidental que estudiaba BOBBIO, es difícil encontrar obras dedicadas a la justicia, incluso donde ella refleja el carácter filosófico-religioso de la sociedad (la referencia es al Islam, v. § 4.2).

En esta sección analizaremos sintéticamente el desarrollo del concepto de jurisdicción y de poder judicial, examinando algunas definiciones inevitablemente conectadas al pensamiento occidental, fruto de aquel constitucionalismo liberal que ha permitido al poder judicial alejarse de la autoridad regia y obtener cada vez más garantías de autonomía. Ello permitirá cuestionar posteriormente estas definiciones dentro del área occidental (donde aquel está sufriendo una erosión en distintos aspectos) y su validez hacia fuera (en otras áreas donde la exportación de la *western tradition* choca con realidades indígenas y otras tradiciones).

3. IURISDICTIO

Un análisis comparado de los sistemas judiciales resulta complejo en su vertiente sincrónica, y también diacrónica, pues en ambos casos la dificultad concierne la idea misma de justicia y su afirmación en perspectiva histórica.

3.1. *Iurisdictio* como parte del *imperium*

No hace falta buscarla en las primeras manifestaciones del pensamiento griego: no hay referencias a la *dikaioσύνη* (justicia-virtud), ni en Homero, ni en Hesíodo, quienes usaban otras palabras para describir y exaltar las virtudes de sus héroes. Solo más tarde la justicia fue definida como la “reina de las virtudes”⁷, pero desde el punto de vista organizativo se ha manifestado en formas y tiempos distintos: durante los periodos arcaico y clásico (700-300 a.C.), no existía un único sistema de justicia, pues las numerosas *póleis* se organizaban individualmente, con su forma de gobierno y de administrar aquella⁸. Incluso en época romana, la organización de la justicia ha evolucionado y cambiado en el tiempo; aunque la *iurisdictio* puede

⁷ Recuerda DEL VECCHIO, G. *La giustizia...*, pgs. 6 y ss., que ni siquiera entre los dioses del Olimpo existe justicia, pues ni Temis (consejera de Zeus) ni Dike (diosa de los juicios, hija de Temis y Zeus) se funden en un concepto parecido y mantienen ambas su identidad.

⁸ Diferente era el método de selección de los jueces, los poderes que se les atribuían, los niveles de cualificación requeridos, etc. En la época clásica, los monarcas que gobernaban en Macedonia actuaban como jueces; en Esparta el Poder Judicial era compartido por los dos soberanos y otros órganos; en Atenas las controversias estaban encomendadas a cortes formadas por un alto número de jueces; por el contrario, en Gortyn (isla de Creta) a un juez monocrático, etc. Vid. HARRIS, E.M. (voz). “Judges and Jurors in Ancient Greece”, en KATZ, S.N. (ed.). *The Oxford International...*, pgs. 401 y ss.

ser definida como “el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los que se les encomendaba en Roma la administración de la justicia civil (y desde el siglo III d.C., y con muchos límites de la penal también)”⁹, el mismo concepto ha sufrido muchas variaciones según las épocas de desarrollo del derecho romano y, sin duda, el concepto actual de jurisdicción no corresponde al de *iurisdictio* romana ni al de la edad intermedia (del derecho germánico al de la época precedente a Irnerio)¹⁰.

En general, la historia del derecho enseña que, inicialmente, la administración de la justicia no le correspondía al Estado. Los tribunales no eran organizados por este, ni las sentencias estaban conectadas a la coerción estatal; los primeros jueces actuaban como árbitros, sin autoridad, las partes podían no someterse al juicio y perseguir la venganza¹¹. Se recuerdan como testimonios de esta etapa los dibujos del escudo de Aquiles¹², las sagas islandesas; y considerados como ejemplos el periodo pre-carolingio y el procedimiento judicial de las *Doce Tablas*, cuando existían ya penas pecuniarias fijas, pero la víctima no tenía el deber de aceptarlas. En el área germánica también la jurisdicción estaba encomendada con procedimientos informales al jefe del grupo parental, al de la comunidad doméstica, al más mayor del pueblo; y en Rusia, los tribunales campesinos tenían raíces muy antiguas, solo limitadas por la legislación estatal posterior.

⁹ La noción clásica de *iurisdictio* es ajena a la justicia administrativa, a la luz de la relación de derecho público – y totalmente discrecional – entre Estado y particulares: vid. LUZZATTO, G.I., (voz). “Giurisdizione (storia), a diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto...*, pg. 190.

¹⁰ SCHWARZENBERG, C. (voz). “Giurisdizione (diritto intermedio)”, *Enciclopedia del Diritto...*, pg. 1.

¹¹ Se supone que en tiempos primitivos la justicia fuese administrada sin tribunales: “los criminales eran linchados, los ladrones cogidos en flagrante ahorcados tras un juicio sumario, las contiendas familiares servían para componer las disputas”, como lo recuerda VAN CAENEGEM, R.C. *Judges, legislators and...*, al principio de su *excursus* histórico-comparado desde la Edad Media hasta la Revolución francesa.

¹² En la *Iliada* de Homero se cuenta la historia de un juicio en uno de los primeros tribunales griegos, descrito en una de las escenas en el escudo de Aquiles, decorado por Hefesto, el herrero divino, donde los jueces tenían en sus manos el bastón del heraldo cuando se ponían de pie para declarar la sentencia (HOMERO, *Iliada*, 18.497-508).

Las sentencias en estos casos representaban una suerte de transacción¹³. Pero existían además tribunales militares, entonces de origen “estatal”, para evitar que en época de guerra hubiera conflictos, los cuales se transformaron en la justicia real, incluso en tiempos de paz. Conforme asumieron más realce las controversias entre personas de distintos grupos sociales, creció el papel de los tribunales externos a los grupos, es decir, lo que podría definirse como *ante litteram* “estatales”, formados o presididos por funcionarios, como el recordado caso de Roma¹⁴ o los elegidos entre el público, como p.e. los denominados *rachimburgii*, y solo sucesivamente por jueces nombrados de por vida (*scabino échevin*), como en el Reino franco de Carlo Magno o en Inglaterra tras la conquista normanda¹⁵. Solo al final de la Edad Media hubo un aumento de los jueces profesionales con cargos vitalicios, aunque eran seleccionados en un grupo reducido de personas (políticos, administradores, propietarios de tierras, etc.).

Incluso, la participación directa del pueblo en la justicia – aunque en una forma limitada, como ocurrió en Grecia y la antigua Alemania – fue eliminada progresivamente en favor de un mayor papel del juez profesional. El profesionalismo, desconocido hasta el siglo XII¹⁶, se convirtió en una

¹³ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie...*, pgs. 172 y ss.

¹⁴ El juicio romano del denominado *ordo iudiciorum privatorum* estaba dividido en dos fases: la primera – *in iure* – presidido por un magistrado al que pertenecía la *iurisdictio* y el segundo – *apud iudicem* – por el juez, individual o colegiado, que pronunciaba la sentencia. El órgano encargado de la *iurisdictio* por excelencia era el *praetor urbanus*, creado con las Leyes *Licinia Sextiae* que operaba en el foro, *pro tribunali* o, para las cuestiones de menor importancia, de plano, al que se añadieron a lo largo del tiempo otros órganos. En la fase inicial el juicio se enmarcaba dentro de un ritual establecido por la ley para los actos de la defensa privada. Posteriormente, evoluciona y se lleva a cabo *in iure*, ante un juez que supervisa el cumplimiento de las normas y el procedimiento de las palabras prescritas. Cfr. LUZZATTO, G.I. (voz). “Giurisdizione (storia), a) diritto romano”, *Enciclopedia del Diritto...*, pgs. 192 y ss.

¹⁵ Como lo afirmaba PAULO, 1. 78, D., *De iudiciis*, 5, I: *Iudicare munus publicum est* (“juzgar es un oficio público”).

¹⁶ V. § 5. El “juez profesional” tiene conocimientos jurídicos adquiridos en un recorrido formal de estudio. Aparece por primera vez a finales de la Edad Media en las altas cortes eclesiásticas: vid. ARMGARDT, M. (voz) “Judges and Juries in Medieval and Post-Medieval Roman Law”, en KATZ S.N. (ed.). *The Oxford International...*, pgs. 404 y ss. A mediados del siglo XIII, el rey Luis IX puso su *Parlement* en París y reemplazó las viejas ordalías y el duelo con un procedimiento más racional. Su ejemplo fue imitado por otros países, como Países Bajos,

característica de la Europa continental, en la cual “juzgar” se transformó en la actividad principal de una categoría de profesionales del derecho, a diferencia de Inglaterra, donde, incluso hoy, un pequeño conjunto de jueces muy cualificados (y bien pagados) se sitúa en la cumbre de la organización judicial, existiendo, sin embargo, todavía un alto número de jueces no profesionales sin una formación específica¹⁷.

Con el tiempo se refinan los procedimientos, y los juicios no solo conocen las disputas sino las deciden. Sobre todo, con referencia a la organización de los sistemas judiciales. Nuevas necesidades exigen una reorganización de los tribunales, o con la transformación de los asesores del rey en jueces independientes (Inglaterra), o con su transformación en tribunales de apelación en contra de las decisiones de los tribunales ordinarios (Francia, Imperio alemán), aunque todavía se mantuviese la jurisdicción personal del rey.

Si, desde la época romana hasta el absolutismo monárquico, la *iurisdictio* era parte del *imperium*, solo con el nacimiento del Estado en el sentido moderno es que se establece el concepto actual de jurisdicción y su relación consigo mismo, y solo con la propagación del constitucionalismo esta adquiere autonomía e independencia (principios, estos, consagrados en las constituciones).

3.2. *Iurisdictio* más allá del *imperium*: el poder judicial como corolario del principio de separación de poderes

En Europa, hay dos países que – a pesar de haber tomado caminos diferentes – han conseguido alcanzar la independencia del poder judicial: Inglaterra y Francia.

donde los juristas se reunieron al servicio de los condes de Flandes a finales del siglo XIII.

¹⁷ “Mientras que los tres tribunales de *common law* podían seguir adelante con doce jueces, el *Parlement* de París tenía cincuenta y uno hacia 1297, y 240 en el siglo XVIII. Mientras, habían sido creados doce nuevos *Parlements*, y el número total de miembros de estos trece tribunales de apelación había aumentado hasta más de 1200. En 1900 había en Francia entre 5000 y 6000 jueces; en Inglaterra (Tribunal Supremo, Tribunal de Apelación y Lores) cuarenta”; cfr. VAN CAENEGEM, R.C. *I signori del...*, pg. 116. Las estadísticas pueden ayudar a entender la dicotomía entre los dos modelos: véase STEIN, P. “Safety in Numbers: Sharing of Responsibility for Judicial Decision in Early Modern Europe”, en AA.VV. *Diritto e potere...*

En el mismo país en que la concentración de la jurisdicción en la autoridad real era mayor (Inglaterra), se reafirmó el principio de independencia de los jueces¹⁸; la elaboración jurisprudencial, producto de la razón, creó un derecho que se oponía a las costumbres locales y se alejaba de la autoridad del soberano. El rey ya no goza, indistintamente y de modo absoluto, de *Gubernaculum e Iurisdictio*, de acuerdo con la teoría de Henry DE BRACHTON; en la *iurisdictio*, el rey encontró los límites de la *lex terrae*, como había afirmado Sir Edward COKE, *Chief justice* de la *Court of Commons Pleas* ante Jaime I. Según COKE, las causas tenían que ser decididas por los tribunales y el rey, personalmente, no tenía ninguna jurisdicción. Estas creencias llevaron a la remoción de su cargo pero inspiraron la *Glorious Revolution* y las posteriores cartas que superaron el absolutismo real: el *Bill of Rights* de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701, que afirmaron la supremacía de la ley sobre cualquier poder administrativo y la independencia de los jueces. Algunos pensadores políticos de la época reforzaron estas teorías y contribuyeron al rechazo de la monarquía absoluta. En 1690, John LOCKE teorizó el principio de separación de poderes y afirmó la necesidad de confiar la función jurisdiccional a los jueces independientes, sin identificar al poder judicial como un poder autónomo¹⁹. La separación del rey, la observancia de la ley, la larga tradición y el respeto por la figura cultural del juez, así como el fuerte vínculo con la comunidad legal, a través de colegios profesionales de origen medieval (*Inns of Court*), permitió a aquellos adquirir el respeto y la autonomía.

La experiencia inglesa dejó a MONTESQUIEU consolidar el principio de separación de poderes con el reconocimiento de que el judicial es independiente, se encuentra separado del legislativo y el ejecutivo²⁰. De hecho, “en el pensamiento

¹⁸ La concentración de poderes se advirtió mucho en Inglaterra, gracias al activismo de la *Curia Regis* (que atrajo las causas a sí misma, en detrimento de los tribunales locales), los *Itinerant Judges* (que llevaban la justicia del rey a la periferia) y los *ntrits* (las órdenes de pago que permitían obtener justicia).

¹⁹ LOCKE, J. *Two Treatises of...*

²⁰ MONTESQUIEU, C. (de Secondat). *L'esprit des lois...*, cap. VI: “cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo del poder judicial el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad, porque existe el temor de que el monarca o el propio senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y el ejecutivo. Si estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; de hecho, el juez sería legislador.

jurídico moderno – de MONTESQUIEU – la función judicial se caracteriza por una doble distinción-oposición. Por un lado, la jurisdicción se opone a la legislación; y por otro, a la administración”²¹.

En Francia, la lucha contra el absolutismo y a favor de la independencia de los jueces se llevó a cabo con diferentes armas. La manera de administrar justicia en el período pre-revolucionario era diferente de la inglesa. El rey, a pesar de que fuera el referente, no tenía el monopolio en el ejercicio de una jurisdicción que, sin embargo, fue confiada a diversos sujetos, entre los que destacaban los *parlements* y los colegios judiciales nombrados por el rey. Estos tribunales, con el transcurso del tiempo, se hicieron cada vez más autónomos y llegaron a ejercer poderes casi normativos (por medio de los *arrêts de règlement*, normas generales y abstractas enunciadas por los *parlements*, a los que se estaban vinculados en caso de duda)²² y de control en relación con los actos normativos adoptados por el soberano (derecho de ratificación). A pesar de su empeño en la limitación del poder soberano, los parlamentos fueron uno de los símbolos del absolutismo a abatir durante la Revolución francesa. A diferencia de Inglaterra, donde la transición del absolutismo al Estado liberal fue poco traumática, en Francia fue necesario volver a establecer una nueva estructura institucional con una organización diferente de la justicia. Aunque los jueces representasen el pasado a eliminar, no fueron los verdaderos protagonistas de la renovación, sino la justicia en sí misma y la posibilidad de que la población accediera a ella de nuevas formas. Los privilegios de los cargos judiciales fueron abolidos en favor de la implantación de la gratuidad de la justicia; la designación real fue sustituida por

Si estuviere unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de ancianos, de nobles, o de personas ejercieran estos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las decisiones públicas y el de juzgar los delitos y controversias entre privados”.

²¹ GUASTINI, R. *Il giudice e...*, pg. 9.

²² Los parlamentos nacieron en el siglo XIII cuando, en París, la *Curia Regis* fue renombrada como *Parlamentum* y los jueces – nombrados por el rey de por vida – comenzaron a organizarse en sesiones de trabajo programadas. Posteriormente, en diversas partes del Reino, 12 parlamentos fueron creados en lugar de los anteriores tribunales de última instancia (el mismo Charles Louis de SECONDAT, Barón de MONTESQUIEU, fue miembro del Parlamento de Burdeos). Los miembros de los parlamentos se volvieron más activos y con frecuencia se enfrentaban con los soberanos, sufriendo a veces el exilio y la prisión.

la electiva (en las primeras constituciones revolucionarias de 1791, 1793 y 1795); sus acciones debilitadas por instrumentos como el *référé législatif* (que obligaba al juez a pedir la interpretación auténtica al legislador cuando el texto era oscuro) y de organismos como el Tribunal de Casación (directamente controlado por el gobierno).

Este *status* de los jueces se consolidó en la época napoleónica, con la aparición del positivismo jurídico y del código (el instrumento que exaltaba la ley, que sancionaba su supremacía entre las fuentes y relegaba al juez a mero portavoz de las prescripciones legislativas *bouche qui prononce les paroles de la loi*)²³, y la creación de una organización burocrática, de carácter jerárquico-piramidal, cuyo vértice era el Tribunal Supremo, que podía contar con jueces-funcionarios, enmarcados en varios niveles del aparato judicial-administrativo, sustancialmente dependientes del ejecutivo – la designación volvió a ser gubernamental por la Constitución del Consulado de 1799 –.

Formalmente separado de los otros poderes, el judicial era debilitado por un legislador omnipotente y por un ejecutivo que con rígidas estructuras burocráticas podía administrar y gobernar la justicia a través de un ministerio especial. El poder judicial era muy distante de la idea de trabajar como contrapoder frente al ejecutivo, como, paradójicamente, había hecho en parte con éxito en el *Ancien Régime* con la organización en *Parlements*.

El modelo francés (basado en la idea de una carrera pública y en la figura de un juez inserto en un cuerpo especializado del aparato público) circuló por Europa (Alemania, Italia, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca...) y otros continentes (especialmente, en América Latina). Las garantías de independencia se referían, por consiguiente, no tanto a la función (formalmente separada de los otros poderes, pero dominada por ellos), como al *status* del juez, reconocido en los textos constitucionales (Bélgica en 1830, España en 1876, Portugal en 1820, Italia en 1848...), que disfrutaba sustancialmente de la inamovilidad, aunque se preveía muy poco sobre sus carreras y sobre el cargo del Ministerio Público,

²³ Véase, MONTESQUIEU, C. (de Secondat), *L'esprit des lois...*, cap. VI. y cfr. cap. III, secc. I, § 1.1 y cap. V, secc. II, § 7.1.

todas materias de competencia ministerial²⁴.

Solo con las constituciones que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, el poder judicial ha recibido un reconocimiento nominal (utilizando el término “poder” la Constitución de Grecia en 1975, la de España en 1978 y la Ley Fundamental alemana de 1949) y sustancial (los jueces solo están sometidos a la ley de acuerdo con las constituciones de Italia en 1948, España en 1978, Dinamarca en 1953, Portugal en 1976, Japón en 1949, Rusia en 1993, etc.²⁵). Viene consagrado el principio de independencia en su lado externo (frente a otros poderes, en especial, el ejecutivo), que, en cualquier parte tiene como corolario la reserva de ley absoluta en materia de organización judicial y, en algunos países, se ha concretado con el establecimiento de órganos de autogobierno del poder judicial, interno (jueces elegidos entre ellos mismos, gracias a la ausencia de subordinación jerárquica) y sustancial (en el Estado constitucional la ley pierde la primacía de las fuentes y el propio legislador ya no es el dominador absoluto del marco institucional; los jueces no son meros traductores de la voluntad del legislador, sino intérpretes de la disposición de la ley a la luz de los principios constitucionales).

La previsión constitucional de las garantías de independencia del juez refuerza su posición imparcial en el procedimiento basado en tres sujetos y compensa la falta de consenso de las partes, típica del proceso²⁶. Incluso en países que han seguido el modelo británico, la estructura no burocrática del poder judicial no ha sido un obstáculo para la previsión del principio de independencia. Esta fue recibida en todas partes, especialmente en los EE.UU., donde – gracias a una

²⁴ V. § 5.1.2.

²⁵ En las anteriores constituciones de los estados socialistas, sin embargo, las referencias al pueblo trabajador y su protección por parte del juez prevalecían al principio de sujeción del juez a la ley. La Constitución china de 1982 garantiza la independencia de los jueces de interferencias externas, pero este principio debe ser contextualizado en un sistema en el que el poder reside en el pueblo y el poder judicial es su articulación funcional.

²⁶ La función institucional de “dar justicia” consiste, de hecho, en la resolución de los conflictos mediante la intervención de un tercero – el juez –, que, a diferencia de un árbitro, un mediador, etc., no es elegido por las partes. Esta falta de consenso se justifica entonces por la posición conferida al juez dentro del ordenamiento jurídico: vid. SHAPIRO, M. *Courts: A Comparative...*, pgs. 1 y ss.

Constitución escrita y al control judicial de la constitucionalidad de las leyes – el poder judicial se ha colocado al mismo nivel que el legislativo y ejecutivo²⁷. La distancia existente entre los dos modelos se ha acortado a partir de: el uso del precedente, la participación de jueces no pertenecientes a la función jurisdiccional, el uso de instrumentos alternativos en su actuación, la tutela de posiciones subjetivas frente a la administración pública, etc.

Históricamente, la muy diferente manera de interpretar la división de poderes y la capacidad de juzgar las actividades de la administración pública han marcado una división entre los modelos monista y dualista²⁸.

El primero – típico de los sistemas de corte anglosajón – proporciona(ba) un juez único cuyo control tiene carácter general y se refiere a cualquier tipo de controversia, incluso a aquellas en las que es parte la administración pública. El principio de supremacía de la ley – a la que son sometidos todos los organismos – no tiene excepciones para los poderes públicos, los cuales, si no operan en el respeto a la ley, son juzgados como el ciudadano de a pie. En los sistemas de *common law* la unidad de jurisdicción se vio favorecida por la doctrina, propensa a no distinguir entre derecho público y privado²⁹. Esta doctrina ha sido en parte superada e incluso estos países han acabado recurriendo a jueces especiales.

El segundo modelo – típico de la mayoría de los países que se inspiraron en Francia – prevé tribunales especiales para juzgar los casos en los que es parte la administración pública. Históricamente, la separación de la jurisdicción ordinaria nació con una ley de 1790 que prohibía a los tribunales ordinarios interferir en la actividad de la administración pública. Para permitirles recurrir contra los actos

²⁷ Un excursus histórico de la afirmación del poder judicial en Estados Unidos, dividido en tres épocas, se encuentra en NAGEL, R. F. (voz). “Judicial Power”, en KATZ, S. N. (ed.). *The Oxford International...*, pgs. 406 y ss.

²⁸ Para un cuadro comparativo de la justicia administrativa consulte FERRARI, G.F. (voz). “Giustizia amministrativa in diritto comparato”, *Digesto discipline pubblicistiche...*, pgs. 567 y ss.; y, más recientemente, a FERRARI, G. F. (ed.). *Atlante di Diritto...*, pgs. 393 y ss.

²⁹ Tesis que se encuentra en DICEY, A.V. *Introduction to the...*, a pesar de que fue posteriormente revisada por el propio autor y superada, por lo que hoy en día la existencia de un derecho administrativo en los países de *common law* es comúnmente aceptada: cfr. LEYLAND, P. *English Administrative Law...*

administrativos, se instituyeron una serie de recursos, que luego evolucionaron en una jurisdicción especial que giraba en torno al Consejo de Estado, y que posteriormente se extendió a muchos países de Europa continental de manera similar (Italia y Bélgica inicialmente confiaban el control a los tribunales ordinarios, aunque después, en 1889 y en 1946 cambiaron a favor del Consejo de Estado; España creó secciones *ad hoc* de la jurisdicción ordinaria; Alemania y Austria se caracterizaron por una jurisdicción separada; y en los países escandinavos Dinamarca, Islandia y Noruega no se distinguía entre la justicia ordinaria y administrativa, mientras que en Suecia sí)³⁰.

El menor prestigio del que, en principio, disfrutaba el juez-ejecutor francés respecto a su homólogo británico ha incidido sobre sus reglas como defensor de los derechos y libertades fundamentales, así como de controlador de los poderes públicos; reglas que, sin embargo, los tribunales británicos han construido con el tiempo gracias a una serie de instrumentos que afectan a la actividad administrativa (*prerogative orders*). Hasta la fecha, los tribunales administrativos han adquirido un *status* casi idéntico al de los ordinarios. Por otra parte, los ordinarios de los países pertenecientes al modelo británico han visto reducir gradualmente el radio de acción para intervenir por parte de los llamados *quasi-judicial bodies*, entes con poderes cuasi-judiciales competentes para los conflictos en la relación entre la administración pública y privada (*agencies, administrative tribunals*)³¹.

La tutela jurisdiccional ante la administración pública también está prevista en la República Popular de China (RPC), a pesar de que el art. 41 constitucional, durante mucho tiempo, la ha descartado porque entraba

Tanto en conflicto con el ordenamiento antilegalista de la Revolución cultural, que desaprobaba totalmente la aplicación de las disposiciones jurídicas en conflictos contra funcionarios y organismos públicos, como,

³⁰ En estos países, los tribunales administrativos han adquirido con el transcurso del tiempo una independencia totalmente comparable a la de los tribunales ordinarios y, por tanto, se separaron del ejecutivo. P. e. el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Administrativo austriaco) es un tribunal federal que tiene la tarea de velar por la legalidad de los actos administrativos; sus miembros son designados por el presidente federal bajo propuesta del gobierno federal y gozan del *status* jurídico de los magistrados de carrera; *idem* en Alemania.

³¹ V. § 6.2.1.

en general, con la concepción típica de los sistemas de democracia socialista para los cuales los empleados de la administración pública están al servicio del pueblo y no pueden cometer actos de violación de los derechos e intereses de los ciudadanos y las organizaciones sociales³².

4. PERFILES TEÓRICOS: PODER JUDICIAL Y FUNCIÓN JUDICIAL

La complejidad de las experiencias contemporáneas, junto con las enseñanzas que provienen del derecho antiguo, han permitido entender la dificultad de definir lo que es la jurisdicción y el poder judicial (en el sentido que se les ha dado después del nacimiento del Estado moderno y, especialmente, allí donde se ha aceptado la teoría de la separación de poderes) y cuáles son sus características distintivas en comparación con otras dos funciones fundamentales del Estado: legislación y administración.

De acuerdo con la enseñanza común, con la función legislativa, el Estado “establece” el marco jurídico, general y abstracto; con la administrativa el aparato del Estado proporciona concretamente la satisfacción de los intereses públicos; con la judicial se aplican las normas jurídicas (derecho objetivo) al caso concreto para proteger los derechos subjetivos. De ello se desprende que el principio de legalidad se plasma, concretamente, gracias a los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (el proceso) y a los sujetos responsables de dar certeza a la “seguridad jurídica”³³, es decir, la efectividad del mandato legislativo y la permanencia del Estado de Derecho. Esto es cierto, incluso en aquellos ordenamientos en los que la actividad interpretativa del juez tiene un reconocido carácter creativo, siempre que se adhiera al dogma de la superioridad del Parlamento y la primacía de la ley en el sistema de fuentes.

³² MAZZA, M. “La Cina”, en CARROZZA, P., DI GIOVINE, A. y FERRARI, G. F. (eds.). *Diritto costituzionale comparato...*, pg. 679.

³³ PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales...*, pgs. 224 y ss., para el cual la posibilidad de saber a qué normas atenerse es considerada una garantía frente al arbitrio.

La organización de los poderes públicos en órganos judiciales y administrativos, con competencias distintas, deriva, por tanto, de la teoría montesquieuiana de separación de poderes³⁴. Esto no significa que no exista un aparato estatal encargado de la resolución de conflictos y el mantenimiento del orden en lineamientos que no reconocen el principio de dicha separación, como las experiencias autoritarias han demostrado. Al contrario, los tribunales, en estos casos, permiten el control de la sociedad y son leales ejecutores del mandato legislativo, pero funcionan en ausencia de garantías de independencia.

Dicho esto, se puede definir al poder judicial como el conjunto de órganos que se encargan del ejercicio de la jurisdicción. El mismo término *iurisdictio*, cuya etimología indica la derivación de *ius dicere* (la indicación de la norma que se refiere al caso concreto, que el tribunal requiere de las partes; la identificación con el silogismo del juez que adapta la norma jurídica abstracta al supuesto concreto), enfatiza la actividad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pero resulta restrictivo resumir la función judicial solo como proceso cognitivo, tal y como inicialmente pretendía la doctrina procesalista (*iurisdictio in sola cognitione consistit*). La historia demuestra cómo la jurisdicción, en su aspecto dinámico representado por el proceso, se extiende también a la ejecución, al proceso voluntario, etc. Con el ejercicio de la función judicial se lleva a cabo la sustitución de una actividad pública por una ajena: “de la actividad *intelectiva* del juez a la actividad intelectual no solo de las partes, sino de todos los ciudadanos, que deben asegurar si existe o no una voluntad concreta de la ley *con referencia a las partes*” (cognición); “de la actividad material de los organismos del Estado a la actividad debida” (ejecución, pero no de la sentencia penal, ya que en este caso la aplicación definitiva de la voluntad decidida solo puede ser realizada por órganos públicos, por lo que “esta ejecución, en sí misma, no es jurisdicción”)³⁵. Este elemento de sustitución carecería en la actividad administrativa y permitiría definir la jurisdicción como una actividad secundaria, ejercida por órganos que no forman parte de los conflictos en que van a incidir, a diferencia de la administración que sería una actividad principal u originaria, directamente

³⁴ Sobre el poder judicial, AGUIAR, L. (ed.). *El Gobierno del poder...*; sobre la función judicial REBUFFA, G. *La funzione giudiziaria...*, cap. I, pgs. 1 y ss.

³⁵ CHIOVENDA, G. *Principi di diritto...*, pg. 296.

impuesta por la ley sobre los organismos públicos³⁶.

Más allá de esta primera didáctica reconstrucción de los conceptos generales en clave histórica, la literatura jurídica no ofrece soluciones ciertas para entender lo que diferencia a la jurisdicción, en particular, de la administración, excepto en lo que respecta al origen de la distinción. Esto se ha atribuido, por autores de escuelas diversas e incluso contrapuestas, a la lucha contra las pretensiones de dominio del monarca y a la limitación del poder absoluto del príncipe, y a su intromisión en la esfera de intereses considerada por el derecho civil y penal, quedando claro su dominio sobre aquella parte del aparato de autoridad estatal que estaba bajo las órdenes del monarca, en defensa de un interés considerado “público” (las relaciones exteriores, la organización militar, financiera, industrial, educativa, etc.). Competiéndole la legislación, era interés del monarca vincular también los tribunales independientes de él en una red de leyes que disciplinasen su estructura y acción, previamente reguladas por las costumbres y resoluciones autónomas³⁷: *sic lex, sic index*.

Entre los elementos distintivos, tratándose en ambos casos de “ejecución” de la ley, o de traducción de órdenes abstractas en preceptos concretos, aparecen principalmente las características de independencia y discrecionalidad.

La administración es dependiente y opera en el cauce de su discrecionalidad; la jurisdicción es independiente y su actividad se ve constreñida a rigurosas restricciones legales. De hecho, se ha observado cómo también la organización judicial está sometida al poder político (que dicta las reglas y, en muchos casos, regula sus órganos); al administrativo (el judicial debe someterse, aunque con excepciones, a las reglas discrecionales de la administración); al propio judicial (*inferior iudex non potest tollere legem superioris*)³⁸, es decir, el tribunal inferior sucumbe frente al superior. Por el contrario, incluso la administración sufre los límites de la legislación y mientras crea discrecionalmente Derecho, al mismo tiempo, se ve obligada por ello. Como escribe KELSEN al criticar la mitología de los “jueces-

³⁶ *Idem*.

³⁷ Así, p.e. KELSEN, H. “Justiz und Verwaltung”, *Zeitschrift für soziales...*, pgs. 1 y ss. en KELSEN, H. *Il primato del pgs.* 133 y ss.

³⁸ Textualmente: “El juez inferior no puede quitar la ley del superior”.

rey”, como él los llama, “la discrecionalidad no es nunca del todo libre (...) y nunca es del todo dependiente”³⁹; y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad de la jurisdicción. Se trata, por tanto, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos.

Un segundo carácter distintivo señalado, por otro lado, por solo parte de la doctrina (aunque autorizada) se conecta no con un perfil formal, sino material, es decir, con la circunstancia de que los objetivos del Estado sean perseguidos de modo directo o indirecto. En este segundo caso (cuando el Estado garantiza los objetivos que se propone a través de su aparato), entre jurisdicción y administración existen diferencias; en el primero, por el contrario, cuando el Estado se limita a garantizar el cumplimiento por parte de terceros de sus reglas, no: jurisdicción y administración coincidirían, ya que ambos aplican, especifican, concretizan y crean el Derecho⁴⁰.

Las características posteriores que según la doctrina caracterizan la jurisdicción se derivan, al menos en parte, por la sabiduría del derecho romano. Entre ellas:

- a) La naturaleza secundaria antes mencionada de la jurisdicción, o sea que su intervención se da solo cuando se ha violado el ordenamiento y alguien solicita su restablecimiento (*ubi actio ibi iurisdictio; nullo actore, nullus iudex*). Esto conecta con el principio por el cual el tribunal solo decide sobre la solicitud y no sobre otras cosas: *ne eat iudex ultra petita partium*, ya citado. Estas reglas sufren muchas excepciones y son consideradas comúnmente como actividades “jurisdiccionales” llevadas a cabo por tribunales independientes e imparciales, que actúan bajo procedimientos “jurisdiccionales” y emiten los actos típicos de la jurisdicción, que prescinden de violaciones y/o acciones de parte (p.e., actividad consultiva, certificativa, administrativa, o de la llamada jurisdicción voluntaria, a veces iniciada *ex officio*).

³⁹ KELSEN, H. “Justiz und Verwaltung”, *Zeitschrift für soziales...*, § 17, y pg. 146.

⁴⁰ *Ibidem*, § 18, y pgs. 146 y ss.

- b) La naturaleza inmodificable de las sentencias (*res iudicata*)⁴¹, que, a diferencia de las leyes y los actos administrativos, no pueden quedar anuladas por los actos legislativos o administrativos (aunque se reconoce que a veces pueden ser anulados sus efectos: p.e., después de una despenalización de un delito; o por la concesión de la gracia o del indulto por parte del rey, de un presidente de la República o del Parlamento).
- c) La procedimentalización del proceso. Además de lo que ya se ha mencionado en relación con la evolución del derecho inglés y francés (p.e.: participación popular), se recuerdan algunas de las características de la jurisdicción, que, por otro lado, en muchos países, son ahora compartidas también por los procedimientos administrativos⁴²: *Nemo esse iudex in causa sua potest* (y otras fórmulas similares)⁴³, por la que la jurisdicción es tal, si el tribunal no tiene interés en la controversia. La imparcialidad es relevante no tanto en relación con otros poderes (el rey, el gobierno, el Parlamento), como para las partes involucradas. Sin embargo, el principio también se extiende a la administración, con el conjunto de normas penales que persiguen intereses propios de las decisiones administrativas; *audiatur et altera pars (o nemo debet inaudito damnari)*⁴⁴, es decir, en el proceso debe prevalecer, en condiciones de sustancial igualdad, el contradictorio entre las partes (también este principio caracteriza muchos procedimientos administrativos); los criterios para determinar la competencia: *de minimis non curat praetor*⁴⁵, *a iudex extra territorium est privatus y non est iudex ultra petitum*

⁴¹ “Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit” (MODESTINO: 1, I, D., *De re iudicata*, 42, I) (“llámase a cosa juzgada a la que pone término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo cual acontece por condena o absolución”).

⁴² Las leyes de procedimiento y contencioso administrativo, en particular, prevén casi siempre el contradictorio, la información de las partes, la participación de los individuos y, a veces de los representantes de intereses colectivos, y otras herramientas no autoritativas.

⁴³ “Nadie puede ser juez en su propia causa”.

⁴⁴ Respectivamente “oígase la causa por la otra parte, y nadie debe ser condenado sin ser oído”. También: *nemo damnatus nisi auditus. Idem.*

⁴⁵ El pretor no se ocupa de insignificancias.

- partium*⁴⁶. Estos principios, por otro lado, se observan, además, en la administración estatal; el principio de la gratuidad de la justicia para los pobres: *pauperes no solunt en iudicio*⁴⁷ (que casi nunca ha sido adoptado por el aparato administrativo); aquel que dice *iura novit curia*⁴⁸, por el cual no hay necesidad de probar la existencia del Derecho, que se presume conocido por el juez; y el principio por el cual *actor rei forum sequitur*⁴⁹. Y muchos otros, entre los cuales se incluye alguno relativo a la responsabilidad de los jueces (que se ha configurado diversamente en los distintos ordenamientos contemporáneos), y, por tanto, no contribuye a distinguir siempre la posición de los jueces pertenecientes al poder judicial de los funcionarios administrativos⁵⁰.
- d) El carácter obligatorio de la jurisdicción. Esta característica parece muy inestable. A pesar de que, en su mayor parte, los tribunales no pueden dejar de suministrar un juicio, por un lado, a menudo las partes pueden optar por confiarlo a otros (árbitros, p.e.); por el otro, el ejercicio de la acción penal puede ser discrecional y no obligatorio (p.e., en EE.UU.); por último, los mismos tribunales se han provisto de herramientas que de hecho permiten el incumplimiento (negando la competencia, o la naturaleza jurídica de la controversia, o su insignificancia, etc.)⁵¹.
- e) El ejercicio de la jurisdicción subordinado a una demanda (raramente se ejercita de forma espontánea).

En definitiva, la jurisdicción en sentido moderno y occidental se define sobre la base de una serie de requisitos que le corresponden principalmente, pero no exclusivamente; que se pueden utilizar de forma conjunta, pero también solo en

⁴⁶ Fuera del territorio de su jurisdicción el juez es un particular; “El juez no puede excederse de las peticiones de las partes”. Vid. también de ulpiano: 1, 3, D., *De iurisdictione*, 2, 1, *Iurisdictione est etiam iudicis dandi licentia*.

⁴⁷ Los indigentes no están obligados a cubrir gastos de juicio.

⁴⁸ El tribunal conoce el Derecho.

⁴⁹ El actor sigue el fuero del demandado.

⁵⁰ P.e. *Index obligatus est, si cum imprudentia fecerit*: “El juez es responsable si actuó con imprudencia”.

⁵¹ Una sumaria reseña de los elementos recordados se encuentra en MORBIDELLI, G. “Il potere giudiziario”, en MORBIDELLI, G. y otros. *Diritto costituzionale italiano...*, pg. 686.

parte; que comprenden perfiles estructurales (de los cuales la independencia e imparcialidad parecen los más relevantes), así como funcionales (la aplicación de la ley en casos concretos, aunque con las aclaraciones ya realizadas); que se distingue por las formas particulares que caracterizan (especialmente, pero no solo) la producción de los actos típicos – sentencias –, las cuales, sin embargo, pueden colocarse junto a otros actos (ordenanzas, decretos, órdenes, etc.).

De acuerdo con la teoría de la separación de poderes, por las razones históricas someramente recordadas, los ordenamientos modernos democrático-liberales han confiado en exclusiva en un poder especial, u orden, o rama, el desenvolvimiento de la jurisdicción, que se identifica a sí misma por su carácter objetivo (el modo de ejercicio de la función: el proceso) y subjetivo (las características de los órganos que ejercen la función).

5. “DAR JUSTICIA”: PLURALIDAD DE SOLUCIONES

Todos esos elementos han permitido diferenciar la función judicial de la administrativa al interior de un concepto de “orden”, de derivación occidental, ligado a la noción tradicional de *rule of law*, la separación de poderes, la actividad de control de las cortes y el carácter vinculante de sus decisiones.

Sin embargo, el orden es un concepto histórico y relativo, como enseñan los filósofos y los historiadores de las doctrinas políticas⁵². Ello incide en la jurisdicción: la función judicial y el rol del juez no solamente han cambiado con el tiempo, como vimos, sino que mutan según la sociedad y el orden en los que se insertan (y contribuyen a construir). En efecto, el juez participa en la formación del orden, porque resuelve las controversias aplicando las normas

⁵² Acerca del orden como concepto histórico y acerca de la “sociedad como orden”, formada en la transición entre los siglos XVIII y XIX, cuando se da el ocaso de la sociedad dividida en órdenes, es decir, la antigua sociedad de clases, y caduca el concepto de orden “como supuesto ontológicamente formado”, ver RICCIARDI, M. *La società come...*, pgs. 16 y ss. El autor recuerda que, en la sociedad moderna, el orden, “puesto que ya no es un supuesto, emerge de las relaciones que se establecen entre individuos, tanto que la sociedad se torna un lugar omnicomprensivo y global al interior del cual cada poder y cada subordinación adquiere un sentido y se vuelve legítimo”.

jurídicas producidas en el respecto del ordenamiento⁵³.

Lo que en la mayoría de los casos ha circulado – difundido por el formante doctrinal y cultural – es un concepto de sociedad (y de orden) reconducible a aquel fenómeno, típicamente europeo, que EHRLICH denominaba “estatización de la justicia”, ligado a la común creencia que todo el Derecho es creado por el Estado mediante la producción legislativa. Es preciso preguntarse, en primer lugar, si este modelo, fruto de la *western tradition*, aún es válido en su integridad, o bien, si entró en crisis ante un escenario globalizado; y, en segundo lugar, si es idóneo para “cubrir” fenómenos culturales y jurídicos que no se identifican con el concepto occidental de sociedad y de orden. En efecto, existen otras áreas del globo, en las que las fuentes estatales no tienen el monopolio de la producción normativa y “el derecho inmediatamente se origina de la sociedad, puesto que es ordenamiento interno de las relaciones sociales”, tal y como el mismo EHRLICH llega a afirmar⁵⁴.

Amplias regiones geográficas y culturales siguen confiando, de hecho, en tribunales no estatales, particularmente los religiosos: pensemos solamente en Israel, donde los tribunales religiosos – aquellos de rabines y aquellos competentes para religiones diversas de la hebreaica – conviven con las cortes seculares. Emblemático es el caso del Islam, al igual que muchos países orientales, africanos y en los que sigue administrándose la justicia indígena (como en América Latina).

⁵³ La estrecha relación entre jurisdicción y ordenamiento es bien identificada por SATTI, S. *Commentario al código...*, pgs. 16 y ss.: “El término ordenamiento es un término abstracto, de tan poderosa abstracción que adquiere una mera objetividad (el llamado derecho objetivo), es decir una realidad distinta a la realidad ordenada, sobre la cual se impone como ordenadora. De ahí nace justamente la conceptualización del juzgamiento como una actuación del ordenamiento en el caso concreto, cuya expresión típica se encuentra en la concepción silogística de la sentencia (...). La resolución del ordenamiento en la jurisdicción puede ser comprobada de muchas maneras: históricamente dado que es consabido que la primitiva formación del ordenamiento es judicial (el juez precede al legislador), y del resto el ordenamiento en cada momento está en perpetua transformación a través de la jurisdicción (...).”

⁵⁴ EHRLICH, E. “La sociología del diritto”, *Rivista internazionale di...*, pgs. 102 y ss.

Para el caso del Islam, el derecho se identifica con la regla religiosa y el juez asume un rol de mediador entre la sociedad y el Estado muy diferente de aquel ejercido por el juez “occidental”. Para el caso de la justicia indígena el Estado “reconoce” (de manera más o menos extensa) otras formas de justicia y trata de coordinarlas con la estatal.

5.1. La justicia indígena

La justicia indígena no corresponde a un método alternativo para la solución de controversias (como por el contrario lo son el arbitraje, la conciliación, etc.), sino a una justicia ancestral, expresión de culturas preexistentes a la organización estatal. La necesidad de justicia – entendida como necesidad social – se advierte también en las comunidades jurídicamente menos evolucionadas; los historiadores observan que los grandes exploradores que abrieron el camino para la colonización africana están de acuerdo en afirmar que “en las sociedades observadas en sus viajes, uno de los principales cuidados era la administración de justicia”, y que muy a menudo los colonizadores relegaron la justicia indígena a un asunto meramente organizativo, subvalorando su impacto político⁵⁵. El Estado colonizador, tendencialmente, impuso a los pueblos indígenas la tradición jurídica eurocéntrica basada en un modelo de justicia ordinaria, y pocos han sido los intentos exitosos de reivindicación de las culturas nativas – Tal vez, los maoríes son el único ejemplo exitoso de fuerte oposición a la hegemonía británica –⁵⁶.

Este tipo de justicia nace al interior de las comunidades originarias y, de acuerdo con algunos expertos del tema, es más respetuosa que la justicia ordinaria impuesta por el Estado a los nativos. Sin embargo, se plantea un problema de coordinación con el ordenamiento jurídico del Estado que “reconoce” la justicia indígena y admite la existencia de un fuero como tal (en el que los miembros de la comunidad son juzgados por su juez natural). Las normas indígenas (sustanciales y procesales), los ritos, las modalidades para expiación de las penas chocan, de

⁵⁵ MAGNINO, L. “L’organizzazione giudiziaria indigena in Africa”, *Africa: Rivista trimestrale...*, pg. 13.

⁵⁶ Sobre el caso particular de los Maoríes: ESPINOSA, C. y CAICEDO, D. (eds.). *Derechos ancestrales. Justicia...* pgs. 358 y 374.

hecho, con las estatales, pero también encuentran un límite en las declaraciones internacionales de los derechos humanos (la amputación de la mano para ladrones reincidentes; el baño en agua caliente; el proceso inmediato en caso de flagrancia de delito, son todos ejemplos de remedios implementados). Ello se advierte “entre lugares tan distantes como Canadá y Colombia en los cuales las relaciones entre Estado y pueblos nativos presentaron la misma dinámica con sorprendente similitud”⁵⁷. Las experiencias históricas demuestran que las formas de relación fueron diversas: la negación, la coexistencia a distancia (p.e. Sudáfrica: en el sistema de *apartheid* la justicia comunitaria africana se aplicaba solo en las *townships*, las áreas reservadas a la población negra), la reconciliación y la convivialidad⁵⁸, y también los instrumentos son diversos: las leyes (Ecuador, Bolivia), la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (Colombia)⁵⁹ o de las cortes supremas (USA).

Hoy en día, el tema de la justicia indígena se ha tornado particularmente importante en los países que a partir de la riqueza de diversidad cultural, pretenden desarrollar un modelo de Estado intercultural. Los casos más interesantes están representados por los países andinos, particularmente Ecuador y Bolivia, cuyas constituciones de la década pasada no solamente reconocen explícitamente las culturas indígenas, sino que establecen que las justicias indígena y ordinaria tienen la misma dignidad constitucional.

5.2. La justicia religiosa: el caso del Islam

Para el musulmán, la justicia es la virtud por excelencia, cuyas características esenciales se hallan en el Corán y, al mismo tiempo, representa la obligación

⁵⁷ DE SOUSA, B. y GRIJALVA, A. (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad...*, pg. X del prólogo. Acerca de América Latina, en general, ver CLAVERO, B. *Derecho indígena y...*

⁵⁸ CLAVERO, B. *Derecho indígena y...*, pg. 36.

⁵⁹ La Constitución colombiana de 1991 establece distintos mandatos de protección a los derechos de las comunidades indígenas, entre otros: la propiedad colectiva de la tierra (arts. 63 y 329); la autonomía política y administrativa (arts. 329 y 330); la etnoeducación (art. 68); el carácter oficial de las diferentes lenguas (art. 10); la participación política (art. 176); la consulta previa (art. 330), y la jurisdicción especial indígena (art. 246), como recuerda ROA, J. E. “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”, *Revista Derecho del...*, pg. 103.

colectiva (*fard kif ya*) para la comunidad entera⁶⁰. La justicia es el criterio que guía al musulmán en el discernimiento en las relaciones familiares y sociales (qué alimento escoger, cuántas esposas tener, etc.). El Derecho es el instrumento que permite llevar a cabo ello⁶¹. Dar justicia es el menester que Dios ha confiado a los hombres y se combina con el concepto de *khil fa*, que identifica el poder del gobierno del hombre en la tierra⁶². Se ha señalado que a las dos dimensiones de la justicia concebidas en Occidente (justicias distributiva y compensativa), los juristas musulmanes añaden el asunto de la selección y el nombramiento de los gobernantes, con base en lo afirmado en el Corán, incluyendo por ende en el concepto de justicia también la dimensión política⁶³. Las mismas teorías de la justicia se resintieron profundamente por el primer trauma político del Islam (el cisma entre chiítas y sunitas) y se desarrollaron de manera diferente, según la escuela religiosa de referencia⁶⁴. Aún hoy en día, la organización judicial resiente de la injerencia del poder político en la administración de justicia, “mientras que la dimensión coránica de la justicia se refleja en la religiosidad de la función de juzgar, que pertenece a la visión clásica de la figura del juez en el Islam”⁶⁵.

La afirmación de los rasgos del Estado moderno y la aceptación del principio de separación de poderes ha obligado la justicia coránica, de revelación divina⁶⁶, a conciliar con una justicia “profana”, expresión de la soberanía del Estado. Ello ha llevado a resultados diversos, según la penetración más o menos intensa de

⁶⁰ Para RUTHVEN, M. *Islam in the...*, pg. 227, *Islam is above all the religion of justice*.

⁶¹ Sin embargo, ya no hay espacio en la ley islámica para un derecho natural “laico” no reconducible a la voluntad de Dios. Para una aproximación, incluso terminológica, remitimos a AMIN, S.H. *Islamic Law in...*, ver también BOËTSCH, G., DUPRET, B. y FERRIÉ, N. J. *Droit et société...*

⁶² “Allah os ordena devolver los depósitos a sus dueños y juzgar con equidad cuando juzgáis entre los hombres”: C. IV, 58 (versículo medinense).

⁶³ KAMALI, M. H. *Freedom, equality and...*, pg. 113.

⁶⁴ Acerca de las diferentes concepciones de poder político y soberanía: ZUBAIDA, S. *Law and Power...*

⁶⁵ GIOLO, O. *Giudici, giustizia e...*, pg. 56.

⁶⁶ Sin embargo, el Corán no precisa los elementos constitutivos del principio de justicia, ni como la justicia deba realizarse en la tierra: KHADDURI, M. *The islamic conception...*, pgs. 10 y ss.

estos principios en los varios ordenamientos⁶⁷. Se trata de un cambio (cultural) ulterior respecto del que había marcado a estos estados en la transición de la justicia del Islam clásico, según la práctica judicial del *qādī*, a la justicia moderna.

En la historia de estos países, el rol del juez fue cubierto por figuras diversas que encarnaron una manera diferente de interpretar el derecho divino. El *hakam*, árbitro pre-islámico, era juez único y no operaba en calidad de funcionario público, sino que ocupaba dicho cargo en virtud del prestigio y del conocimiento que demostraba tener. Él dirimía las controversias con base en los usos y las costumbres de la época. El *qādī*, juez del Islam clásico, nombrado por una autoridad superior (el Califa o el *Imām*) seguía siendo titular de la administración de justicia, y en cualquier momento, podía reapropiarse de las funciones judiciales. En la etapa inicial, el *qādī* seguía utilizando las costumbres pre-islámicas y se resentía de una dimensión relacional de la justicia procedimental y del carácter sagrado del juicio, típicos de la época anterior; además, desarrollaba otras funciones (jefe de policía, encargado de la educación religiosa del pueblo...)⁶⁸. En el Islam clásico, el *qādī* resolvía los casos concretos gracias al conocimiento de las cuatro fuentes principales, y de su aplicación práctica, hecho fundamental para la actuación del juez islámico, a tal punto que se tornó uno de los puntos en los que se fundamentan las teorías de la irracionalidad del derecho islámico⁶⁹. El *qādī* interactuaba con otras figuras clave del sistema jurídico: el *faqīh*, el experto de derecho en ámbitos teóricos y el *muftī* (jurisconsulto), el intérprete del derecho que proporcionaba conceptos jurídicos u opiniones legales al juez, aceptados por la comunidad por ser acreditados. *Qādī* (el juez) y *muftī* (el intérprete) juntos

⁶⁷ Parte de la doctrina es crítica de las teorías que adhieren a la hipótesis de la *exception islamique*, por su postura que aplanan las diversas experiencias políticas y jurídicas que caracterizan los países de esta área. Por consiguiente, incluso la concepción de justicia, Derecho y juez han cambiado con el tiempo y están ligadas a la historia de cada país, razón por la cual se notó que “la sociedad marroquí no vive de la misma manera que la sociedad saudí, que el ordenamiento jurídico tunecino poco tiene en común con el ordenamiento jordano o sirio”, y ello se refleja en la organización de la administración de justicia: GIOLO, O. *Giudici, giustizia e...*, pg. 5

⁶⁸ El *qādī* debía poseer una serie de características que la jurisprudencia musulmana elaboró con el tiempo (varón, musulmán, inteligente, no en condiciones de esclavitud, íntegro de su oído y de la vista, etc.), y que la doctrina reunió en un listado: AL-MAWARDI, A. *Les statuts gouvernementaux...*, pgs. 130 y ss.

⁶⁹ Nos referimos a las tesis de WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft...*, pg. 143.

contribuían a la elaboración del derecho y durante mucho tiempo el *muftī* gozó de mayor prestigio respecto del *qādi*; su relación evolucionó en el tiempo de manera diferente de acuerdo con las varias escuelas religiosas. Su actividad era fundamental para construir la casuística requerida para compensar la ausencia de principios jurídicos generales y codificados, pero su aporte a la elaboración del *corpus juris* del derecho islámico mutó con el tiempo⁷⁰. No es un caso que el derecho musulmán se defina como “el Derecho de los juristas y de los jueces”, justamente porque fue elaborado en los siglos por los intérpretes. A diferencia del otro “derecho de los jueces” (el *common law*, basado en la razón), los jueces y los juristas en el derecho islámico por mucho tiempo fueron los intérpretes y los custodios de una tradición que se basa en una revelación divina⁷¹. Por el contrario, en la época moderna, el “derecho de los casos” se torna recesivo respecto de la producción normativa estatal.

Ya durante el dominio otomán se pusieron en marcha las primeras reformas para la modernización de los aparatos administrativos y judiciales; sin embargo, es desde la segunda mitad del siglo XIX, con la expansión de las colonizaciones europeas, que se afirman las nuevas teorías sobre el Estado, la sociedad y el Derecho. El proceso de desacralización de este último comporta una nueva manera de hacer producción normativa (el derecho político), que va del lado de la *Shari'a*; nuevos derechos se afirman, por lo menos a manera de *soft-law*, por medio de las cartas y las declaraciones internacionales; el modo de hacer justicia, en la mayoría de los casos, se separa profundamente de las prácticas del Islam clásico; por el contrario, en algunos se torna un instrumento de valoración de los orígenes del Islam (estas reacciones variadas reflejan plenamente las diferentes almas que caracterizaron el debate cultural conocido con el nombre de “reformismo árabe-musulmán”)⁷².

⁷⁰ En el Islam clásico, los casos prácticos solucionados por el *qādi* no eran recogidos en comentarios, al contrario de lo que ocurría con las resoluciones de asuntos abstractos por parte de la doctrina, que contribuían a formar el *corpus juris*.

⁷¹ Acerca de esta definición CHARNAY, J. P. “Pluralisme normatif et ambiguïté dans le Fiqh”, *Studia Islamica...*, pg. 70.

⁷² A frente de estos valores, se afirma una forma de resistencia conocida como la *exception islamique*, que se advierte en todos los sectores del Derecho (en la concepción de los delitos y de las penas, del derecho de propiedad, hasta el derecho de familia). Una capacidad de resistencia compuesta y compleja, como resalta REDISSI, H. *L'exception islamique...*, que

Esta ola de renovación chocó con una manera diversa de concebir al individuo y la sociedad: una visión comunitaria-colectiva, en la que el individuo es parte de un organismo social que existe por voluntad divina, diferente a una netamente individualista de la cultura occidental. Las varias reformas que tocaron a muchos aspectos de las instituciones públicas nunca se radicaron completamente en la sociedad islámica. Espacio público y espacio privado a menudo conviven con dificultad, porque, en el primero, operan prevalentemente las reglas del derecho moderno y, en el segundo, las de la tradición cultural y religiosa. En las instituciones judiciales (en los tribunales civiles y penales) se advierte esta “forma de esquizofrenia”⁷³ y el mismo juez “se ve obligado a mediar, en el ejercicio de sus funciones de indagación y juzgamiento, entre dos repertorios jurídicos: uno tradicional, y otro moderno”⁷⁴.

La reorganización de la justicia en la transición desde el Islam clásico a la época moderna ha traído muchas novedades: aplicación de códigos, creación de la figura del abogado defensor, creación de tribunales para extranjeros al lado de las cortes de la Shari’a. El modelo francés fue preponderante en la organización judicial: incluso en países que tuvieron dominio inglés existen indicios de tribunales administrativos inspirados en el *Conseil d’Etat français*. Con la descolonización, se asiste a la unificación de las jurisdicciones y a la transición desde el juez monocrático (el *qādi*) al juez colegiado (esta reforma radical fue uniforme; algunos países mantuvieron las figuras del *qādi* y del *mufī*) y a la afirmación de varios grados del juicio. La figura del juez pierde el carácter sagrado y hoy en día parece plenamente secularizada; en muchos países árabe-musulmanes incluso las mujeres pueden acceder a la judicatura. El juez adquiere

identifica siete peculiaridades que concurren a determinar la excepción islámica (cultural, ideológica, militar, teológica, económica, social, política).

⁷³ Bien resaltada en la reflexión de FOUAD, K. “Un mondo in ebollizione”, en ZU FÜRSTENBERG, N. *Lumi dell’Islam...*, pg.

⁷⁴ GIOLO, O. *Giudici, giustizia e...*, pg. 111, resalta que “en materia de derecho del trabajo, de relaciones comerciales y profesionales, en el campo de la vida pública, el juez recurre a la ley positiva, a las convenciones internacionales, al derecho comparado. Pero en materia de estatuto personal, el juez se aleja de las disposiciones de la ley positiva del Estado, ignora las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, y se rige casi exclusivamente por la ley religiosa musulmana, incluso en el caso en que esta contradice lo establecido por la ley positiva estatal”.

nuevas competencias, opera como funcionario del Estado y, al interior del ordenamiento, desarrolla aquella función de orientación que el *qādi* no tenía.

6. LA ORGANIZACIÓN DE LA MAGISTRATURA EN OCCIDENTE

En el mundo occidental, el modo en que un Estado organiza su aparato judicial representa una herramienta de lectura importante para comprender las relaciones internas entre los poderes (en particular los vínculos con el ejecutivo), así como la implementación de una serie de principios fundamentales que caracterizan, bien las democracias modernas bien otras formas de organización del poder. El Estado organiza su jurisdicción sobre la base de algunos criterios ordenadores que operan en consideración del carácter difuso del poder judicial y del principio de independencia que conforma la actividad y el *status* de quien ejercita la mencionada función jurisdiccional.

El criterio de competencia ordena la jurisdicción por ámbitos materiales: civil, penal, administrativa, laboral, tributaria, militar, etc.

El criterio jerárquico ordena los diversos tipos de recursos contra los procedimientos judiciales del ordenamiento sobre la base de una previsión normativa. La organización más difundida considera dos grados de juicio: un primer grado (confiado a jueces únicos y/o colegiados) y un segundo grado, donde se desarrolla un nuevo juicio, sobre la base de la decisión apelada. Un último grado de juicio es previsto para cuestiones de legalidad y se ha confiado a un alto tribunal o a una corte de casación.

El criterio territorial determina la organización del poder judicial en base al tipo de Estado (unitario o compuesto). Fundamentalmente, a un Estado unitario corresponde un modelo unitario de jurisdicción. Sin embargo, no siempre ocurre a la inversa, porque depende del nivel de descentralización presente en cada Estado, de su formación histórica, así como de la penetración de las tradiciones jurídicas autóctonas. Aquellos que son tradicionalmente federales y que han experimentado previamente el modelo de la confederación, y se han formado a través de un procedimiento agregativo, generalmente, tienen una estructura dual de jurisdicción, con tribunales federales y estatales; así ocurre en los Estados Unidos, Australia, Canadá, Alemania, y Austria, cuyas constituciones afirman la primacía

del derecho federal sobre el estatal. En los estados federales plurinacionales de formación reciente (Bélgica) o más antiguos (Canadá), el principio de unidad del poder judicial es atenuado por una organización estructuralmente unitaria, pero algo compleja, con algunas formas de descentralización. Especialmente en Canadá y Australia las jurisdicciones se dividen por estado y se le da su concentración a nivel federal con el establecimiento de una sola Corte, que reemplaza al *Judicial Committee* del *Privy Council*; en esto no son muy diferentes de los sistemas unitarios que fueron colonias británicas. También en estados no federales, pero con un nivel de descentralización fuerte, progresivo y asimétrico, la organización unitaria de la justicia se adecua a las instancias territoriales, como en España, donde el sistema judicial se ha afectado por la constante y progresiva adquisición de poder por parte de las comunidades autónomas⁷⁵, o en el Reino Unido, donde a las varias *Nations* corresponde un sistema judicial diferente, consagrado desde el proceso de *Devolution of powers* de los finales de los años 90 y luego de la reforma del 2005, con la cual fue instituida una sola corte suprema, por encima de los sistemas regionales.

En el lado interno de la organización, los sujetos institucionales que contribuyen al funcionamiento de los modelos son varios. Desde un punto de vista terminológico sería más adecuado adoptar el término “magistratura” (más amplio e inclusivo de sujetos que están envueltos en la actividad judicial, pero no desarrollan las funciones de juez). En algunos ordenamientos se adoptan terminologías distintas: en los países anglosajones, el término *judiciary* (o *judicature*) se refiere solo a los jueces y ni siquiera a quien ejercita la acción penal por cuenta del Estado, así como, en Alemania, *Richtertum* se refiere al juez, mientras que *Staatsanwaltschaft* al Ministerio Público.

⁷⁵ Aquel de los tres poderes que debía permanecer unitario y único (Constitución española, título VI) ha cedido sobre el plano organizativo, funcional y competencial al derecho autonómico gracias a la aplicación de la cláusula de subrogación, con la cual las CC.AA. asumían competencias hasta entonces atribuidas al Estado (*rectius*, al Gobierno). Se trata de competencias ejecutivas y de gestión sobre el personal de la carrera no judicial, sobre varias formas de asesoría al servicio público judicial, como recuerda LÓPEZ, J. F. “El Poder judicial”, en LÓPEZ, D., MASSÓ, M. F. y PEGORARO, L. (eds). *Derecho constitucional comparado...*, pg. 689. Sobre *La ordenación constitucional de la justicia en España*, una síntesis clara y eficaz en el escrito así titulado de FIGUERUELO, A. *La ordenación constitucional de...*, véase también CASTELLANOS, M. E. *Gobierno y Administración...*

6.1. Modelo anglosajón vs. modelo francés

Las tradiciones histórico-jurídicas referidas en el § 2 han contribuido a definir dos grandes modelos de organización del poder judicial: aquel de tipo burocrático-funcional de molde franco-alemán, y el de tipo representativo – anglosajón –.

El primer modelo, caracterizado por una duradera huella francesa que se ha convertido en franco-germánica y, por fin, en eurocontinental, ha circulado en Europa llegando al ordenamiento belga, italiano, holandés, danés y a los países escandinavos (influenciados desde Dinamarca), portugués y español (gracias al cual el modelo ha sido exportado a toda América Latina, aunque con algunas variantes, y mezclándose con el modelo anglosajón), pero también, en parte, en Japón, siguiendo las codificaciones francesa y alemana. Con todo, la difusión no ha sido homogénea, tanto que al interior de un mismo modelo se pueden individualizar diferentes sub-categorías, según elementos preseleccionados (el papel y la derivación del Ministerio Público; la existencia de un órgano de autogobierno del poder judicial, etc.).

El segundo modelo, de cuño anglosajón, caracteriza a los países del área del *common law*, en los cuales el modelo se ha difundido en modo uniforme⁷⁶. En la tradición del *common law* la posición institucional del poder judicial es mucho más sólida respecto al área de tradición *civilian*, a partir de los dos países que han contribuido mayormente a la creación del modelo. En el Reino Unido, la tradición centenaria de consenso de la sociedad y de independencia en los conflictos con el ejecutivo ha asegurado a la *élite* de jueces el ejercicio de la función judicial a pesar de la ausencia de verdaderas garantías jurídicas⁷⁷. En los Estados Unidos, en cambio, el poder judicial ha sido ubicado sobre el mismo plano que del ejecutivo y del legislativo y ha sido investido de una función de control del legislativo, en un sistema constitucional de frenos y contrapesos. Ello ha facilitado la afirmación del papel del juez, el cual no pertenece a una casta

⁷⁶ La estructura institucional de los tribunales de los países de derecho común sigue el ejemplo del Reino Unido y de los EE.UU., como lo demuestran los escritos recogidos por RUSSELL, P. H. y O'BRIEN, D. (eds.). *Judicial Independence in...*, y, en particular, el de RUSSELL, P. H. "Toward a General Theory of Judicial Independence", en RUSSELL, P. H. y O'BRIEN, D. (eds.). *Judicial Independence in...*, pgs. 1 y ss.

⁷⁷ SHAPIRO, M. *Courts: A Comparative...*, pgs. 65 y ss., y pg. 124.

exclusiva, pero tiene experiencias diferentes en el campo jurídico⁷⁸.

6.1.1. Modalidad de reclutamiento y formación cultural de los jueces

Aunque en los últimos años sobre este punto se han registrado algunos acercamientos (más que todo en países de *common law*), la proveniencia cultural, las modalidades de reclutamiento y el acceso a la carrera (término apropiado por el modelo francés, y en menor medida por el anglosajón), aún muestran la intensidad de la influencia del sistema político sobre los jueces, la conexión más o menos marcada con el principio de soberanía popular, y el esquema diferente de socialización profesional del juez⁷⁹.

En el modelo anglosajón, el reclutamiento refleja el fundamento del sistema jurídico de *common law* que reconoce un papel político a la función judicial. En el Reino Unido, los jueces profesionales provienen, principalmente, del estrato superior del mundo forense, son seleccionados al interior de un pequeño círculo de miembros de asociaciones de categoría y son pocos en número, comparados con los jueces no profesionales⁸⁰. Se trata de los abogados habilitados para estar en juicio frente a los tribunales superiores, con una elevada antigüedad de servicio (*barrister*, o *advocate* en Escocia); recientemente, la categoría se ha expandido un poco a los otros abogados (*solicitor*), pero pocos de ellos pueden aspirar a las cortes superiores⁸¹.

La transición de abogado a juez es un elemento peculiar del modelo que se ha extendido en los otros países del *common law* y que es casi del todo ausente en Europa continental (donde es posible que un juez haya obtenido previamente la

⁷⁸ ROSETT, A. *The Judicial Career in...*

⁷⁹ BELL, J. *Judiciaries within Europe...*, pgs. 298 y ss.

⁸⁰ Un dato significativo: solo en Inglaterra y en Gales los jueces de paz, sin formación jurídica, son cerca de 30.000.

⁸¹ Solo desde 1990 los *solicitors* pueden actuar, bajo determinadas condiciones, frente a las cortes superiores, porque el nivel de experiencia y los años de antigüedad requeridos para volverse juez es elevado y solo un mínimo porcentual puede realmente acceder a los niveles más altos de la magistratura. La edad media de los jueces profesionales ingleses es, de hecho, de 50 años, mucho mayor que la de los jueces de la Europa continental, los cuales entran al cargo después de un periodo de formación de posgrado.

calificación como abogado o, como en Alemania, haya superado el examen de habilitación a la profesión legal, pero raramente aparece en su currículum una experiencia forense significativa). Seguramente caracteriza a los Estados Unidos, también porque el área de los potenciales candidatos a jueces es más amplia, y extendida además a los profesionales universitarios, administradores públicos, y a menudo, jueces de las cortes estatales que avanzan “en carrera” en las federales (casi siempre, con un pasado de activismo político). En los Estados Unidos el reclutamiento refleja el carácter federal del Estado y es mucho más diverso que en el Reino Unido. A pesar de las diferentes normas estatales hay tres formas principales de reclutamiento⁸², a saber:

- a) Nombramiento por obra de una institución político-representativa, difundida a nivel federal. Este procedimiento es bastante complejo, implica a varias instituciones (nominación del Presidente, evaluación interna y aprobación del Senado), y se inserta plenamente en el principio de *checks and balances* que caracteriza la forma de estado presidencial estadounidense, sobre todo en lo que tiene que ver con la nominación de los jueces de la Corte Suprema⁸³. Pero el número de actores que participan en el proceso es mucho más alto, ya que en la selección (en sentido lato) de los currículos participan el Ministerio de Justicia (*United States Attorney General*), la *American Bar Association*, los senadores del estado para el cual se compite, los alcaldes de las ciudades principales, contribuyendo así a aumentar la politización del proceso de selección.
- b) Elección directa, en las formas *partisan* o *non-partisan*: se utiliza principalmente en el ámbito estatal y presupone, en ambos casos, un papel político activo y precedente del candidato⁸⁴. De hecho, la elección directa une experiencias muy diferentes entre sí, por ejemplo en Suiza y los ordenamientos socialistas. Los países de Europa del Este

⁸² Una síntesis eficaz se encuentra en GUARNIERI, C. “Organizzazione e funzionamento della giustizia ordinaria”, en PEGORARO, L., BAGNI, S. y PAVANI, G. (eds). *Metodologia della comparazione...*, pgs. 214 y ss.; un análisis más amplio en GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *The Power of...*, pgs. 27 y ss.

⁸³ En dos siglos, el Senado ha rechazado 27 de los 147 candidatos al rol de juez de la Corte Suprema. Vid. EPSTEIN, L. y SEGAL, J. A. *Advice and Consent...*, pgs. 20 y ss.

⁸⁴ ABRAHAM, H. J. *The Judicial Process...*, pgs. 24 y ss.

hasta la caída del modelo soviético en 1989 adoptaron el principio del centralismo democrático, por el cual todos los órganos representativos de un poder estatal – incluida la magistratura – eran elegidos directa o indirectamente por el pueblo (elemento democrático), y los órganos superiores emitían decisiones vinculantes para los órganos inferiores (elemento centralista)⁸⁵.

- c) Selección por mérito o *Missouri Plan* (que combina la elección directa con una evaluación profesional). En el Reino Unido, formalmente, la nominación corresponde al soberano, pero por largo tiempo el poder ha sido ejercido sustancialmente por el *Lord Chancellor*, el cual, hasta el *Constitutional Reform Act 2005*, encarnaba la paradoja inglesa de la no-separación de los poderes, ya que detentaba tres cargos al mismo tiempo: miembro del gobierno, *Speaker* de la *House of Lords* y juez. Ahora los candidatos son seleccionados y propuestos al *Lord Chancellor* por un órgano independiente, la *Judicial Appointment Commission*⁸⁶.

En lo que respecta a la remoción, en el Reino Unido, esta es disciplinada en modo débil y es de difícil ejecución, dado que los jueces permanecen en el cargo bajo la cláusula de *during good behaviour* (que en la práctica es, hasta la pensión). La única sanción (la remoción de parte de la Corona sobre la base de una deliberación por parte de las dos cámaras del Parlamento) se impuso en una sola ocasión en 1830, mientras que el procedimiento de *impeachment* cayó en desuso en el siglo XIX. Por el contrario, en los Estados Unidos está aún vigente, y hasta la fecha la cámara de los representantes ha acusado a 15 jueces, pero

⁸⁵ En la Constitución de la Unión Soviética de 1977 los jueces eran elegidos por sufragio universal (jueces inferiores) o por las asambleas representativas (jueces de grado superior) o por la asamblea legislativa (Corte Suprema); la investidura era de confianza, por lo cual podían ser revocados. En el actual sistema judicial chino, la asamblea parlamentaria del nivel elige el presidente de las cortes populares, mientras que los miembros son nominados por el comisionado permanente de la asamblea.

⁸⁶ La comisión es competente para Inglaterra y para Gales, salvo los jueces de paz, y está formada por 15 miembros (no todos juristas, empezando por el presidente), seleccionados con un procedimiento complicado que implica también al *Lord Chief Justice* que preside la Corte de Apelación y a la magistratura inglesa. La propuesta puede ser aceptada o rechazada por el *Lord Chancellor*, el cual ha perdido el dominio sobre las nominaciones ya que deberá siempre extraer los nominados de aquellos propuestos por la comisión.

solo en 7 casos el Senado ha votado por la remoción. En los estados miembros existen otras formas de remoción como el *address* (la solicitud al gobernador de parte de ambas cámaras) y el *recall* (una solicitud popular de remoción aprobada mediante referéndum).

Las promociones en la carrera siguen los mismos procedimientos de la nominación y no constituyen – a diferencia de lo que ocurre en Europa continental – un tema relevante de la organización judicial. La carrera judicial es un concepto casi desconocido en el sistema británico: el prestigio de la función judicial en el Reino Unido no está necesariamente vinculado al rango de la posición detentada por el juez, el cual disfruta de un *status* social alto y de un respeto debido a la tradición histórica. Solo recientemente (desde los años 70) se ha afirmado la posibilidad de nominar como juez de las cortes superiores a los jueces que habían ejercido en las cortes inferiores. Este principio ha contribuido a formar una especie de carrera judicial, más conocida, por el contrario, en los Estados Unidos, donde la movilidad judicial es bastante elevada.

En el modelo francés el reclutamiento refleja el enfoque liberal dado al poder judicial: un cuerpo insertado al interior del aparato burocrático-administrativo del Estado, sujeto a la ley. A diferencia del juez anglosajón que suele ser un profesional (con una intensa actividad a sus espaldas *lato sensu* jurídica, que permanece en el mismo cargo siempre o que cambia pocas veces durante su carrera), el de corte francés es un funcionario público, encuadrado en una organización jerárquica que es cada vez más autónoma respecto del ejecutivo, gracias a las instituciones de órganos de autogobierno. Al igual que otros órganos del Estado, su organización ha sufrido muchas modificaciones, sobre todo en los países de Europa latina. Sin embargo, es posible delinear las características comunes que todavía rigen el modelo.

El reclutamiento se lleva a cabo inmediatamente después de los estudios universitarios, con un concurso público que consiste en una serie de pruebas escritas y orales para determinar el conocimiento teórico en materias jurídicas. El concurso es considerado aún el instrumento más eficaz para garantizar la selección del juez y su independencia del poder político, a diferencia de lo que se lleva a cabo en el régimen anglosajón donde la modalidad de acceso a la

magistratura representa el momento de mayor contacto con la clase política (destinado luego a desaparecer después de la nominación).

Raramente los jóvenes magistrados han desarrollado la actividad forense antes de entrar a la magistratura o, por lo menos, no en modo relevante, tanto que las relaciones entre las dos categorías son muy débiles y, a veces, conflictivas⁸⁷. La falta de experiencia profesional de los vencedores del concurso se compensa con la instauración de entes especializados en la formación o con un largo periodo de prácticas. En el primer caso, el modelo de referencia es el francés de la *École Nationale de la Magistrature* (ENM), una institución gobernada por magistrados, pero bajo la dirección del Ministerio de Justicia, nacida sobre los rastros de la célebre *École nationale d'administration* (ENA)⁸⁸. La ENM ha influenciado algunos países de Europa latina y oriental en las decisiones en materia de formación del poder judicial, entre ellos a Italia, que en el año 2012 instituyó la Escuela Superior del Poder Judicial donde los magistrados desarrollan un curso de formación de 18 meses.

En el segundo caso, el periodo de práctica es largo y muy selectivo, como en Alemania, donde las universidades forman a los estudiantes para desarrollar cualquier profesión inherente al ámbito jurídico (magistrados, abogados, funcionarios públicos, etc.) con una práctica y dos exámenes de Estado de preparación del concurso para convertirse en juez. También Suecia adoptó las prácticas como momento de formación, mientras que Holanda se desvía adoptando un modelo de reclutamiento ubicado entre el *civil law* y el *common law*. Si en los países de Europa continental la formación y la selección (por mérito) se lleva a cabo al interior de la universidad, en el momento de la nominación se advierte una cierta influencia política: en Alemania, por ejemplo, intervienen los ministros de justicia de los *Länder*, aunque en algunos casos existen comités (*Richtermablauschüsse*) o en Suecia, donde el gobierno interviene sobre la nominación de las jurisdicciones superiores, e indirectamente sobre la gestión

⁸⁷ DI FEDERICO, G. (ed.). *Recruitment, professional evaluation...*

⁸⁸ Después de haber superado el concurso, los vencedores asisten a un periodo de formación inicial de 31 meses (en la escuela y en las oficinas judiciales) durante los cuales son constantemente evaluados y, al final, son incluidos en una lista de mérito que les permite escoger su sede de trabajo.

del cuerpo judicial, ya que designa a los miembros de las dos agencias semi-independientes (*la Domstolsverket*, competente en la gestión de los tribunales, y la *Domarnämnden*, competente para el reclutamiento y la promoción profesional).

La socialización se lleva a cabo casi en su totalidad dentro del órgano judicial, así como la promoción a un nivel superior de la escala jerárquica se lleva a cabo principalmente por antigüedad y, solo recientemente, también por mérito. El avance en la carrera, en el pasado, estaba estrictamente conectado a la evaluación por parte de los magistrados más antiguos; el Ministro de la Justicia intervenía sobre la nominación de las jurisdicciones superiores, aunque en el respeto de las evaluaciones sobre los requisitos de profesión y antigüedad. Esto llevaba al magistrado a buscar el consenso dentro de la categoría de pertenencia con una no indiferente recaída en términos de fidelidad a los precedentes de las cortes superiores⁸⁹.

Más recientemente, el papel desarrollado por el ejecutivo en la gestión del cuerpo judicial, en muchos países, ha pasado a manos de los consejos del poder judicial. Esto no rompe el nexo entre el poder judicial y la clase política que está culturalmente arraigado en algunos países, como en Francia, donde entre el Consejo de Estado y la clase política hay una osmosis más bien consolidada (es suficiente ojear los currículos de muchos oficiales del gobierno para encontrar ex consejeros de Estado, formados en la *École nationale d'administration*.)

6.1.2. El Ministerio Fiscal

Fundamentalmente, los jueces y los sujetos que encarnan el Ministerio Público se revisten de papeles distintos al interior de los ordenamientos democráticos. El juez se caracteriza por su posición de tercero respecto a las partes, las cuales representan, a contrario, un interés parcializado (magistratura juzgante). Hay, sin embargo, algunos intereses que trascienden aquellos individuales que implican a la colectividad entera porque se refieren a la protección de bienes comunes,

⁸⁹ Un estudio sobre las evaluaciones de los magistrados en Italia entre los años 50 y 60 ha demostrado que los avances en la carrera de los magistrados eran estrechamente conectados a la frecuencia de las citaciones de los precedentes y, entonces, al respeto sustancial de las tendencias jurisprudenciales de la Corte de Casación: vid. FREDDI, G. *Tensioni e conflitto...*

o se encuentran casos en los cuales se requiere proteger sujetos incapaces de actuar por sí mismos (p.e., los menores). En estos casos, el Estado individualiza una autoridad y le asigna la tarea de representar el interés público ante el poder judicial y de defender la legalidad en circunstancias especiales, establecidas por el legislador. Esta autoridad, en la tradición occidental, es el Ministerio Público, cuya etimología recuerda la “fuerza ejecutiva” de la ley (magistratura postulante), que se impuso en Francia después de la Revolución.

La ubicación del Ministerio Público (*Ministère public, Public Prosecutor Æs Office, Ministerio Fiscal...*) al interior de la organización judicial no es homogénea: en casos raros, goza de las mismas garantías del juez y se encuentra dentro del mismo poder judicial (Italia y Francia); en otros, es casi equiparada a una parte procesal privada (EE.UU.); en la mayoría de los ordenamientos, en cambio, está en medio de los dos extremos que se acaban de mencionar. Por estos motivos amerita un estudio separado. En cada caso, el Ministerio Público no ejerce jurisdicción, es decir, que no es un órgano creado para resolver disputas entre las partes, aplicando las normas jurídicas y decidiendo por medio de una sentencia u otros actos no revocables. Sin embargo, tiene que actuar en el marco del principio de legalidad. Por estas razones se trata de una institución autónoma, cuya organización, a menudo, tiene unas garantías constitucionales.

El papel del Ministerio Público asume particular importancia en el momento del ejercicio de la acción pública penal, cuando es llamado a examinar y enjuiciar los delitos. Según algunos, “el carácter aluvional de la conformación histórica” de los sistemas penales y procesal penales de los ordenamientos eurocontinentales incide en la “indefinición que aqueja” al Ministerio Público⁹⁰.

En esos países, la imperfecta recepción del sistema penal acusatorio puro podría ser una de las causas de la difícil configuración de la figura del Ministerio Público, cuya tarea principal consiste en la investigación pre-procesal, en la formalización de la acusación penal frente a la híbrida figura del juez de instrucción y, durante el proceso, en la asunción de la acusación pública en defensa de los intereses públicos. En cambio, en la cultura anglosajona, la acogida más exitosa

⁹⁰ Lo subraya convenientemente LÓPEZ, J. F. “El Poder judicial”, en LÓPEZ, D., MASSÓ, M.F. y PEGORARO, L. (eds.). *Derecho constitucional comparado...*, pg. 692.

del sistema acusatorio puro conllevó una configuración diferente de la acusación penal, la cual tiene lugar por parte de un actor público que actúa en el proceso como una de las partes procesales. Estas diferencias sustanciales se irradian en la organización de la oficina del Ministerio Público y permiten evidenciar una primera gran distinción, esencialmente de carácter cultural, entre países de tradiciones *civilian* y de *common law*.

En el modelo eurocontinental, los ministerios públicos gozan de mayores garantías respecto a los funcionarios públicos, sin embargo, su vínculo con el poder ejecutivo es todavía muy fuerte. En la Europa Latina este vínculo se está disolviendo gradualmente, lo cual se evidencia más en aquellos países donde el Ministerio Público y los jueces forman juntos un cuerpo único y están protegidos por un Colegio de Justicia contra las interferencias del ejecutivo. El país modelo es Italia, pero también Francia constituye un ejemplo de crecimiento de la autonomía del Ministerio Público, junto con España y Portugal (a pesar de ello en estos países el Ministerio Público es nombrado por el Ministro de Justicia y no pertenece al mismo cuerpo del juez). También en este caso, al interior del área de tradición *civilian*, el carácter unitario del modelo se ve afectado por muchas variables en cada Estado.

En los países del *common law* la situación es más uniforme y se desarrolla sobre la estela de los dos países modelo. En los Estados Unidos, después de haber experimentado con un fiscal especial e independiente nombrado por un tribunal, a raíz del escándalo de *Watergate*, se ha regresado al sistema de las nominaciones (presidenciales con el consenso del Senado por el nivel federal, del gobernador por el nivel estatal) o de la elección directa (prevalente a nivel estatal). En el Reino Unido, en 1985, se ha creado una estructura fiscal: *el Crown Prosecution Service*, dirigido por el *Director of Public Prosecutions*, nombrado por el *Attorney General*.

6.1.3. Los órganos de autogobierno

La conexión entre el poder judicial y la clase política – en particular, el Gobierno –, se consolida en Francia con el paso de la elección popular de los jueces (Constitución de 1791) a la formación de un cuerpo profesional,

cuya administración era confiada al Ministro de Justicia⁹¹. Solo en el último medio siglo, en Europa, se afirma la exigencia de desvincular el ejercicio de las funciones administrativas relativas a la gestión del cuerpo judicial y de confiarlas a órganos colegiados independientes del gobierno, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa y de la Comisión de Venecia⁹². Aunque el Ministerio de Justicia sigue desempeñando un papel significativo en la gestión de la organización judicial, grandes poderes siguen confiados a los Consejos de Justicia, órganos del Estado, y no del poder judicial, los cuales no desarrollan funciones judiciales, pero sí funciones político-administrativas con el objetivo de garantizar la independencia de la magistratura.

Entre los varios documentos europeos dirigidos a garantizar la independencia del poder judicial, algunos afirman explícitamente que sobre las decisiones relativas al reclutamiento, carrera, promoción, procedimientos disciplinarios, etc., deba intervenir “una instancia independiente del poder ejecutivo y del poder legislativo dentro del cual, por lo menos, la mitad de los jueces son elegidos por sus pares a través de mecanismos que aseguren la representación más amplia de estos”⁹³.

⁹¹ *Supra*, § 2.

⁹² La Comisión de Venecia, si bien reconociendo que “no existe un modelo único aplicable a todos los países”, recomienda a los Estados que no se priven de “establecer la creación de un consejo del poder judicial independiente o de un órgano similar”, al interior del cual los jueces, electos por sus pares, deberían construir la mayoría de sus miembros: ver el Informe de la Comisión de Venecia “sobre la independencia del sistema judicial” (2010), “III. Aspectos específicos de la independencia de los jueces, 3. Órganos de nominación y consultivos”, § 32.

⁹³ Carta europea sobre el estatuto de los jueces de 1998, § 1.3. El Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (*Consultative Council of European Judges – CCJE*), creado en el año 2000, compuesto por jueces de todos los Estados adherentes al Consejo de Europa, ha elaborado diferentes opiniones sobre los aspectos más relevantes de la justicia en Europa y los ha puesto en conocimiento del Comité de Ministros para la adopción de las recomendaciones. Un papel similar es desarrollado por el Consejo Consultivo de los procuradores europeos (CCPE), creado en el año 2005, compuesto por representantes nacionales, que a su vez elaboran opiniones, a veces en colaboración con el CCJE, sobre el ejercicio de la acción penal y del papel de las oficinas del Ministerio Público.

En los últimos 20 años, cerca de 2/3 de los países adherentes al Consejo de Europa han previsto en sus respectivas constituciones “o, en su defecto, en el instrumento legislativo o constitucional equivalente”⁹⁴, un consejo de justicia denominado, en algunos casos, “Consejo Superior de la Magistratura” (Italia y Francia⁹⁵), que se ocupa de todo el cuerpo judicial (como, p.e. en Italia) o solo de la fiscalía (como, p.e. en España).

En función de las competencias otorgadas a estos consejos se define el grado de autogobierno del poder judicial y se determina la adscripción a uno de los dos modelos organizativos: aquel de Europa del Sur, originado siguiendo el ejemplo francés e italiano de la segunda posguerra (extendido a Bélgica, Portugal y España), en el cual los consejos son competentes en todas las materias atinentes a la carrera de los magistrados, y aquel de Europa del Norte, bajo el ejemplo sueco (extendido en Holanda y Dinamarca), donde los consejos son responsables principalmente de la gestión administrativa de los tribunales, así como el manejo de las finanzas, de los recursos humanos, de la organización y de las tecnologías informáticas⁹⁶. Entre aquellos europeos, el Consejo Superior de la magistratura

⁹⁴ Cfr. Opinión n.º 10 (2007) CCJE, “Misión General: garantizar la independencia del sistema judicial y el Estado de Derecho”, § 11.

⁹⁵ Ambos creados después de la II guerra mundial (el francés con la Constitución de la IV República del 1946 y el italiano con la Constitución de 1948), y reformados por último en 2008 (Francia) y en 2002 (Italia), los Consejos Superiores del poder judicial de estos países han contribuido en la delimitación de las características del modelo. Sin embargo, solo el CSM italiano ha completado formalmente el camino de separación de la influencia gubernativa. El CSM francés en la IV República era calificado como el garante del poder judicial, papel que en la Constitución de la V República pasa al Presidente de la República y el CSM adquiere la calificación de órgano auxiliar. Para profundizar en el tema: MONTANARI, L. *Il governo della...*

⁹⁶ VODERMANS, W. “Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models”, en FERNÁNDEZ, F. (ed.). *The Spanish Constitution in...*, pgs. 2133 y ss. Las politólogas PEDERZOLI y PIANA distinguen entre *councils for the judiciary* y *courts services*; los consejos pertenecientes al primer tipo asumen decisiones que inciden directamente sobre las garantías de independencia del juez, aquellos del segundo se limitan a decisiones relativas a la organización (también en ámbito financiero): PEDERZOLI, P. y PIANA, D. “The Governance of the Judicial Systems in Europe”, en COMAND, R. y DALLARA, C. (eds.). *Handbook on Judicial...*, pgs. 89 y ss. Para un análisis de los distintos ordenamientos, RENOUX, T. S. (ed.). *Les Conseils supérieur...*

italiano representa tal vez el caso más significativo de realización del autogobierno de la magistratura, ya que cuenta con amplios poderes en materia de *status* de los magistrados, que van desde la asignación de escaños a las evaluaciones para las promociones y los aumentos económicos⁹⁷. Tradicionalmente, ajena a la creación de un órgano *ad hoc* (pero no bajo el principio de autogobierno del poder judicial) es Alemania, donde existen los consejos judiciales (*Richterräte*).

El modelo mediterráneo ha influenciado a los países de Europa Centro-Oriental, tras superar la fase socialista. A los países entrantes a la Unión Europea, entre 2004 y 2013, se les ha solicitado respeto por una serie de criterios de cumplimiento, entre los cuales está incluida la independencia del poder judicial, elemento esencial del principio de *rule of law*⁹⁸. En sus respectivas constituciones, Bulgaria (en la inmediatez de la transición, desde la Constitución de 1991, art. 130), Albania (art. 147), Croacia (art. 123), Polonia (art. 187), Rumania (art. 133), Serbia (art. 153), Eslovenia (art. 131), etc., han introducido los consejos del poder judicial con una composición y competencias similares a las de la Europa Occidental⁹⁹. Órganos de autogobierno del poder judicial se han extendido también en América Latina (están previstos en las constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú y Venezuela, y por las leyes ordinarias de otros países).

Para garantizar los principios de autonomía del órgano y de representatividad de la categoría, las instituciones europeas recomiendan una composición mixta de los consejos (miembros “togados” y miembros denominados “laicos”), aunque no se descarta la creación de colegios integrados en su totalidad por magistrados

⁹⁷ Para un análisis más profundo del caso italiano, véase DI FEDERICO, G. “Organico, reclutamento, valutazioni della professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione delle funzioni giudiziarie, trattamento economico”, en DI FEDERICO, G. (ed.). *Ordinamento giudiziario: uffici...*, pgs. 181 y ss., vease también CARAVITA, B. (ed.). *Gli organi di...*

⁹⁸ PALERMO, F. y WOELK, J. “L’indipendenza della magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali”, en CALAMO, M. y otros. *I Balcani occidentali. Le...*, pgs. 203 y ss.

⁹⁹ Para una visión general: PIANA, D. *Judicial accountabilities in...* Algunos países son tratados en la sección monográfica “L’indipendenza della Magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di Giustizia” (al cuidado de D’ORLANDO, E. y MONTANARI, L.) de *Diritto pubblico comparato...*

o por no magistrados¹⁰⁰. Así ha sido para las primeras experiencias de consejos donde se evidencia una prevalencia de los miembros togados (16 sobre 24 en Italia, 7 sobre 17 en Portugal, 12 sobre 20 en España; en Francia el número es variable en función de la composición). La “composición mixta tiene la ventaja, por una parte, de evitar el corporativismo y, por otra, de reflejar las diversas corrientes de opinión en la sociedad, y aparecer así como una fuente adicional de legitimidad del poder judicial”¹⁰¹, quedando claro que al interior del consejo no deben imponerse lógicas partidarias de tipo político-parlamentario¹⁰². Para los miembros que provienen del poder judicial se recomienda la participación más amplia del electorado; mientras que para los miembros “laicos”, la selección debería recaer sobre profesores universitarios (no solo juristas, sino estudiosos de las ciencias sociales) o ciudadanos particularmente cualificados. La composición puede variar también con base en la decisión que se deba tomar, como en Francia, donde el número de miembros togados cambia en caso de decisiones que recaigan sobre un juez o el Ministerio Público¹⁰³, o en base al componente lingüístico y cultural, como en Bélgica, donde el *Conseil supérieur de la justice* tiene una formación francófona y flamenca¹⁰⁴. La composición puede tener consecuencias sobre el sistema de evaluación y de progresión en la carrera de los magistrados, en particular, cuando al criterio de antigüedad se añade el de mérito, cuya evaluación se encomienda a los consejos.

¹⁰⁰ En el caso de composición mixta, la Red Europea de Consejos de Justicia (*European Network of Councils for the Judiciary* – ENCJ, o *Réseau européen des Conseils de la Justice* – RECJ) ha precisado que los magistrados deben ser en mayoría o al menos el 50%: Asamblea General del ENCJ, Budapest, 21/23-3-2008, resolución sobre “Gobierno autónomo del poder judicial: equilibrio entre independencia y responsabilidad”, § 4.

¹⁰¹ Opinión n.º 10 CCJE, cit., “III, Un consejo judicial compuesto por la mayoría de jueces”, § 19.

¹⁰² Para todos estos aspectos se recomienda a VOLPI, M. “L’indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia”, *Diritto pubblico comparato...*, pgs. 1765 y ss.

¹⁰³ El CSM francés es de hecho formado por dos secciones: una se ocupa de los magistrados con funciones de juzgar (*magistrats du siège*), y se compone por el presidente de la Corte de Casación, cinco jueces y un miembro del Ministerio Público; y la otra sección de los magistrados del oficio del Ministerio Público (*magistrats du parquet*), y cuando juzga a un miembro del Ministerio Público las proporciones son invertidas y el procurador general de la Corte de Casación sustituye al presidente.

¹⁰⁴ Para profundizar: VERDUSSEN, M. (ed.). *Conseil supérieur de...*

Indicaciones precisas son dadas también a la figura del presidente, que debería ser una figura imparcial no ligada a la clase política; a veces es el Presidente de la República (p.e. Italia, Francia, lo cual no es irrelevante en virtud de sus formas de gobierno, parlamentario la primera y semipresidencial la segunda) o un juez de las altas cortes (p.e. en España, Portugal y Grecia es el presidente del Tribunal Supremo). La presencia o ausencia del ministro de justicia es indicativa de la escogencia de desconectar – al menos formalmente – el Consejo de la del grupo gubernamental; en realidad pocos son los países que excluyen el ministro del colegio, así como los que no confían en él las decisiones sobre la individualización de las prioridades en el ejercicio de las acciones penales (Italia se destaca en ambos casos).

7. TENDENCIAS ACTUALES DEL *JUS DICERE* EN EL MUNDO GLOBALIZADO

Desde hace tiempo, para comentar sobre las transformaciones de la justicia, su funcionamiento actual y sus relaciones con los demás poderes del Estado contemporáneo, se utiliza una expresión universalmente aceptada: “crisis de la justicia”. La cual incide en diversos aspectos sustanciales de la “justicia”, afecta a la tradición occidental y cuestiona el *western model of justice* (modelo occidental de justicia), en un mundo globalizado.

Dentro de esta expresión se colocan varios fenómenos, a primera vista contrastantes: por una parte, la expansión del poder judicial y la aparición de un “activismo judicial”¹⁰⁵ que choca, en particular, con el poder legislativo; por otra, la pérdida de centralidad del juez en el juicio, lo que le da más relevancia a otros sujetos ajenos al poder judicial. A pesar de las diferentes expresiones,

¹⁰⁵ “El uso de la expresión tiene connotaciones polémicas” y puede ser criticado por partes políticas opuestas, tanto que “se ha llegado a decir que “activismo judicial” es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado”: vid. FIX-FIERRO, H. (voz) “Activismo judicial”, en FERRER, E., MARTÍNEZ, F. y FIGUEROA, G. (eds.). *Diccionario de Derecho...*, pg. 43. Seguramente, se trata de una tendencia difusa que se manifiesta sobre todo en los casos sobre derechos fundamentales, y atañe principalmente a las decisiones relativas al control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la expresión se puede aplicar también a la actividad de tribunales internacionales y supranacionales.

estos fenómenos tienen sus raíces en la superación del esquema tradicional del siglo XIX basado en la separación de poderes (el mismo que ha permitido que el poder judicial se separase de los demás y fuese independiente). Este esquema fue reemplazado por uno más complejo, en el que el juez ya no actúa como un mero ejecutor de la ley (*bouche de la loi*), sino participa, con su actividad interpretativa, en la “creación del Derecho”¹⁰⁶.

La figura del juez, de hecho, ha pasado de la de juez-ejecutor coherente con el pensamiento de Montesquieu, con un poder nulo (cuya relación con las instituciones y con el Derecho no es tan diferente de las posiciones adoptadas por *Blackstone* en la teoría declarativa del Derecho), a la de juez-delegado, que se puede expresar de forma discrecional, pero bajo las directrices de las instituciones representativas, hasta juez-guardián, quien no solo es independiente de las instituciones políticas, sino puede actuar en contra de ellas¹⁰⁷.

Se ha dicho que la propensión a la creatividad del juez tiende a dilatarse principalmente por dos razones¹⁰⁸: una “producción normativa excesiva y pormenorizada”, que obliga al juez a tomar un papel activo en la determinación de la norma que debe aplicarse en el caso y lleva a declarar que “el juez no debe crear Derecho, pero a la vez no puede no crearlo”¹⁰⁹; y una actitud del legislador y/o de la legislación que no responde a la creciente demanda de justicia de una sociedad cada vez más compleja, evolucionada, multicultural. La “afonía de la ley no puede ser afonía del Derecho, ni tampoco del juez”, quien – empleando varias imágenes evocadas por la literatura – ya no se limita al papel de “perro guardián” (que puede morder)¹¹⁰ y ya no tiene la “posición de un distribuidor

¹⁰⁶ Con énfasis más o menos fuerte, esta actitud del juez es reconocida y aceptada más o menos abiertamente por la doctrina.

¹⁰⁷ Para una descripción de las distintas figuras: GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *La magistratura nelle...*, pgs. 164 y ss.

¹⁰⁸ Lo resumen eficazmente DI GIOVINE, A. y MASTROMARINO, A. “Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale”, en TONIATTI, R. y MAGRASSI, M. (eds.). *Magistratura, giurisdizione ed...*, pgs. 26 y ss., en particular pg. 33.

¹⁰⁹ BARBERIS, M. “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione”, en *Associazione italiana dei...*, pg. 10.

¹¹⁰ SHAPIRO, M. “The European Court of Justice: Of Institutions and Democracy”, *Israel law review...*, pg. 7.

automático de Derecho”¹¹¹, sino trata de hacer frente a la “sed de los derechos” individuales y colectivos, alimentada por el constitucionalismo liberal, nacional y supranacional¹¹², convirtiéndose en “el nuevo augur, *schamann*, hombre-medicina de todos los litigios y contraposiciones de intereses que habrían debido encontrar una solución pacificadora en el circuito de la política”¹¹³.

Si bien se permite la actividad legislativa judicial de “integración” desde hace tiempo¹¹⁴, ello no elimina las dudas sobre el fundamento de la legitimidad democrática del poder judicial, especialmente en los países con tradición de *common law*. Como lo vimos en el § 5, la elección del modelo de organización del poder judicial afecta a la legitimidad del juez en la sociedad: “distintas son las formas para el acceso a la carrera (...) distinto es el circuito a través del cual se conecta la función jurisdiccional al principio de soberanía popular”¹¹⁵, diferentes son las maneras en las que el poder judicial dialoga con los demás poderes del Estado. Los caracteres que marcaron inicialmente los dos modelos en la época del estado liberal se han reducido con el paso a un estado multi-clase y se han adaptado a los principios del Estado social-demócrata moderno.

En los países de *common law*, el valor político de la designación del juez mediante elección popular o cooptación, desde arriba, está históricamente justificada por el carácter “creativo” de la jurisprudencia y por la capacidad del juez para afectar a la axiología de valores, acentuada por la introducción del control de constitucionalidad de las leyes que, en estos sistemas, tiene carácter difuso¹¹⁶. En

¹¹¹ WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*..., pg. 191.

¹¹² Este concepto es explicado por FRIEDMAN en varias obras: *Total Justice*..., y, FRIEDMAN, L. M. *The horizontal society*...

¹¹³ LÓPEZ, J. F. “El Poder judicial”, § 7 de las pruebas. (Este § desapareció en el texto final.)

¹¹⁴ Se recuerda aquí la *dissenting opinion* del juez HOLMES en *Southern Pacific Co. vs. Jensen*, donde dijo que reconocía sin hesitación que los jueces legislan y deben hacerlo, pero solo de forma intersticial (*interstitially*). Habla de actividad legislativa “intersticial” también BARAK, A. *Judicial discretion*..., pg. 233.

¹¹⁵ Lo enfatiza MOSCHELLA, G. “Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica”, en GAMBINO, S. (ed.). *La magistratura nello...*, pgs. 497 y ss.

¹¹⁶ En su actividad (aplicación de las normas jurídicas aceptadas por la sociedad para resolver controversias), el juez participa en la función política fundamental de “posicionamiento autoritativo de los valores”, como lo recuerdan GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *La*

los sistemas de *civil law*, el hecho de que los jueces pertenezcan a la burocracia estatal y estén seleccionados mediante oposición, refleja el paradigma clásico del Estado liberal; en el Estado constitucional, este esquema es superado por la superposición del principio de constitucionalidad al de legalidad y, en general, por el abandono de las categorías clásicas del Derecho y del mismo concepto de soberanía propuesto por KELSEN (*gubernaculum e iurisdictio* están ahora sujetos a la Constitución soberana)¹¹⁷.

El consiguiente fortalecimiento de las garantías del poder judicial consagradas en las constituciones rígidas conduce al juez a interpretar las normas, experimentando argumentos lógicos de los textos legislativos que se alejan, como se dijo, de la mera aplicación del derecho codificado.

7.1. La expansión del poder judicial: jurisdiccionalización de la política y politización de la justicia

Las razones de la transformación del papel del juez son variadas y no todas atribuibles directamente a los caracteres del sistema judicial; se trata de una transformación global de los sistemas jurídicos modernos, donde la crisis de la justicia está entrelazada con la crisis de la responsabilidad política y parlamentaria, con la de la representatividad de los partidos políticos, con nuevos modos de adquisición del consenso, que pasan por los nuevos medios de comunicación y se reflejan en las relaciones entre poder judicial y ciudadanos. Esta nueva organización de los sistemas jurídicos contemporáneos ha fomentado la expansión de este (a veces una invasión), y ha intensificado las relaciones entre justicia y política¹¹⁸.

El impacto político de la acción judicial es un fenómeno que ya no puede ser estudiado solo con referencia al poder que los jueces ejercen durante el desempeño del control de las leyes, sino que se extiende al control de las decisiones de la administración pública, y se evalúa con base en diferentes elementos (el área

magistratura nelle democrazie..., pg. 164, recordando el pensamiento de D. EASTON.

¹¹⁷ Ningún poder es soberano según KELSEN, H. *Das problem der...*

¹¹⁸ El fenómeno es analizado desde hace tiempo en perspectiva comparada también: JACOB, H. y otros. *Courts, Law &...*

de intervención del juez; la organización predominantemente centralizada – o descentralizada – del poder judicial, el acceso al sistema por parte de grupos de interés, etc.)¹¹⁹. La tendencia a transferir las decisiones desde los poderes legislativo y ejecutivo hacia el judicial, de acuerdo con un proceso llamado “judicialización de la política”¹²⁰, o “gobierno de los jueces”¹²¹, es un fenómeno estudiado inicialmente en los EE.UU., que empero ahora es común a ambos modelos de organización judicial. Los estudios de los politólogos muestran que el proceso de judicialización de la política no presenta connotaciones negativas, necesariamente; por el contrario, un poder judicial fuerte y eficaz se ha considerado positivamente como garantía de los derechos. Es natural que un papel tan proactivo del judicial a menudo desencadene un proceso de “politización de la justicia”, es decir, intentos de presión por parte de grupos de interés, por p.e. en la selección y en las orientaciones de los jueces (los EE.UU. son un ejemplo claro: desde las decisiones tomadas por la Corte Suprema en la era del *New Deal*, hasta el caso *Bush vs. Gore*.)¹²²

Las mismas aulas de tribunales, se ha dicho, “pueden ser utilizadas como arenas “policéntricas” en lugar de “bipolares”, es decir, caracterizadas por no solo dos lados opuestos, como exigiría la estructura clásica del procedimiento judicial, sino por una pluralidad de intereses en juego”¹²³, y por una de sujetos interesados en la decisión final (sujetos que, si bien numerosos, a veces logran

¹¹⁹ Todos estos elementos permiten valorar el nivel de intervención de la magistratura en el proceso político, como demuestran GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. *La magistratura nelle...*, pgs. 157 y ss.

¹²⁰ Un primer análisis y propuesta de definición se encuentra en TATE, C. N. y VALLINDER, T. (eds.). *The global expansion...*, pero se recomienda, asimismo, ver a SHAPIRO, M. y STONE, A. *On law, judicialization...*, y SHAPIRO, M. “Judicialization of Politics in The United States”, *International political science...*

¹²¹ LAMBERT, E. *Le gouvernement des...*

¹²² Desde hace tiempo se había notado que “interpretando y creando la ley, los jueces no pueden no ser condicionados profundamente por su concepción del mundo, que a su vez determina su actitud hacia los conflictos que allí surgen”: MILIBAND, R. *The State in...*, pg. 165.

¹²³ Lo subraya Pederzoli, P. “Magistratura e politica: quale coabitazione”, en GAMBINO, S. (ed.). *La magistratura nello...*, pg. 62, recordando la doctrina clásica sobre el tema, especialmente FARBER, D. A. “Stretching the adjudication paradigm: Another look at judicial policy-making and the modern state”, en *Law and social ...*, pgs. 751 y ss.

coincidir con una parte del caso, vs. las *class actions*).

Para amplificar estos dos fenómenos paralelos, han contribuido los medios de comunicación, que permiten a los jueces el diálogo con la sociedad y con las mismas instituciones, cada vez más entran en los procesos (incluyendo los procesos decisorios). En el pasado, los jueces buscaban sus “referentes políticos” dentro del gobierno y, más tarde, en los consejos del poder judicial (en los países de la Europa continental, donde han reemplazado al ejecutivo en las decisiones relacionadas con las carreras de los jueces); ahora los medios de comunicación se han convertido en el nuevo potente, referente que conecta el poder judicial con la sociedad¹²⁴.

7.2. La “unicidad” de la jurisdicción estatal en crisis

En el mundo occidental, se afirma paulatinamente la fragmentación del concepto (unitario) de jurisdicción. Esta, en efecto, ya no se limita al dominio de los tribunales estatales (expresión de la soberanía del Estado), sino que se dispersa entre múltiples sujetos que, no siempre, pertenecen al cuerpo de la judicatura.

Por el frente externo, asistimos a una presión “desde lo alto” de jurisdicciones supranacionales (advertida con mayor o menor intensidad según el sistema regional) y “transversal” de derecho transnacional. De hecho, la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios e ideas) hoy en día ocurre en amplia medida en vía jurisprudencia, sobre todo gracias al aporte de las cortes constitucionales y de las internacionales o transnacionales. Cada vez con mayor frecuencia, el juez debe confrontarse con la jurisprudencia de estas, que penetra en los ordenamientos estatales y “viaja en paralelo” a la estatal¹²⁵. El activismo

¹²⁴ Lo demuestran los comentarios en la prensa británica sobre la “sentencia *Brexit*” [R (Miller) -V- *Secretary of State for Exiting the European Union*] [2016] EWHC 2768 (Admin), del 3 de noviembre 2016], con la cual los jueces de la *High Court of Justice* han afirmado rotundamente que el gobierno británico no tiene el poder de notificar la salida del Reino Unido de la UE sin autorización parlamentaria, pues ello conllevaría una limitación de los derechos de los ciudadanos británicos que no puede ser decidida por parte del ejecutivo ejerciendo sus *prerogative powers*.

¹²⁵ Un agudo observador externo del sistema francés anota que en Francia las “Cortes supremas” son cinco: *Cour de Cassation*, *Conseil d'État*, *Conseil Constitutionnel*, *Cour européenne des droits de*

judicial del que muchas cortes estatales son acusadas es un fenómeno que hoy se identifica también en las internacionales y supranacionales, tales como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (gracias a la doctrina de la supremacía del derecho europeo sobre el interno de sus países integrantes) y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su doctrina del control de convencionalidad.

Incluso, aquellas manifestaciones de producción normativa que toman el nombre de derecho transnacional deben reconducirse al lecho del derecho jurisprudencial. En el nombre de una comunión de principios – que superó el intento inicial de resolver los problemas relativos a las relaciones comerciales interestatales –, los estados se adhieren ahora a una *nueva lex mercatoria* de índole supranacional, a un *rule of law* en la perspectiva del comercio internacional que incide notablemente en la soberanía estatal y en la actividad de los jueces¹²⁶.

Por el frente interno, asistimos a un crecimiento de “jurisdicciones privadas” (*Alternative Dispute Resolution*, arbitramentos, etc.), que no termina en el contencioso extrajudicial, sino que cada vez más se inserta al interior del proceso, de manera colaborativa con la autoridad judicial. Ignorar estos instrumentos proporcionaría una visión errónea del juez, que ya no tiene el monopolio de la jurisdicción, y del proceso, que ya no es el lugar exclusivo para la solución de controversias.

7.2.1. La erosión desde el interior: *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y otras formas no autoritaritativas de jurisdicción

El proceso de fragmentación de la justicia opera, internamente, en varios frentes. El rol más incisivo seguramente es aquel que desarrollan las ADR. Sin embargo, es preciso citar otros sujetos e instituciones que amenazan el monopolio sobre la gestión de la jurisdicción, tales como las autoridades administrativas

l'homme, Cour de Justice de l'Union européenne: LASSER, M. *Judicial Transformations: The...*

¹²⁶ GALGANO, F. “Diritto civile e diritto commerciale”, en GALGANO, F. (ed.). *Atlante di diritto...*, pgs. 42 y ss.

independientes¹²⁷, o los defensores cívicos¹²⁸.

Con el acrónimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*, o, en su acepción más innovadora, *Amical Dispute Resolution*), nos referimos a una serie de métodos para solución de controversias alternativos al procedimiento judicial, que se difundieron en la segunda mitad del siglo pasado en los ordenamientos de matriz occidental. No existe una definición unívoca de ADR, ni podemos referirnos a convenciones internacionales u otros instrumentos de *soft-law* para un concepto compartido del fenómeno¹²⁹. En efecto, este engloba institutos jurídicos muy diversos entre sí, entre los cuales los más conocidos son el arbitramento, la conciliación, la mediación, la *adjudication*. Dichos institutos jurídicos contribuyen a fragmentar el panorama unitario y original de las jurisdicciones estatales; la actividad de “dar justicia” asume un alcance más amplio y se confía a terceros, a menudo seleccionados por las partes, que no poseen los requisitos exigidos al juez, tal y como históricamente se formó.

El movimiento cultural que dio origen a las ADR nació en los Estados Unidos, donde se creó esta expresión hacia los años 70, como consecuencia de

¹²⁷ Utilizamos aquí el término “Autoridades independientes”, más típico de la cultura de Europa continental; en cambio, en el Reino Unido se utilizó el nombre de *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organisations*) para designar los organismos públicos que disfrutaban del nivel más alto de autonomía. El tema es particularmente sentido en los países de tradición civilista, dado que en los Estados Unidos el papel de las *Agencies* se ha consolidado. La función para-jurisdiccional (junto con aquella para-normativa) de las autoridades administrativas en Europa por tiempo ha sido objeto de amplios debates en doctrina. Además de los manuales, desde una perspectiva del derecho comparado, hay que resaltar especialmente el estudio de SALVADOR, M. *Administraciones independientes: un...*

¹²⁸ En lo que atañe al ombudsman/defensor cívico, nos limitamos a resaltar que sus actos, tendencialmente, no tienen carácter vinculante, y su eficacia depende, usualmente, del prestigio del órgano (se habla en efecto de magistratura de influencia). En clave comparativa, partir desde VOLPE, L. “In search of the administrative morality: l’*ombudsman* successo dell’*Ombudsman* dalla patria baltica alla Cordigliera delle Ande”, *Diritto pubblico comparato...*, pgs. 1594 y ss.

¹²⁹ En materia de comercio internacional, se hace referencia a las ADR en el momento de proponer modelos de decisión de controversias: El *American Law Institute* y ALI-UNIDROIT, V. en sus “Principles of transnational civil procedure”, aprobados en 2004, en el punto 24.2 invitan a los tribunales a facilitar estos instrumentos alternativos en cada etapa del procedimiento. ALI-UNIDROIT, V. *Principles of transnational...*

una crisis del sistema judicial conocida con el nombre de “*litigation explosion*”, la cual llevó a un notable aumento de la carga de trabajo de los tribunales y a la inevitable insatisfacción de los ciudadanos hacia la administración de justicia¹³⁰. Desde los Estados Unidos, las teorías modernas sobre modelos alternativos de solución del contencioso se difundieron en los países de tradición occidental y fueron acogidas con denominaciones variadas¹³¹.

En principio, ello ha planteado algunos problemas de orden general porque, históricamente, los ordenamientos occidentales confiaban en el juez y en la ley del Estado para la solución pacífica de litigios. Ellos otorgaban a la jurisdicción estatal el papel de garante exclusivo de la legalidad y de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares, a diferencia de lo que aún ocurre en muchas partes del mundo, donde la estatal comparte la resolución de litigios con otras jurisdicciones¹³². En cambio, con este movimiento cultural, se tiende a excluir que aquella sea la única forma de acción de los derechos disponibles, e incluso se induce a los particulares a creer que el juez debe intervenir solamente cuando no es posible alcanzar un acuerdo con instrumentos alternativos.

Potencialmente, se trata de un cambio radical en la manera de percibir la justicia, pero no necesariamente de una alteración del papel del juez, el cual cede – progresivamente – buena parte de la materia del contencioso y asiste a un redimensionamiento de su papel, pero no necesariamente una alteración. En efecto, el concepto de “alternatividad” que estos métodos evocan, no implica necesariamente una exclusión del proceso, es más, las ADR a menudo suponen el proceso, sino que lo anteceden y, en algunos casos, se entrelazan con su desarrollo y hacen del juez un protagonista de la resolución “alternativa”.

La idea de procurar un acuerdo entre las partes y no considerar el sistema judicial como el único lugar de resolución del contencioso o, mejor aún, la idea

¹³⁰ PALMER, R. y ROBERTS, S. *Dispute processes: ADR...*, pg. 46.

¹³¹ El rechazo a la terminología inglesa llevó en Francia a crear la expresión *modes alternatifs de règlement des litiges* (MARL) y en Québec aquella de *solutions de rechange au règlement des litiges* (SORREL): vid. CHEVALIER, P., DESDEVISES, Y. y MILBURN, Ph. (eds). *Les modes alternatifs...*

¹³² *Supra*, § 2 y § 4.1.

de evitar *a priori* una situación de conflicto es en cambio mucho más antigua. De ello hay trazos tanto en los orígenes contractuales del proceso romano, como en la etapa *pre-trial* de la tradición del *common law*, incluso pensada para promover la composición de la controversia, sin llegar al *trial*.

Sin embargo, las raíces deben buscarse en algunas filosofías orientales que, en parte, incluso hoy en día se reflejan en los ordenamientos jurídicos de China y Japón, aunque unas formas de resolución de conflictos sociales confiadas a “autoridades” fuertemente ligadas al territorio – o mejor, a la aldea – se encuentran en varias partes del mundo (p.e. el mito de los *panchayat* en India, reintroducidos hoy en día en la forma de autoridades administrativas). La cultura del no conflicto y de la negociación permea la postura de los ciudadanos frente a la justicia, tanto que “la ADR en Japón podría significar el proceso más que la mediación o la conciliación, por el simple motivo que en Japón los ciudadanos tradicionalmente creían que las partes en causa debiesen ante todo intentar resolver sus litigios por medio de la negociación”¹³³. Contrariamente a lo que ocurre en los Estados Unidos donde, culturalmente, el proceso es la regla, en Japón es la alternativa al principio de la transacción. La mediación que practica el juez (*kankai*, de derivación feudal) sobrevivió en el nuevo código de procedimiento civil, modulado sobre el código alemán (testimonio de ello son los pequeños cuartos llamados “salas de transacción” existentes en los palacios de justicia.)¹³⁴. La principal forma de mediación ante las cortes es el *chotei* (traducible con la palabra “conciliación”), instituido en 1922 para mediar las controversias en materia de inmuebles, que luego se extendió a varias materias¹³⁵. Cada caso *chotei* es gestionado por un juez y dos conciliadores, que forman el comité *chotei*.

¹³³ Esta observación, de TANIGUCHI, Y. y YAMADA, A. “I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone”, en VARANO, V. (ed.). *L'altra giustizia...*, pg. 273, se fundamenta en algunos estudios estadísticos sobre partes interesadas en un proceso.

¹³⁴ En el sistema feudal, los jueces siempre trataban de convencer a las partes para llegar a un acuerdo, y esta tradición no ha desaparecido con la modernización del ordenamiento jurídico japonés. Lo nota WIGMORE, J. H. *A panorama of the...*, pgs. 479 y ss.

¹³⁵ Acerca de la expansión de este instituto, véanse las críticas de HALEY, J. O. “The politics of informal justice: The japanese experience, 1922-1942”, en ABEL, R. L. (ed.). *The politics of informal...* pgs. 125 y ss.

En China, la cultura confuciana seguramente ha marcado la tendencia a evitar el conflicto y a privilegiar soluciones comprensorias¹³⁶. Sin embargo, estudios recientes sobre la dinastía Qing demostraron que en la China imperial existía también una justicia civil, además de la penal, que no contemplaba solamente la vía extrajudicial, sino también la procesal¹³⁷. No obstante, la fuerte vocación a rechazar el conflicto resistió incluso a la caída del Imperio y a las influencias occidentales sobre los códigos (de hecho, algunos procedimientos incluidos en los códigos nunca fueron aplicados), así como al modelo soviético adoptado posteriormente, a la revolución cultural y a las reformas post-maoístas. Además del arbitramento, el instrumento más común es la conciliación, que se adaptó a la expansión económica y social¹³⁸.

Hoy en día el mundo occidental mira a las ADR “con convicción, a menudo con entusiasmo, como la panacea de todos los males – lentitud, costos, formalismo, rigidez – de la justicia civil ordinaria”¹³⁹. El interés es transversal: de hecho, toca ordenamientos que pertenecen a familias jurídicas diversas, pero, al interior de la misma familia, no siempre se fundamenta en supuestos idénticos (p.e. el *leitmotiv* que leva a Alemania a adoptar estas medidas es diverso de aquel de Italia; en el primer caso, el proceso civil es bastante satisfactorio y la mediación se utiliza de manera integrativa; en el segundo, el intento de conciliación se torna obligatorio en ciertos casos para intentar agilizar el proceso). Más allá de las peculiaridades de cada ordenamiento, se registra una tendencia a la convergencia de los sistemas procesales hacia un modelo próximo a aquel *non-adversarial* (de molde anglosajón),

¹³⁶ DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C. *Les grands systèmes...*, pgs. 451 y ss. Sobre el papel actual de los tribunales: LIN, C. “Constitutions and Courts in Chinese Authoritarian Regimes: China and Pre-Democratic Taiwan in Comparison”, *I.CON*, n.º 14 (2), 2016, pgs. 351 y ss: <http://icon.oxfordjournals.org/>.

¹³⁷ Para todos: HUANG, P. C. *Civil Justice in...*

¹³⁸ En las grandes ciudades nacieron nuevas figuras de conciliador: en lugar de los Comités de residentes, en las grandes urbanizaciones los representantes de las sociedades inmobiliarias se están afirmando como órganos para-jurisdiccionales de los litigios que nacen entre propietarios. Para una síntesis sobre la evolución de los sistemas de resolución alternativos, remitimos a TIMOTEO, M. “Le controversie fuori dalle Corti: il caso cinese”, en VARANO, V. (ed.). *L’altra giustizia...*, pg. 302 y ss. Para profundizar sobre conciliación, vid. TARUFFO, M. “La conciliazione nell’ordinamento cinese”, *Rivista di diritto...*, pgs. 581 y ss.

¹³⁹ VARANO, V. “Presentazione”, en VARANO, V. (ed.). *L’altra giustizia...*, pg. VII.

en el que el juez goza de poderes más amplios para la “gestión” del proceso.

La invitación a adoptar procedimientos extrajudiciales y alternativos al rito con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia proviene de múltiples lugares¹⁴⁰. Sin embargo, no siempre la adopción de estos métodos lleva a resultados satisfactorios, sobre todo cuando se pretende que los instrumentos de consenso resuelvan los problemas de la maquinaria judicial. Cuando por el contrario los métodos alternativos se valoran al interior del sistema judicial, contribuyen a hacer más eficaz la administración de justicia y a disminuir el porcentaje de resolución judicial de los litigios. La positivización de las ADR transforma estos instrumentos desde símbolo de la renuncia a una prerrogativa estatal (el “dar justicia”), por las múltiples dificultades señaladas, a instrumento para el mejoramiento y la superación de la tradicional visión de justicia¹⁴¹.

En este sentido, es significativa la reforma británica, cuya *ratio* se sintetiza en la reflexión de *Lord Woolf* expresada en el *Final Report* de la reforma de 1999: *My approach to civil justice is that disputes should, wherever possible, be resolved without litigation.*

¹⁴⁰ A diferencia de los Estados Unidos, donde las ADR nacieron en un clima de desconfianza hacia las instituciones judiciales, la UE tuvo una postura positiva y propuso – a veces, impuso – estos instrumentos a los Estados miembros, a partir del campo de la tutela de los consumidores, insertando en los catálogos de los derechos de los consumidores unas formas de acceso a la justicia en sentido *lato*. Para una primera aproximación, ver: ALPA, G. “Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile”, en *Politica del diritto...*, pgs. 403 y ss. En el libro sobre el acceso de los consumidores a la justicia se valora la conciliación como instrumento prioritario: *Libro Verde* del 16 de noviembre de 1993 – COM (93) 576, confirmado en el *Libro Verde* del 19 de abril de 2002, DOC. COM. (2002) 196. En este sentido, la Comisión intervino múltiples veces con varios planes de acción y con recomendaciones (en particular, la del 4 de abril de 2001, n.o 2001/310/CE GUCE L. n.o 109 del 19 de abril de 2001, dirigida a los órganos terceros encargados de resolver en vía extrajudicial las controversias, respetar una serie de principios; la directiva 2008/52/CE, relativa a determinados “Aspectos de la mediación en materia civil y comercial” y, por último, en 2013, dos actos normativos que contribuyen a difundir y homogeneizar los sistemas alternativos: una nueva directiva en materia de ADR reservada exclusivamente a las controversias con los consumidores (2013/11 UE) y el reglamento (n.o 524 de 2013) sobre ODR (*Online Dispute Resolution*) que disciplina los litigios de los consumidores.

¹⁴¹ Nos acercamos a aquella concepción de justicia teorizada por CAPPELLETTI, M. “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, en *Rivista di diritto...*, pgs. 233 y ss., y CAPPELLETTI, M. *Dimensioni della...*, pgs. 71 y ss., y 103 y ss.

*Where litigation is unavoidable, it should be conducted with a view to encouraging settlement at the earliest possible stage*¹⁴². Las nuevas *Civil Procedure Rules* de 1999 del Reino Unido recogen las observaciones de *Lord Woolf*, intervienen sobre todo en la disciplina de la etapa de *pre-trial* y valoran el papel de las partes (y del juez) en evitar que se llegue al proceso¹⁴³.

7.3. La justicia transicional y de la reconciliación

Existe un tema que no atañe directamente – o, por lo menos, no exclusivamente – al sistema judicial estatal, pero que también concierne al “dar justicia” en determinados momentos históricos, y con el instrumento judicial por excelencia (el proceso), utilizado para comprobar verdades que van más allá de la esfera individual. Se trata de la “justicia transicional”¹⁴⁴ o “justicia post-autoritaria”¹⁴⁵. El siglo pasado y el inicio del actual fueron marcados por numerosos crímenes internacionales cometidos durante los períodos de totalitarismo y autoritarismo ocurridos en varias partes del mundo (en América Latina, Europa – mediterránea, continental y del Este –, África y Asia).

¹⁴² WOOLF, H. *Acces to justice...*

¹⁴³ El código toma el nombre de *Civil Procedure Rules 1998* y entró en vigencia el 26 de abril de 1999. Recientes modificaciones fueron aportadas con el *Civil Procedure (Amendment) Rules 2009*. Con la reforma, el juez viste los hábitos de un *case manager* que no solamente alienta las partes a adoptar instrumentos de resolución de controversias para evitar el choque en aula, sino que sugiere qué instrumentos utilizar, en qué etapas procesales y en cuáles asuntos del contencioso. Para un comentario al código: ZUCKERMAN, A. A. S. *Civil Justice in...*

¹⁴⁴ Los estudios de *transitional justice* aparecen en los últimos 20 años, paralelamente a la difusión de los estudios sobre transiciones democráticas. El término es omnicompreensivo e incluye varios instrumentos jurídicos utilizados para dirimir conflictos con el pasado. Para una contextualización véase TEITEL, R. G. *Transitional Justice...* La justicia transicional agrega diversas experiencias bajo una única etiqueta y, como se ha anotado, contiene dos “naciones críticas”: la primera es la temporalidad de las medidas que deben adoptarse para “infundir confianza en la construcción de la sociedad post-dispótica”; la segunda es el rechazo de un “*winner-take-all approach*”: MUTUA, M. “A critique of rights in transitional justice: The african experience”, en ORÉ, G. y GÓMEZ, F. (eds.). *Rethinking transitions: Equality...*, pg. 31.

¹⁴⁵ Un estudio transversal comparado reciente es DI GREGORIO, A. *Epurazioni e protezione...*

Más allá de las peculiaridades histórico-político-culturales de cada país, una vez superados los conflictos, se abre una etapa de transición, liderada por una nueva clase política, a la que corresponde la tarea de gestionar el paso desde el régimen autoritario al nuevo ordenamiento democrático y de decidir cómo tratar a quienes se mancharon con las atrocidades del pasado. En esta etapa, los nuevos gobiernos deben decidir entre tener una postura “misericordiosa” o bien “punitiva” hacia quienes cometieron (o permitieron) estos crímenes, en nombre de principios trascendentes admitidos en el anterior contexto institucional. Los nuevos gobernantes “deben decidir si los exponentes principales, los colaboradores o los representantes del régimen anterior, deben ser citados a juicio o sancionados de otra manera, e incluso [deben decidir] si y de qué manera las víctimas de dichos regímenes deben ser rehabilitadas y resarcidas”¹⁴⁶.

En efecto, el problema a menudo se plantea “en términos de “condena *versus* amnistía”, donde la pena se identifica con la memoria colectiva y su renuncia se identifica con la amnistía general”¹⁴⁷.

La idea de verificar los crímenes del pasado tiene raíces antiguas, pero solo recientemente (después de la Segunda Guerra Mundial) se superó la postura, prevaleciente hasta aquel momento, de perdonar y aplicar la amnistía como instrumento para favorecer un rápido paso a la etapa democrática. En los tratados de paz, por primera vez, se establecen medidas punitivas para los crímenes cometidos. Los primeros intentos de reparación para las víctimas de estas violaciones de los derechos humanos se iniciaron en el plan internacional con los tribunales militares internacionales de Tokio y Núremberg, pero las primeras jurisdicciones internacionales en sentido propio se dan con los tribunales penales

¹⁴⁶ ELSTER, J. “Coming to terms with the past: A framework for the study of justice in the transition to democracy”, en *Archives européennes de...*, pg. 7.

¹⁴⁷ TEITEL, R. G. “Giustizia di transizione come narrativa liberale”, en FLORES, M. (ed.). *Storia, verità, giustizia...*, pg. 262. De aquí, la adopción generalizada de amnistías, y la creación de comisiones de conciliación y justicia, en Sudáfrica, América Latina, Este de Europa. Un útil compendio en CAMARGO, C. *Caminos de paz...*; vid. además en la vasta literatura FRONZA, E. y FORNASARI, G. (eds.). *Il superamento del...*; para Perú, Defensoría del Pueblo, *Amnistía vs. derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001; para Colombia, LÓPEZ, M. A. (ed.). *Dinámicas de posconflicto...* Para Sudáfrica LOLLINI, A. *Costituzionalismo e giustizia...*

internacionales para los crímenes de la ex Yugoslavia y Ruanda¹⁴⁸.

Tanto en el plan internacional como en el interno, el proceso (penal), que por su naturaleza es el instrumento diputado a la búsqueda de la verdad de los hechos y a la comprobación de la responsabilidad individual, es utilizado para indagar el pasado oscuro de un Estado¹⁴⁹. Incluso en la literatura, los conceptos de justicia y verdad ya no son opuestos, sino *are now seen as compatible, complementary goals of a more capaciously understood project of transitional justice*¹⁵⁰. Más que por las condenas individuales de los criminales, estos procesos son recordados por la exposición pública del pasado (pensemos solamente en el proceso de 1983 contra la junta militar argentina, conducido públicamente por primera vez, que permitió hacer luces sobre las represiones del régimen; o en el proceso a Jean Bedel Bokassa, ex emperador de la República Centroafricana, del que no se recuerda tanto la posterior amnistía, cuanto sus atroces masacres que incluían incluso el canibalismo, descubiertos gracias al proceso penal).

La justicia transicional se manifiesta en formas diferentes¹⁵¹ (punitivas, empáticas, depurativas, compensativas...)¹⁵², opera en varios niveles (estatal, internacional), involucra a sujetos y órganos diversos (comisiones creadas *ad hoc*, tribunales internacionales, aparatos estatales preexistentes, poblaciones

¹⁴⁸ A medida que los tribunales militares internacionales de Tokio y Núremberg se configuran más como “ejercicio conjunto de parte de las potencias vencedoras de la jurisdicción sobre un país en estado de ocupación”, como anota BALBONI, M. “Da Norimberga alla Corte penale internazionale”, en ILLUMINATI, G., STORTONI, L. y VIRGILIO M. (eds.). *Crimini internazionali tra...*, pg. 5.

¹⁴⁹ Se trata de un fenómeno común, pero no absoluto: quedándonos en Europa, por ejemplo, en España las instituciones civiles y militares franquistas no fueron juzgadas por comisiones de la verdad *ad hoc*.

¹⁵⁰ MIHAI, M. *Negative emotions and...*, pgs. 25 y ss.

¹⁵¹ Una presentación de las diversas tipologías de justicia post-autoritaria, se describe en DI GREGORIO, A. *Epurazioni e protezione...*, pgs. 60 y ss.

¹⁵² La amnistía o la persecución del crimen o la depuración político-administrativa de los aparatos estatales que, p.e., en Europa fue acompañada de condenas penales (Italia, Bélgica, Francia, Holanda). Un clásico ejemplo de medida compensativa es la indemnización para los judíos sobrevivientes al Holocausto, en el programa comenzado en el año 1951.

indígenas...)¹⁵³, se impone en vía legislativa¹⁵⁴.

Entre los protagonistas, las comisiones para la verdad y la reconciliación resultan particularmente interesantes porque se presentan como un tercer camino respecto de la amnistía (que representa el perdón) y la punición (el proceso), y se plantean algunos objetivos emblemáticamente resumidos en el *Truth and Reconciliation Act 2000*, s. 6(1) de Sierra León, con el que se fijan los objetivos de la *Truth and Reconciliation Commission*:

(...)to create an impartial historical record of violations and abuses of human rights and international humanitarian law related to the armed conflict in Sierra Leone, from the beginning of the Conflict in 1991 to the signing of the Lomé Peace Agreement; to address impunity, to respond to the needs of victims, to promote healing and reconciliation and to prevent a repetition of the violations and abuses suffered.

Estas comisiones no deciden por autoridad mediante el instrumento de la sentencia, sino que proporcionan soporte para la etapa de la transición. Desde la primera comisión creada en Uganda en 1971 (*Commission of Inquiry into Disappearances of People in Uganda since 25th of January 1971*), este modelo ha circulado en contextos diferentes para acompañar las nuevas élites en la etapa de transición democrática. En muchos países de América Latina se crearon comisiones de investigación (*Comisión Nacional de Desaparecidos de Bolivia* en 1982; *Comisión Nacional para la Investigación sobre la Desaparición de Personas* argentina en 1983; *Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación* de 1990 en Chile, etc.), cuyos informes reproducen un esquema muy similar y, desde el punto de vista de la

¹⁵³ El recurso a métodos consuetudinarios y a rituales tradicionales abrieron la vía de la reconciliación en algunos países africanos, como Mozambique, Sierra León, Uganda. En Ruanda, para hacer frente a la imposibilidad de juzgar todos los crímenes de genocidio, con una ley de 2000 se previó un método de justicia participativa – *gacaca* – en la que los miembros de las comunidades actúan como jueces populares.

¹⁵⁴ Particularmente interesante es el proceso de paz que está desarrollándose en Colombia, en el momento en el que escribimos (2017), cuya suerte está muy vinculada a los instrumentos de reconciliación definidos durante los acuerdos de paz. La doctrina está dividida en relación con la experiencia colombiana, a partir de la decisión de aprobar una ley (“Ley de Justicia y Paz n.º 975/2005”); nos preguntamos de hecho si Colombia está viviendo un verdadero proceso de justicia transicional. Después de la aprobación de la ley, ver las reflexiones contenidas en: UPRIMNY, R. (ed.). *Justicia transicional sin..*, y en MARQUARDT, B. (ed.). *Paz a través...*

narrativa, dejan aflorar la necesidad de confrontación de la sociedad con el pasado para llegar a una transición democrática. Esta confrontación se contextualiza en los ritos de un proceso que contribuye a deslegitimar el régimen político anterior y a establecer la legitimidad de su sucesor.

8. FUENTES

ABRAHAM, H. J. *The judicial process. An introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. Oxford: Oxford U.P., 1980.

AGUIAR, L. (ed.). *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*. Madrid: CEPC, 2012.

AL-MAWARDI, A. *Les statuts gouvernementaux ou règles des droits public et administratif*. Paris: Le Sycomore, 1982.

ALI-UNIDROIT, V. *Principles of transnational civil procedure*. Cambridge: Cambridge, U.P., 2006.

ALPA, G. “Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile”, *Politica del diritto*. Italia: Il Mulino, n.º 3, 1997.

AMIN, S. H. *Islamic law in the contemporary world: Introduction, glossary and bibliography*. Glasgow: Rouston, 1985.

ARMGARDT, M. (voz). “Judges and juries in medieval and post-medieval roman law”, en KATZ, S. N. (ed.). *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Oxford-New York: Oxford U.P., 2009. T. III.

BALBONI, M. “Da Norimberga alla Corte penale internazionale”, en ILLUMINATI, G., STORTONI, L. y VIRGILIO, M. (eds.). *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*. Torino: Giappichelli, 2000.

BARAK, A. *Judicial discretion*. New Haven: Yale U.P., 1989. Trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Milano: Giuffrè, 1995.

BARBERIS, M. “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione”, en *Associazione italiana dei costituzionalisti: Annuario 2004*. Padova: Cedam, 2008.

BELL, J. *Judiciaries within Europe: A comparative review*. Cambridge: Cambridge U.P., 2006.

BOBBIO, N.

- “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, en PIZZORUSSO, A. (ed.). *L'ordinamento giudiziario*. Bologna: Il Mulino, 1974.
- “Prefazione”, en PERELMAN, Ch. *La giustizia*. Torino: Giappichelli, 1959. Trad. it. de *De la justice*, 1945 ; reimpr. *Justice et raison*. Bruxelles: Presses Un. de Bruxelles, 1963.

BOËTSCH, G., DUPRET, B. y FERRIÉ, N. J. *Droit et société dans le monde arabe*. Aix-Marseille, Aix-en-Provence: Presses Un., 1997.

CAMARGO, C. *Caminos de paz. Medio siglo de experiencias y una mirada al caso colombiano*. Medellín: Diké, 2016.

CAPPELLETTI, M.

- “Acceso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, en *Rivista di diritto processuale*. Italia: CEDAM, n.º 2, 1982.
- *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARAVITA, B. (ed.). *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*. Napoli: Jovene, 2013.

CASTELLANOS, M. E. *Gobierno y administración del PJ en España, Italia y México. Un estudio de derecho constitucional comparado*. Saarbrücken: Eac-Omniscriptum GmbH & Co. KG, 2016.

CELSO, *De iustitia et iure*, I, I.

CHARNAY, J. P. “Pluralisme normatif et ambiguïté dans le Fiqh”, *Studia Islamica*. España: GP Maisonneuve Larose, n.º 19, 1963.

CHEVALIER, P., DESDEVISES, Y. y MILBURN, Ph. (eds.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*. Paris: La Documentation Française, 2003.

CHIOVENDA, G. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1928.

CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI, 1994.

DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 2002. 11ª e. Trad. it. Sacco R. (coord.). *I grandi sistemi giuridici*. Padova: Cedam: 2004. 5. a e.

Defensoría del Pueblo. *Amnistía vs. derechos humanos*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2001.

DE SOUSA, B. y GRIJALVA, A. (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg, Abya Yala, 2012.

DEL VECCHIO, G. *La giustizia*. Roma: Studium, 1951.

DI FEDERICO, G. (ed.).

- *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*. Bologna: Irsig, 2005.
- “Organico, reclutamento, valutazioni della professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione delle funzioni giudiziarie, trattamento economico”, en DI FEDERICO, G. (ed.). *Ordinamento giudiziario: uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*. Padova: Cedam, 2012.

DI GIOVINE, A. y MASTROMARINO, A. “Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale”, en TONIATTI, R. y MAGRASSI, M. (eds.). *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*. Padova: Cedam, 2011.

DI GREGORIO, A. *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria"*. Milano: Angeli, 2012.

DICEY, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)*. London: Macmillan, 1915. 8.^a e.

EHRlich, E.

- *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. Trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1976.
- “La sociologia del diritto”. *Rivista internazionale di filosofia del diritto. Italia*: A. Giuffrè n.º 2, 1922.

ELSTER, J. “Coming to Terms with the Past: A Framework for the Study of Justice in the Transition to Democracy”, en *Archives europeennes de sociologie*. Inglaterra: Cambridge University Press, n.º 39, 1998.

EPSTEIN, L. y SEGAL, J. A. *Advice and consent: The politics of judicial appointments*. Oxford: Oxford U.P., 2005.

ESPINOSA, C. y CAICEDO, D. (eds.). *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

FARBER, D.A. “Stretching the Adjudication Paradigm: Another Look at Judicial Policy-Making and the Modern State”, *Law and social inquiry*. Estados Unidos: Christopher W. Schmidt, n.º 24, 1999.

FERRARI, G. F.

- (voz.). “Giustizia amministrativa in diritto comparato”, *Digesto Discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1991. Vol. IV.
- (ed.). *Atlante di Diritto pubblico comparato*. Torino: Utet, 2010.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

FIGUERUELO, A. *La ordenación constitucional de la justicia en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.

FIX-FIERRO, H. (voz.). “Activismo judicial”, en FERRER, E., MARTÍNEZ, F. y FIGUEROA, G. (eds.). *Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional*. México: UNAM-IIIJ, 2014. 2.^a e.

FOUAD, K. “Un mondo in ebollizione”, en ZU FÜRSTENBERG, N. *Lumi dell'Islam. Nove intellettuali musulmani parlano di libertà*. Venezia: Marsilio, 2004.

FREDDI, G. *Tensioni e conflitto nella magistratura*. Roma-Bari: Laterza, 1978.

FRIEDMAN, L. M.

- *Total Justice*. New York: Russel Sage, 1994.
- *The Horizontal Society*. New Haven: Yale U.P., 1999.

FRONZA, E. y FORNASARI, G. (eds.). *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2009.

GALGANO, F. “Diritto civile e diritto commerciale”, en GALGANO, F. (ed.). *Atlante di diritto comparato*. Bologna: Zanichelli, 1993.

GIOLO, O. *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*. Torino: Giappichelli, 2005.

GUARNIERI, C. “Organizzazione e funzionamento della giustizia ordinaria”, en PEGORARO, L.; BAGNI, S. y PAVANI, G. (eds.). *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*. Bologna: Filodiritto, 2016.

GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P.

- *The power of judges: A comparative study of courts and democracy*. Oxford-New York: Oxford U.P., 2002.

– *La magistratura nelle democrazie contemporanee*. Roma-Bari: Laterza, 2002.

GUASTINI, R. *Il giudice e la legge*. Torino: Giappichelli, 1995.

HALEY, J. O. “The Politics of Informal Justice: The Japanese Experience, 1922-1942”, en ABEL, R. L. (ed.). *The politics of informal justice*. New York-London: Academic Press, 1982. Vol. 2.

HARRIS, E. M. (voz) “Judges and jurors in ancient Greece”, en KATZ, S. N. (ed.). *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Oxford-New York: Oxford U.P., 2009. Vol. III.

HOMERO. *Iliada*. 18.497-508.

HUANG, P. C. *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*. Stanford: Stanford U.P., 1996.

JACOB, H. y otros. *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale U.P., 1996.

KAMALI, M. H. *Freedom, equality and justice in Islam*. Cambridge: Islamic Texts Society, 2002.

KELSEN, H.

- “Justiz und Verwaltung”, *Zeitschrift für soziales Recht*. Milano: Giuffrè, n.º 1, 1929. Trad. it. “Giurisdizione e amministrazione”, en Kelsen, H. *Il primato del parlamento*. Al cuidado de C. Geraci.
- *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1920. Trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1989.

KHADDURI, M. *The islamic conception of justice*. Baltimore: Johns Hopkins U.P., 1984.

LAMBERT, E. *Le gouvernement des juges et la lutte contre le législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Giard, 192.

LASSER, M. *Judicial transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*. Oxford: Oxford U.P., 2009.

LEYLAND, P. *English administrative law: Justice and remedies in the contemporary State*. Bologna: Bup, 2009.

LIN, C. “Constitutions and Courts in Chinese Authoritarian Regimes: China and Pre-Democratic Taiwan in Comparison”, *I.CON*, n.º 14 (2), 2016: (<http://icon.oxfordjournals.org/>).

LOCKE, J. *Two Treatises of Government: An essay concerning the true original, Extent and end of civil government*. London: Awnsham Churchill, 1689. Trad. esp. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil*. Madrid: Alianza, 2004.

LOLLINI, A. *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*. Bologna: Il Mulino, 2005.

LÓPEZ, J. F. “El Poder judicial”, en LÓPEZ, D., MASSÓ, M. F. y PEGORARO, L. (eds.). *Derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ, M. A. (ed.). *Dinámicas de posconflicto, supuestos para la paz*. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

LUZZATTO, G. I. (voz). “Giurisdizione (storia), a) diritto romano”, *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. Vol. XIX.

MAGNINO, L. “L'organizzazione giudiziaria indigena in Africa”, *Africa: Rivista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*. Italia: Istituto Italiano per l'Africa e l'Oriente (IsIAO), n.º 1, 1954.

MARQUARDT, B. (ed.). *Paç a través del Derecho y de la Constitución*. Bogotá: Ibáñez, 2016.

MAZZA, M. “La Cina”, en CARROZZA, P., DI GIOVINE, A. y FERRARI, G. F. (eds.). *Diritto costituzionale comparato*. Roma-Bari: Laterza, 2014. Vol. I.

MIHAI, M. *Negative emotions and transitional justice*. New York: Columbia U.P., 2016.

MILIBAND, R. *The State in capitalist society*. New York: Basic books, 1969, trad. it. *Lo stato nella società capitalistica*, Laterza, Roma-Bari, 1970.

MODESTINO: 1, I, D., *De re indicata*, 42, I.

MONTANARI, L. *Il governo della magistratura in Francia*. Padova: Cedam, 1998.

MONTESQUIEU, C. (de Secondat). *L'esprit des lois*. Genève: Barrillot & fils, 1748. Trad., de la edición, B. Boffito Serra. Milano: Rizzoli, 1967.

MORBIDELLI, G. “Il potere giudiziario”, en MORBIDELLI, G. y otros. *Diritto costituzionale italiano e comparato*. Bologna: Monduzzi, 1997. 2.^a e.

MOSCHELLA, G. “Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica”, en GAMBINO, S. (ed.). *La magistratura nello stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*. Milano Giuffrè, 2004.

MUTUA, M. *A critique of rights in transitional justice: The african experience*, en ORÉ, G. y GÓMEZ, F.(eds.). *Rethinking transitions: Equality and social justice in societies emerging from conflict*. Portland: Intersentia, Cambridge-Antwerp, 2011.

NAGEL, R. F. (voz). “Judicial power”, en KATZ, S. N. (ed.). *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Oxford-New York: Oxford U.P., 2009. Vol. III.6.

PALERMO, F. y WOELK, J. “L'indipendenza della magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali”, en CALAMO, M. y otros. *I Balcani*

occidentali. Le Costituzioni della transizione, Giappichelli, Torino, 2008.

PALMER, R. y ROBERTS, S. *Dispute processes: ADR and the Primary Forms of Decision-making*. Cambridge: Cambridge U.P., 2005.

PAULO, 1. 78, D., *De iudiciis*, 5, I.

PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1986.

PEDERZOLI, P. “Magistratura e politica: quale coabitazione”, en GAMBINO, S. (ed.). *La magistratura nello Stato costituzionale, Teoria ed esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, 2004.

PEDERZOLI, P. y PIANA, D. “The Governance of the Judicial Systems in Europe”, en COMAND, R. y DALLARA, C. (eds.). *Handbook on Judicial Politics*. Iasi: Editura Institutul European, 2010.

PEGORARO, L. y RINELLA, A. “Sistemas constitucionales comparados”. Torino-Buenos Aires, 2017.

REBUFFA, G. *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*. Torino: Giappichelli, 1986.

REDISSI, H. *L'exception islamique*. París: Seuil, 2004.

RENOUX, T. S. (ed.). *Les Conseils supérieur de la justice en Europe*. Paris: La Documentation française, 1999.

RICCIARDI, M. *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*. Macerata: Eum, 2010.

ROA, J. E. “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, n.º 33, 2014.

ROSETT, A. *The judicial career in the United States and its influence on the substance of american law*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992.

RUSSELL, P. H. y O'BRIEN, D. (eds.). *Judicial independence in the age of democracy*. Charlottesville-London: University of Virginia Press, 2001.

RUSSELL, P. H. "Toward a general theory of judicial independence", en RUSSELL, P. H. y O'BRIEN, D. (eds.). *Judicial independence in the age of democracy*. Charlottesville-London: University of Virginia Press, 2001.

RUTHVEN, M. *Islam in the world*. London: Penguin, 1984.

SALVADOR, M. *Administraciones independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel, 2002.

SATTA, S. *Commentario al codice di procedura civile*. Milano: Vallardi, 1966. Vol. I.

SCHWARZENBERG, C. (voz). "Giurisdizione (diritto intermedio)", en *Enc. dir Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. Vol. XIX.

SHAPIRO, M.

- *Courts: A Comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- "Judicialization of politics in The United States", en *International Political Science Review*. Australia e Irlanda: Australian National University, University College Cork , n.º 2, 1994.
- "The European Court of Justice: Of Institutions and Democracy", en *Israel law review*. Londres: Hebrew University of Jerusalem, Lauterpacht Centre for International Law, University of Cambridge and practising barrister, Essex Court Chambers, n.º 1, 1998.

SHAPIRO, M. y STONE A. *Sweet, on law, judicialization & Politics*. Oxford: Oxford U.P., 2002.

STEIN, P. “Safety in numbers: Sharing of responsibility for judicial decision in early modern Europe”, en AA.VV. *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi (IV Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto)*. Firenze: Olschki, 1982.

TANIGUCHI, Y. y YAMADA, A. “I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone”, en VARANO, V. (ed.). *L'altra giustizia*. Milano: Giuffrè, 2007.

TARUFFO, M. “La conciliazione nell’ordinamento cinese”, *Rivista di diritto civile*. Italia: CEDAM, n.º 4, 1988.

TATE, C. N. y VALLINDER, T. (eds). *The global expansion of judicial power*. New York: New York U.P., 1995.

TEITEL, R. G.

- *Transitional justice*, Oxford: Oxford U.P., 2000.
- “Giustizia di transizione come narrativa liberale”, en FLORES, M. (ed.). *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*. Milano: Mondadori, 2001.

TIMOTEO, M. “Le controversie fuori dalle Corti: il caso cinese”, en VARANO, V. (ed.). *L'altra giustizia*. Milano: Giuffrè, 2007.

ULPIANO, *De iustitia et iure*, I, I.

UPRIMNY, R. (ed.). *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, justicia y sociedad, 2006.

VAN CAENEGEM, R. C. *Judges, legislators and professors: chapters in european legal history*. Cambridge: Cambridge U.P., 1987. Trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*. Milano: Giuffrè, 1991.

VARANO, V. “Presentazione”, en VARANO, V. (ed.). *L'altra giustizia*. Milano: Giuffrè, 2007.

- VERDUSSEN, M. (ed.). *Conseil supérieur de la justice*. Bruxelles: Bruylant, 1999.
- VODERMANS, W. “Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models”, en FERNÁNDEZ F. (ed.). *The spanish Constitution in the european constitutional context – La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003.
- VOLPE, L. “In search of the administrative morality: l’ondivago successo dell’Ombudsman dalla patria baltica alla Cordigliera delle Ande”, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Italia: Il Mulino, n.º 4, 2006.
- VOLPI, M. “L’indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.º 4, 2010.
- WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: Mohr, 1922. Trad. esp. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. México: FCE, 2008, 17.^a e. Trad. it. *Economia e società*. Milano: Comunità, 198. Vol. 14.
- WIGMORE, J. H. *A Panorama of the World’s Legal System*, VIII, *Japanese Legal System, (III) Third Period a.d. 1600-1850*. Washington, DC: Washington Law Book Co., 1936.
- WOOLF, H. *Acces to justice: Final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Hmso, 2000.
- ZUBAIDA, S. *Law and power in the islamic world*. London: Tauris, 2003.
- ZUCKERMAN, A. A. S. *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford U.P., 1999.

CATEGORÍAS ESENCIALES DEL DEBIDO PROCESO: CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA; CAMBIO DE PARADIGMAS

JUAN MENDOZA DÍAZ

PROFESOR DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD
DE LA HABANA, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD CUBANA DE
DERECHO PROCESAL

Índice: 1. Colocándonos en el problema. 2. La determinación de objeto del proceso penal. 3. El problema concreto de la correlación. El imperio de la tradición. 4. Soluciones concretas en cuanto a la congruencia. 4.1. Necesidad de alertar para desvincularse del fiscal. 4.2. Epifanía del *iura novit curia*: libertad del tribunal para aplicar el derecho. 5. Los cambios de paradigmas. 6. Retirada de la acusación y petición de absolución. Dos figuras igualmente impactadas en los nuevos escenarios. 7. Fuentes.

Resumen: El proceso penal de corte continental europeo, que tiene su inspiración en el *Código de Instrucción Criminal de Napoleón* de 1808, presta especial atención a la correlación entre la acusación y la sentencia, en donde desempeñan un importante papel varios principios generalmente aceptados por la doctrina, como son el acusatorio, el de contradicción, el derecho a la defensa y el *iura novit curia*. Nuestra tradición jurídica se mantuvo atada por años al criterio, persistente en muchos países, de que el hecho era inmutable, porque constituía el objeto del proceso penal; mientras que el resto de las cuestiones contenidas en la acusación, de naturaleza jurídica, podían ser modificadas por el tribunal, incluso en perjuicio del imputado. Esta postura doctrinal y normativa ha ido cambiando en los últimos años, consolidándose la posición de vinculación del tribunal con las cuestiones contenidas en la acusación, impidiendo que el órgano juzgador pueda agravar la situación del imputado. Este trabajo versa sobre las diferentes posiciones que la doctrina y la jurisprudencia tienen sobre este tema, vistos desde la perspectiva de las leyes procesales penales de países de nuestra familia jurídica.

1. COLOCÁNDONOS EN EL PROBLEMA

La correlación entre la acusación y la sentencia ocupa, desde hace años, la atención de diversos autores por constituir uno de los puntos más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia de los países con procedimientos penales de corte acusatorio¹. Los puntos de vista son muy divergentes, e incluso las posiciones que se identifican presentan diversidad de matices diferenciadores.

En España, donde la norma sobre la que se apoya el debate es la vieja *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim), de 14 de septiembre de 1882, con independencia de las múltiples modificaciones que se le han introducido en todos estos años, aún el tema ocupa la atención de un segmento importante de la doctrina de ese país².

En América Latina este tema reviste una singular importancia, de cara a los sustanciales cambios que se produjeron en los ordenamientos procesales de la gran mayoría de los países del continente a partir de la década de los 90 del siglo pasado, en aras de introducir fórmulas acusatorias de enjuiciamiento, dentro de lo cual se inscribe este correlato entre el contenido de la imputación y la decisión jurisdiccional. El proceso de reformas, que aún persiste, permite identificar códigos a los que se les puede calificar como de “primera generación”, que siguieron la fórmula de correlación inspirada en la tradición europea, mientras que normas más modernas, llamadas de “segunda generación”, han introducido sustanciales cambios en el modelo correlativo imputación-sentencia.

El debate sobre la correlación entre la acusación y la sentencia era ajeno al medio latinoamericano por la existencia de procesos penales de corte inquisitivo, pero con la reforma el tema se colocó en el centro del debate doctrinal y jurisprudencial, como consecuencia de la primacía que adquirió el principio acusatorio, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías; se generó entre nosotros un conflicto de vieja data en el continente europeo.

¹ En palabras de Teresa ARMENTA, es “uno de los aspectos procesales más discutidos en los últimos tiempos”. ARMENTA, T. *Lecciones de derecho...*, pg. 305.

² Para una visión del estado de la doctrina española sobre este tema puede verse CUCARELLA, L. A. *La correlación de...*

Ahora bien, tanto del otro lado del océano como en esta parte del mundo, la complicación fundamental se presenta en el campo de la práctica jurisdiccional, pues la fórmula normativa de la correlación, como dijera MAIER, “pareciera tan sencilla de aplicar, mediante un simple procedimiento de comparación de la acusación... con el fallo”, se torna sumamente compleja y polémica en su aplicación concreta³.

Es necesario recordar que a finales del siglo pasado y los albores del presente, marcan un hito en el proceso penal en América Latina con el comienzo de una reforma en cascada que abarcó la generalidad de países del hemisferio, caracterizada por la introducción, a la mayor escala posible, de los principios que informan el sistema acusatorio⁴.

Determinar lo que constituye el “objeto del proceso” en el debate penal es un elemento sustancial para poder comprender las diferentes posiciones doctrinales que se adoptan sobre este tema.

2. LA DETERMINACIÓN DE OBJETO DEL PROCESO PENAL

El término “objeto del proceso penal” se utiliza tanto por la doctrina alemana⁵ como por la española⁶, para definir aquellos elementos fácticos que determinan la extensión de la investigación y la cognición judicial, categoría que se derivó

³ MAIER, J. *Derecho procesal penal* ..., pg. 336.

⁴ MENDOZA, J. “Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina”, *Problemas actuales del...*, pg. 279. Sin pretensiones de alcanzar una sistematización exacta, es posible señalar reformas procesales penales en pos del acusatorio en: Argentina (Código Federal de 1991 y posteriormente en 2015), Guatemala (1992), El Salvador (1998), Venezuela (1998 y posteriormente en 2015), Costa Rica (1998), Paraguay (1998), Chile (2000), Ecuador (2000 y posteriormente en 2014), Nicaragua (2001), República Dominicana (2002), Colombia (2004), Perú (2004), Panamá (2008) y los Estados Unidos Mexicanos (Código Federal de 2014)

⁵ ROXIN clarifica que mientras en un sentido amplio “objeto del procedimiento penal” es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuesta; la definición “objeto del proceso” es un término técnico, con un significado más restringido, pues se refiere únicamente al “hecho descrito en la acusación”. ROXIN, C. *Derecho procesal penal*..., pg. 159.

⁶ GÓMEZ, J. L. y otros. *Derecho jurisdiccional III*..., pg. 98.

posteriormente a la doctrina americana⁷.

Cuando se habla de elementos fácticos, como integrantes del objeto del proceso penal, hay que entender lo que se denomina como “hecho histórico”, que no es otra cosa que aquellos acontecimientos del mundo real, que la acusación abarcó en el pliego acusatorio por considerar qué fue lo que sucedió en la realidad, con una relevancia jurídico-penal.

Integran este hecho histórico tanto aspectos objetivos, relativos a la ocurrencia de una historia verídica, como los subjetivos, referentes a la individualización de la persona que lo protagonizó.

En nuestra tradición jurídica se estableció una distinción entre “objeto del proceso” y “objeto del debate”. Se definió al primero como aquella porción de lo debatido que los jueces no pueden modificar, mientras que el resto de las cuestiones contenidas en la acusación pueden sufrir variaciones como resultado del proceso probatorio del juicio oral. Forman parte entonces de las cuestiones modificables la calificación penal, el grado de participación, el grado de realización del delito, las circunstancias que puedan modificar la responsabilidad y la pena que se interesa.

A diferencia del proceso civil, en que opera el principio dispositivo y las partes pueden brindar al tribunal una narración libre de los hechos, en el proceso penal, bajo el imperio del principio de oficialidad, es el ministerio fiscal quien tiene la responsabilidad de conformarlos, para lo cual debe ajustar su actuación a los principios de legalidad y objetividad.

Salvo los espacios ganados por el principio de oportunidad, de lo dicho anteriormente, se deriva que el órgano encargado de la investigación está en la obligación de perseguir todo hecho que revista elementos de tipicidad, de tal suerte que cuando llega a su conocimiento un acontecimiento que tenga características de delito, está en el deber de perseguirlo y llevar a término la investigación, sin que le sea dable adoptar una decisión liberadora equivalente a la absolución, la que por tener naturaleza jurisdiccional, es facultad exclusiva

⁷ MAIER, J. *Derecho procesal penal...*, pg. 338.

del tribunal. En segundo lugar, el órgano encargado de la persecución tiene el deber de acopiar en su investigación todos los elementos concurrentes, tanto los que servirán para formular la acusación, como aquellos que benefician la situación procesal del imputado. Esta característica del proceso penal es el resultado de la herencia del sistema inquisitivo, que se consagró en el pacto histórico fundacional del sistema mixto de enjuiciamiento, en que la búsqueda de la verdad histórica se convierte en meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base debe fundarse la decisión⁸.

El hecho histórico plasmado en el pliego acusatorio es el pivote sobre el que gira todo el debate contradictorio que tiene lugar en el juicio oral, sin que existan posibilidades de que pueda ser modificado una vez concluido el enjuiciamiento. Este desafío para los jueces es el que motiva la existencia de un control jurisdiccional en la admisión de la solicitud que realiza el ministerio fiscal cuando ejercita la acción penal.

Este control garantiza que el órgano jurisdiccional solo permite que entre al juicio oral un hecho cuyas características respondan a las exigencias de relevancia jurídica que impone la tipicidad penal. Aunque aún existen modelos procesales que colocan esta facultad en manos de los propios jueces de sentencia, como el cubano, la gran mayoría de nuevos códigos americanos han conferido esta potestad a jueces de control, distintos de los que luego conocerán el caso en el juicio oral.

Este interés porque el hecho imputado entre a la fase de enjuiciamiento lo más depurado posible, obedece a la imposibilidad posterior de su modificación sustancial; pero la facultad de depuración en manos del propio órgano que se encargará del juzgamiento, pone en entredicho la imparcialidad del tribunal, que se ve envuelto en un análisis apriorístico del contenido del expediente sumarial, por lo que compromete la vigencia del principio acusatorio.

El tema de separar al órgano jurisdiccional encargado de admitir la acusación, del que tendrá a su cargo el juzgamiento es de vieja data. En los albores fundacionales del proceso mixto de enjuiciamiento, la *Ley Procesal Penal de la*

⁸ MAIER, J. *Derecho procesal penal...*, pg. 213.

Revolución francesa de 1791, que puso fin a cinco siglos de inquisición, concibió una fase intermedia entre la investigativa y la del juicio oral, a cargo de un “jurado de acusación”, cuya responsabilidad era decidir acerca de la admisibilidad de la acusación para provocar el juicio oral o clausurar la persecución penal.

Este tema recibe un tratamiento diverso en la normativa procesal actual de los países americanos, donde es posible destacar la fórmula de los códigos procesales de Ecuador, Chile, República Dominicana, Perú y Panamá, por solo citar algunos. En estos países se concibe la realización de una *Audiencia Preliminar* – Ecuador (art. 224), República Dominicana (art. 298) y Perú (art. 351) –, *Audiencia Preparatoria del Juicio Oral* – Chile (art. 260) – o *Audiencia de Formulación de Acusación* – Panamá (art. 345) –, actividad que está a cargo de jueces distintos a los del juzgamiento, que en todos los casos son los que velan por la protección de los derechos fundamentales durante la investigación sumarial: Ecuador (juez penal), Chile y Panamá (juez de garantía), República Dominicana (juez de la instrucción) y Perú (juez de la investigación preparatoria).

Salvo las excepciones que veremos más adelante, el hecho concreto contenido en el pliego acusatorio es el que integra el objeto del proceso y una vez que entra al debate contradictorio, no puede modificarse sustancialmente.

3. EL PROBLEMA CONCRETO DE LA CORRELACIÓN. EL IMPERIO DE LA TRADICIÓN

Al momento de precisar el alcance de la correlación acusación-sentencia se presentan serios problemas interpretativos, pues concurren varios principios fundamentales del proceso penal, que requieren de un adecuado balance; de una parte está la vigencia del acusatorio, con la presencia de un tribunal equidistante de las partes, que esté separado de la acusación y de la investigación, y al mismo tiempo debe lograrse un enjuiciamiento con todas las garantías y sin que se produzca indefensión, para lo cual hay que preservar una satisfactoria bilateralidad, con plena contradicción.

Durante muchos años la doctrina y la legislación mantuvieron como criterio preponderante que la congruencia solo debía darse con el objeto del proceso,

y no así con el resto de los aspectos que integran el pliego acusatorio y que conforman el resto del objeto del debate, pues en el proceso penal impera el principio *iura novit curia*, que condiciona que el tribunal no esté atado en su decisión a la calificación planteada por el fiscal, sino que está sujeto solo a la norma, según su propio criterio de tipificación⁹. Este principio, que tiene vigencia en toda la actividad jurisdiccional, incluida la materia civil, en que los intereses en disputa son disponibles, adquiere en el proceso penal una mayor relevancia, pues el derecho aplicable es totalmente indisponible.

ROXIN deja claro que, en el derecho alemán, el tribunal no está sujeto a la apreciación jurídica del hecho que motiva el auto de apertura, lo que significa que el tribunal puede apreciar circunstancias agravantes o atenuantes que surjan durante el desarrollo del juicio oral o arribar a conclusiones jurídicas distintas a las originarias¹⁰.

Otro tanto ocurre en el sistema español, por lo que MONTERO AROCA, para ilustrar la preponderancia que tienen el brocardo *iura novit curia* en el proceso penal de su país sostiene que, hipotéticamente, es admisible que en un juicio el fiscal impute un hecho sin necesidad de plantear la calificación jurídica del mismo, para que sea el tribunal quien decida lo jurídicamente procedente, pues el hecho es el que constituye el verdadero fundamento objetivo de la imputación¹¹.

Esta posición de subordinación exclusiva del tribunal al hecho controvertido y libertad en cuanto a la calificación del delito y demás cuestiones objeto de la acusación, tuvo una aceptación unánime en la normativa de la casi generalidad de nuestros países durante el proceso de reformas, siguiendo la tradición europea.

⁹ La profesora y magistrada argentina Ángela LEDESMA define al principio *iura novit curia* como "... un *deber funcional del juez*, por ser específico de la función jurisdiccional que desempeña, implica el deber de aplicar exclusivamente el derecho vigente, al caso sometido a decisión, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen. Consecuentemente, es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso". LEDESMA, A. E. "¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*?". *Estudios sobre justicia...*, pg. 14.

¹⁰ ROXIN, C. *Derecho procesal penal...*, pg. 164.

¹¹ MONTERO, J. *Principios del proceso...*, pgs. 120 y 128.

Es cierto que se enfrentaba el problema práctico de un tribunal, supuestamente imparcial, que pretende sancionar por un delito más grave que el imputado por el fiscal, o incorporar circunstancias de agravación no imputada o incluso imponer una pena mayor que la pretendida. Pero esta problemática encontró asiento en la conocida “tesis de desvinculación”, recogida ya en el LECrim española de 1882, mediante la cual el tribunal alertaba al imputado sobre la posibilidad de agravar su situación y cumplimentado este protocolo aleccionador, tenía plena libertad para sancionarlo más gravemente y con independencia de la pretensión acusadora¹².

Esta es la posición de la norma y la jurisprudencia cubana, ilustrativo de ello es la Sentencia n.º 245, de 15 de enero de 1981, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, que dispuso:

CONSIDERANDO: Que con respecto al acusado A.F.B., el Fiscal imputó un hecho que calificó con más o menos acierto, como constitutivo de un delito de receptación con arreglo al Artículo 401, inciso 1, del Código Penal, y pidió para este acusado la sanción de nueve meses de prisión, y esto porque le atribuyó recibir carne de res que le facilitaban los otros acusados, sabiendo que procedían de un delito; y la Sala, desentendiéndose de la imputación del Fiscal, le carga la participación en el delito de hurto y de su sacrificio ilegal, y le impone la sanción de cuatro años de prisión, lo que, según el segundo párrafo del artículo 357 de la Ley de Procedimiento Penal, no resulta lícito porque este precepto establece, entre otras prohibiciones, la de sancionar por un delito más grave que el que haya sido calificado por la acusación, salvo que la Sala hubiere hecho uso de la facultad que le atribuye el artículo 350 de la propia ley procesal en los supuestos en que esta norma permite la variación no sustancial de los hechos y el cambio de calificación.

¹² La profesora ARMENTA DEU apuntaba que esta alerta judicial tiene asiento en la necesidad de no sorprender al acusado en la sentencia, debiendo garantizarse con este actuar la vigencia del principio de contradicción y la prohibición de indefensión, que impiden que se pueda arribar a una conclusión condenatoria sin antes haber sometido a debate todos los aspectos de agravación. ARMENTA, T. “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista del Poder...*

Esta posición se ha mantenido en Cuba de forma inalterable, en el sentido de que los hechos solo pueden ser cambiados siempre y cuando no implique una alteración sustancial de lo narrado por el fiscal, mientras que el resto de las cuestiones que integran el pliego acusatorio pueden ser modificadas por el tribunal, siempre y que cumpla el protocolo previsto en el art. 350 de la LPP, que posibilite que el imputado pueda defenderse contradictoriamente de esta nueva situación, que no es otra cosa que la referida tesis de desvinculación¹³.

La jurisprudencia de Costa Rica apunta en esa misma dirección, así LLOBET RODRÍGUEZ glosa los criterios jurisprudenciales de su país en el sentido de que la Sala Constitucional ha reiterado en diversos fallos que la simple variación de la calificación jurídica dada en la sentencia a los hechos acusados no es violatoria del debido proceso, ya que el objeto del proceso es el acontecimiento histórico investigado, y no la figura con que se le ha calificado, la que siempre es provisional, susceptible de ser modificada en cualquier momento, sin necesidad de realizar una nueva intimación al imputado¹⁴.

En una dirección similar está la jurisprudencia peruana, comentada por ARBULÚ MARTÍNEZ, referente a un pronunciamiento de 2007, en que se afirma que si bien el hecho punible es inmutable, es posible que el tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción, y del derecho de defensa, pueda introducir al debate (tesis de desvinculación), la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad o justifique la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación; en estos casos, la tesis de desvinculación debe, respetando el derecho de defensa, serle propuesta al imputado para que este solicite suspensión de la audiencia, ofrezca medios de prueba y pueda contradecir la tesis¹⁵.

En el caso brasileño, cuya jurisprudencia está soportada en el *Código de Processo Penal* de 1941, específicamente en sus arts. 383 y 384, sobre los que existe una

¹³ Vid. RIVERO G. D. y PÉREZ, P. *El juicio oral...*; BERTOT, M. C. y LÓPEZ, D. G. “Otra mirada en torno a la correlación penal”, *Revista Justicia y...*; y, MENDOZA, J. “Correlación acusación-sentencia. Una mirada desde América”. *Revista del Instituto...*

¹⁴ LLOBET, J. *Proceso penal comentado...*, pgs. 352-353.

¹⁵ ARBULÚ, V. J. *Comentarios de los...*, pgs. 525-529.

amplia jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), se parte de similar premisa, que impide al juez alterar el hecho imputado por el fiscal, pero tiene facultades para modificar la calificación del delito, incluso por una más grave, en cuyo caso el juez debe conferirle al acusado un tiempo, previsto en el art. 384 del Código, para que pueda defenderse adecuadamente del nuevo escenario creado.

La jurisprudencia del STF brasileiro ha declarado al principio de la correlación – acusación – sentencia, como una de las garantías más importantes para el acusado. Así se pronunció en el año 2015:

O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal’ (HC n.º 311.490/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 22/4/2015).

El derecho brasileño distingue entre lo que denomina *emendatio libelli* y *mutatio libelli*. Mientras que el *emendatio* significa la posibilidad de que el juez modifique la calificación, lo cual es permitido por el sistema acusatorio de ese país, no ocurre lo mismo con la *mutatio libelli* en el que el juez altera el hecho originalmente imputado, violando con ello el principio de correlación – acusación – sentencia.

En esta dirección el STF dejó sentada la facultad del juez de modificar la calificación, pero la prohibición absoluta de alterar el hecho imputado por la acusación:

No caso, não ocorreu violação do princípio da correlação entre acusação e sentença, pois a denúncia descreveu os elementos do tipo qualificado de resistência (art. 329, § 1º, do Código Penal). O fato de a capitulação quanto à qualificadora não ter sido dita na denúncia não inquina de nulidade a sentença, por violação da congruência entre a acusação e a defesa, pois, como é ressabido, o réu defende-se dos fatos e não de sua capitulação jurídica” (HC 322.215-AgRg/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARLA).

En fecha reciente este tema generó una polémica en la prensa brasileña a partir de un fallo dictado por el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, quien absolvió a una persona acusada en un proceso en que se ventilaba un delito de tráfico de drogas, quien llevaba un arma para defenderse contra sus contendientes, lo cual no había sido imputado por el Ministerio Público. Los profesores BHERON ROCHA y ANDRADE MOREIRA, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia de ese país apuntaban que la congruencia entre la acusación y la sentencia constituye una de las principales garantías constitucionales previstas para el acusado, ya que le permite defenderse solo de los hechos que se le imputan, por lo que nadie puede ser condenado por un hecho que no fue narrado por el fiscal en su acusación, so pena de nulidad del fallo¹⁶.

Este panorama, con los matices propios de cada país, fue el prevaleciente en muchos de los códigos que se generaron en los primeros años de la reforma, o sea, un modelo que siguiendo la tradición histórica posibilita que el tribunal solo deba respetar el hecho y sancionar por el delito que considere más adecuado, incluso siendo más grave, solo cumplimentando con la alerta exigida, denominada tesis de desvinculación.

El hecho es que las realidades comenzaron a cambiar y nuevos escenarios se fueron abriendo en la apreciación de la correlación entre la imputación y la sentencia.

4. SOLUCIONES CONCRETAS EN CUANTO A LA CONGRUENCIA

Como dejamos asentado en la primera parte de este análisis, el tributo al principio acusatorio obliga al tribunal a sujetarse únicamente el hecho imputado, pero tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el tribunal no deba depender

¹⁶ BHERON, J. y DE ANDRADE, R. *Sinal dos tempos: quando a doutrina entende que a resistência ao populismo punitivista e o respeito ao sistema penal acusatório é “a banana comendo o macaco”*. 29 de abril del 2017: <http://emporiododireito.com.br/sinal-dos-tempos-quando-a-doutrina-entende-que-a-resistencia-ao-populismo-punitivista-e-o-respeito-ao-sistema-penal-acusatorio-e-a-banana-comendo-o-macaco/>).

preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la posibilidad de apreciar el derecho aplicable, bajo el imperio del brocardo *iura novit curia*.

La libertad del tribunal para calificar los hechos probados según su propio criterio jurídico encontró asiento en los códigos procesales de nuestro hemisferio en dos posiciones conceptuales encontradas: (i) estar en la obligación de alertar a las partes sobre la posible alteración en la calificación, demás cuestiones de derecho y la pena, como requisito indispensable de congruencia de la sentencia (tesis de desvinculación), o ; (ii) sancionar por el delito que considera adecuado e imponer la pena que corresponda, sin necesidad de adelantar en el acto del juicio oral su criterio.

En el primer grupo se ubican los países que exigen el uso de la tesis de desvinculación como requisito indispensable, para poder sancionar por un delito más grave que el imputado por la acusación. En este segmento se coloca la legislación española, y la cubana, que es derivación directa de aquella y muchos de los ordenamiento procesales americanos derivados de la reforma.

El profesor GÓMEZ COLOMER nos llama la atención atinadamente sobre lo ambivalente que se presenta en este tema bajo la mira del principio acusatorio, pues si bien un sector de la doctrina considera que el uso de la tesis de desvinculación es una excepción al principio acusatorio y debe ser visto como un acto inquisitivo, la doctrina más solvente entiende que no ocurre tal vulneración, pues el compromiso del tribunal es con el hecho justiciable, el cual en ningún caso puede ser modificado¹⁷.

Las posiciones doctrinales en uno u otro sentido invocan siempre el respeto al principio acusatorio, ligado al de contradicción, en pro de evitar indefensión, pero coincidimos con Teresa ARMENTA, sobre la confusión que ordinariamente se presenta y la necesidad de individualizar el alcance de estos principios que – aunque íntimamente ligados e interrelacionados – tienen cada uno su ámbito de aplicación. Mientras el principio acusatorio se refiere a la posición del tribunal con relación al objeto del proceso y su disponibilidad, el de contradicción se relaciona con la necesidad de la contienda entre partes; de tal suerte que no

¹⁷ GÓMEZ, J. L. y otros. *Derecho jurisdiccional III...*, pg. 281.

puede sorprenderse al imputado con una modificación que pueda colocarlo en estado de indefensión¹⁸.

No obstante, la acertada alerta de la profesora de Girona, la fusión o complementariedad del principio de contradicción con el acusatorio está presente profusamente en la doctrina y la jurisprudencia de ese país, y así se manifiesta en pronunciamientos del Tribunal Constitucional español: “(...) el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción”¹⁹.

Ahora bien, el tratamiento que tradicionalmente se le daba a este tema en el derecho español comenzó a cambiar desde finales del siglo pasado, a partir de criterios jurisprudenciales derivados de la interpretación de la Constitución de 1978, cuestión a la que nos referiremos en el epígrafe siguiente.

4.1. Necesidad de alertar para desvincularse del fiscal

La postura prevaleciente en nuestro medio concibe el uso de la tesis de desvinculación, pero la limitan a una “alerta” a las partes sobre una posible agravación. Bajo esta vertiente, se identifican dos posiciones:

- a. El uso de la “alerta” para sancionar por un delito más grave o imponer una sanción mayor que la solicitada;
- b. El uso de la “alerta” solo para sancionar por un delito distinto o más grave, sin especificar si debe usarla para imponer una pena mayor o prohibiendo que pueda hacerlo.

En la posición de exigir una alerta al imputado para poder sancionar por un delito más grave que el imputado se encuentran los códigos de procedimiento de Guatemala (art. 374), Costa Rica (art. 346), El Salvador (art. 359), Venezuela (art. 364) y Paraguay (art. 400), entre otros. La formulación es muy similar y puede ilustrarse con lo que estipula el *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*:

¹⁸ ARMENTA, T. *Lecciones de derecho...*, pg. 305.

¹⁹ Citado por PALOMARES, S. *El principio acusatorio...*, pg. 61.

Art. 345. Congruencia entre sentencia y acusación. En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad.

Pero, el acusado o acusada no puede ser condenado o condenada en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido o advertida, como lo ordena el artículo 333 de este Código, por el juez o Jueza sobre la modificación posible de la calificación jurídica.

La redacción del código venezolano es similar a la propuesta en el art. 322 del *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*.

Dentro de los códigos que exigen la advertencia para calificar por un delito distinto están los de Chile, Perú y República Dominicana. En el primero no se menciona que pueda usarse para imponer una sanción mayor que la solicitada (art. 341); por su parte, los de Perú (art. 397) y República Dominicana (art. 336) prohíben que el tribunal pueda imponer una sanción mayor que la solicitada por el fiscal. Todo parece indicar que en este segundo grupo lo que se trata de proteger con el uso de la tesis es la sorpresa, pues queda claro que la agravación en lo que respecta a la pena no es admisible.

Estas posturas aleccionadoras son las que siempre propugnó la doctrina argentina²⁰ y que Julio MAIER, a quien se le reconoce como uno de los principales impulsores e ideólogos del proceso de reforma en América Latina, consagró en su proyecto de código procesal de 1986, que no llegó a ser norma en Argentina, pero cuya concepción luego se extendió a varios de las leyes americanas en las que MAIER influyó; se pronunciaba de la forma siguiente:

²⁰ El gran maestro argentino Alfredo VÉLEZ MARICONDE refería que no se podía negar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional diera al hecho atribuido una calificación legal distinta de la que afirma el actor penal, bajo la regla del principio *iura novit curia*, porque tal modificación no afecta el principio constitucional del derecho de la defensa. VÉLEZ, A. *Derecho procesal penal...*, pg. 228.

(...) en la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura del juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica (art. 322).

Existen otros códigos en los que no se hace referencia a la alerta, pero se infiere de la normativa; es el caso del Código de Bolivia, en que la única mención al tema está en el art. 632, donde se estipula que “El imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación”; con una formulación similar se pronuncia el Código de Honduras (art. 337). No se menciona la alerta como requisito para desvincularse del pedimento fiscal pero la forma en que está regulada la congruencia indican que es necesario que el tribunal realice alguna actividad si pretende apartarse de la acusación, sobre todo porque no existe en estos códigos una prohibición, como la que veremos más adelante, de sancionar por una figura distinta a la imputada.

4.2. Epifanía del *iura novit curia*: libertad del tribunal para aplicar el derecho

En esta posición se colocan las normas procesales que desconocen el uso de la tesis de desvinculación y en tal sentido limitan la correlación solo a los hechos imputados.

El código federal de Argentina de 1991 (art. 401)²¹ y de Nicaragua se colocan en la posición de desvinculación del tribunal con relación a la postura jurídica del fiscal. Es particularmente ilustrativa la formulación del Código de Nicaragua en su postura de total desapego al uso de la fórmula de desvinculación y una

²¹ Argentina fue el país que inició reformas del proceso penal en el hemisferio y es particularmente interesante el tratamiento que le dio al tema que analizamos. En el conocido Proyecto de MAIER, de 1986, se refrendaba en el art. 322.2 la obligación del tribunal de alertar a las partes si pretendía sancionar por un delito más grave que el imputado por el fiscal. Como es conocido, el proyecto nunca llegó a ley y cuando se aprueba en el año 1991 el Código Procesal Penal de la Nación, se tomó partido por la variante de desvincular al tribunal de la tesis acusatoria.

clara toma de partido a favor de la libertad del tribunal en sus decisiones: “Pero el juez podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, aun cuando no haya sido advertida con anterioridad y aplicará la pena que corresponda” (art. 157).

Siempre he considerado de extrema dificultad comprender la situación que se le puede crear a los abogados que ejercen la defensa penal bajo este modelo, en los que el tribunal puede, una vez concluido el juicio oral y al momento de su deliberación, sancionar por una figura delictiva más grave que la imputada e imponer una pena más alta que la pretendida por la acusación, sin que el acusado haya tenido oportunidad de enfrentarse a ese nuevo escenario.

5. LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS

Los criterios determinantes de la congruencia que hemos referenciado y que marcaron el panorama normativo y jurisprudencial de una gran cantidad de países de nuestra cultura jurídica, siguiendo la línea ideológica marcada por el derecho europeo, comenzaron a cambiar progresivamente.

En este escenario de cambios se inscribe el proceso español, cuya jurisprudencia constitucional privó a los jueces penales del dominio absoluto que tenían sobre las cuestiones jurídicas en debate, lo que implicó una relativización del papel que hasta ese momento desempeñaba el principio *iura novit curia*. El tribunal español ya no puede calificar el delito a su antojo, agravando lo planteado por la acusación. En la actualidad los jueces solo sancionan por delito más grave que el originalmente imputado si – utilizada la tesis de desvinculación – el ministerio fiscal o cualquier otro acusador lo acepta y hace suya. En caso contrario, no puede el tribunal hacerlo por un delito más grave, pues se considera que se convertiría en juez y parte²².

²² Considera GÓMEZ COLOMER que este criterio jurisprudencial que prevalece actualmente en España es una interpretación dogmáticamente incorrecta del principio acusatorio, y nada tiene que ver con él, porque lo verdaderamente importante es que no se alteren los hechos esenciales, de tal suerte que aceptando estos, el tribunal es el único autorizado legalmente para calificarlos, por imperio de los principios de legalidad e *iura novit curia* y hace la comparación con la legislación alemana, en donde el tribunal tiene la facultad de calificar por el delito que considere, sin tener que sujetarse preceptivamente a lo planteado por el Fiscal. GÓMEZ, J. L. y otros. *Derecho jurisdiccional III...*, pgs. 281-282

Se trata de un cambio sustancial sobre esta institución, pues ya el tribunal no está sujeto solo al hecho, sino que tiene limitada su actuación a la posición que asumirá la fiscalía ante la fórmula. La alerta dejó de ser una tesis de desvinculación como lo fue por años, ya que si la acusación no acepta la potencial calificación que está haciendo el tribunal, no podrá sancionar por ese delito, quedando vinculado al pedimento fiscal.

La sujeción del tribunal con el pedimento de la acusación está refrendada en el código procesal penal de Colombia (art. 448) y más reciente en el último de los códigos procesales de nuestro continente, el de Argentina de 2014, que se ubica en los denominados “códigos de segunda generación”, por el fortalecimiento de las garantías del imputado en aras de favorecer el principio acusatorio. La nueva norma argentina favoreció el derecho del acusado a no ser sorprendido en el juicio por ninguna contingencia, pues ello sería ir en desmedro del derecho a la defensa; en tal sentido dispuso en su art. 273, titulado: Correlación entre acusación y sentencia que:

La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate.

Los jueces solo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran.

La doctrina argentina llevaba algún tiempo inmersa en un rico debate sobre este tema, del cual es ilustrativo el propio título del trabajo de la profesora LEDESMA al que hemos hecho reiterada referencia: “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*?”, que finalmente logró prevalecer en el nuevo código.

Esta postura normativa se aparta totalmente de los modelos tradicionales que se gestaron en nuestra cultura jurídica y se alejan del apego al principio *iura novit curia*, que como dijimos anteriormente, opera hasta para el enjuiciamiento civil.

Bajo esta posición se privilegia sobre todas las cosas la posición del imputado y se coloca toda la responsabilidad en la acusación. Se limitan las facultades de los jueces, quienes solo pueden comprobar la existencia del hecho y del delito imputado, impidiéndoles encuadrar el hecho probado en una figura delictiva más grave que la señalada por el Ministerio Público.

Se privilegia el principio acusatorio, pero no en la visión formal o teórica con el que se identificó tradicionalmente, sino en su formulación originaria, denominada “histórica”. Para entender esta dicotomía debemos remitirnos al análisis hecho por Máximo LANGER, para quien el término acusatorio, que se utiliza para denominar al modelo que surge de la codificación napoleónica, cuya influencia ha llegado a nuestros días, no puede confundirse con el acusatorio originario, de tipo romano, si bien bebió en este. Es por ello que la doctrina ha elaborado una distinción para diferenciar la connotación que ambos conceptos tienen; denominando al acusatorio de origen romano como “modelo histórico”, en contraposición con el derivado de la codificación napoleónica, al que se le denomina “modelo teórico”, toda vez que este último está impregnado de múltiples matices que no son propios del modelo acusatorio histórico y que son el resultado de la influencia que el inquisitivo tuvo en su conformación²³.

El modelo acusatorio de corte histórico, que logró prevalecer en el ordenamiento inglés por la escasa influencia de la Inquisición en ese país, permitió conservar los rasgos propios del acusatorio romano de corte dispositivo, en que la acusación tenía amplias facultades sobre la imputación y el tribunal quedaba vinculado al pedimento de las partes. El procesal napoleónico incorporó algunos elementos del enjuiciamiento inglés, pero mantuvo otros muy importantes del inquisitivo, entre ellos la indisponibilidad de la acusación y la prevalencia del principio *iura novit curia*.

En ese proceso de cambios que se producen en el panorama normativo y doctrinal de varios de nuestros países, que el profesor alemán Bernard SCHÜNEMANN denominó gráficamente como la “marcha triunfal del

²³ LANGER, M. “Dicotomía acusatorio-inquisitivo y tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. y BOVINO, A. (coords.). *El procedimiento abreviado...*, pgs. 104-110.

procedimiento penal americano en el mundo”²⁴, para identificar la influencia que el *common law* ha tenido sobre los sistemas continentales europeo y americano, se inscribe este fortalecimiento del principio acusatorio, en su formulación histórica originaria. Bajo este nuevo panorama el tribunal perdió las amplias facultades de que disfrutaba como titular del *ius puniendi* y se transformó en un órgano que arbitra la contienda y que debe ajustarse a lo interesado por el fiscal, teniendo vedada la posibilidad de agravar lo solicitado.

6. RETIRADA DE LA ACUSACIÓN Y PETICIÓN DE ABSOLUCIÓN. DOS FIGURAS IGUALMENTE IMPACTADAS EN LOS NUEVOS ESCENARIOS

Lo relativo a si el fiscal puede retirar la acusación o debe pedir la absolución, cuando al finalizar el juicio oral se percata que del resultado de la prueba practicada no es posible exigir responsabilidad penal al imputado o ha quedado evidenciada su inocencia, es un tema que adquiere alto relieve de conflicto en la doctrina moderna, pues se trata de otra de las instituciones que han sido impactadas en los últimos años por la influencia del modelo de enjuiciamiento anglosajón.

El proceso penal liberal decimonónico, cuya consagración prístina se asentó en el modelo mixto del *Código de Instrucción Criminal de Napoleón* de 1808, y que encontró receptividad en la generalidad de los procesos penales continentales, incluida la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, no concibió que el fiscal pudiera disponer de la acusación y por ende no existe en esa normativa formulación concreta que posibilite que una vez iniciado el juicio oral el Ministerio Público pueda retirar la acusación.

Con una extraordinaria claridad expositiva, con base en la normativa italiana del momento, nos aclara DOMENICO TOLOMEI, quien habla del principio de “irretroactividad de la acción penal”, para definir la imposibilidad de que una vez iniciado el proceso penal, pudiera el fiscal abandonarlo, por ser una prolongación del principio de obligatoriedad. Este autor ilustraba su posición en tal sentido: “Si es obligatorio para el Ministerio Público provocar una sentencia

²⁴ SCHÜNEMANN, B. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, *Cuadernos del Consejo...*

jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve cómo este puede coexistir con la facultad de desistir de la acción; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductorio, sino a una decisión del juez”. Y continuaba insistiendo: “La opinión contraria, (se refería al supuesto de que el fiscal desistiera de la acción en el juicio) racionalmente insostenible, consistiría, en la práctica, en una farisaica interpretación de los deberes del propio Ministerio Público, frente al órgano estatal”²⁵.

No cabe duda de que existe una pugna con el principio acusatorio, sobre la base de la separación de funciones y de que no es posible un enjuiciamiento penal sin acusación, pero la lógica del pensamiento de que el tribunal no deba someterse a una repentina retirada de la acusación en el acto del juicio oral, se sienta en el particular de que si en el proceso penal tradicional la fiscalía estuvo durante toda la fase sumarial en la obligación de concluir la investigación y someter ese resultado a la decisión del tribunal, incluso en aquellos casos en que considera de que no existe mérito para acusar y es solo el órgano jurisdiccional quien tiene facultades para adoptar la decisión liberadora del sobreseimiento, no le es dable al fiscal, en la fase del juicio oral, paralizar la labor del tribunal, ante una retirada intempestiva. A eso es a lo que denomina DOMENICO TOLOMEI un “actuar farisaico”, pues hipotéticamente puede darse el caso de que un fiscal pida el sobreseimiento de las actuaciones y sea “compelido” por aquel a ejercitar la acción y luego en el acto del juicio oral tome la decisión de retirar la acusación, la que de tener valor vinculante para el tribunal, le obligaría a dictar una sentencia absolutoria, con un evidente “fraude” procesal.

La posición que se dio en España, en los primeros tiempos de vigencia de la LECrim, a los casos en que la fiscalía consideraba que no procedía la imputación originaria, era la de modificar sus conclusiones provisionales y pedir la absolución en el acto del juicio oral. De no estar de acuerdo el tribunal con esta decisión, debía hacer uso de la tesis de desvinculación, posición que encontró asiento en una primigenia jurisprudencia que así lo reflejó de forma reiterada; a guisa ilustrativa la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de noviembre de 1885²⁶:

²⁵ DOMENICO, A. *Los principios fundamentales...*, pgs. 155-156.

²⁶ BARROETA, S. *Ley de Enjuiciamiento...*, pgs. 509-510.

Considerando que si bien el Ministerio fiscal (...) varió su calificación en el juicio oral, y teniendo presente el resultado de las pruebas pidió en las conclusiones definitivas la absolución (...) el Tribunal, antes de dictar la sentencia recurrida condenando al procesado por el mismo hecho, debió hacer uso de la facultad que le otorga el art. 733 de la ley citada, si entendió también por el resultado de las pruebas que el hecho justiciable había sido calificado con manifiesto error (...).

El mencionado art. 733 está referido a la tesis de desvinculación, o sea, la alerta que el tribunal debe realizar a las partes cuando considera que existe mérito para sancionar por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación o imponer una sanción mayor que la solicitada.

La doctrina española actual está lejos de tener una posición uniforme con relación al particular de si el fiscal puede desentenderse de la acusación en la fase del juicio oral, y en esa dirección es necesario destacar que algunos autores²⁷ identifican la retirada de la acusación con la solicitud de absolución, aspectos que si bien están íntimamente relacionados y pueden llegar a confundirse, tienen contornos diferenciadores.

La retirada de la acusación presupone un abandono del fiscal de su posición de parte en el juicio oral. Mientras que en la solicitud de absolución se allana al pedimento liberador y deja en manos del tribunal la decisión a adoptar, pero no se aparta del debate contradictorio, al menos en el aspecto formal.

Con independencia de la identificación o no de ambas posiciones; queda claro lo ya mencionado de que no existe en España actualmente una posición homogénea de la doctrina sobre si el fiscal puede desvincularse de la acusación en el acto del juicio oral. Un segmento importante de la doctrina de ese país sostiene que una vez ejercida la acusación no se podrá evitar la sentencia sobre el fondo, absolutoria o condenatoria, por cuanto la acusación deviene irrevocable²⁸.

²⁷ CUCARELLA, L. A. *La correlación de...*, pg. 82.

²⁸ ARMENTA, T. *Leciones de derecho...*, pg. 134.

En esa postura de no admisión del desistimiento, el profesor ORTELLS RAMOS es del criterio que el contenido del principio acusatorio queda satisfecho desde el momento en que el fiscal condiciona la apertura a juicio oral con su solicitud acusatoria y determina el objeto del proceso, pues lo que resta en el juicio oral son típicas potestades jurisdiccionales; como son valorar la prueba y aplicar la norma jurídica adecuada. Por lo que no es indispensable para que el tribunal se pronuncie sobre el fondo, que la acusación sea mantenida por aquel²⁹.

El fundamento de esta posición está en que, a diferencia del proceso civil donde el actor ejercita un derecho material en nombre propio, vinculando al tribunal, lo que tiene el ministerio fiscal en el proceso penal es un *ius ut procedatur*, o derecho formal al proceso. El cual no es disponible, porque no lo es el derecho material que subyace³⁰.

Otros autores son del criterio de que la retirada del fiscal debe producir necesariamente una sentencia absolutoria³¹; posición que evidentemente se favorece a partir de los cambios que se producen en el enjuiciamiento de ese país tras la promulgación de la *Ley del Tribunal del Jurado* en 1995, que postula en su art. 51, que cuando las partes acusadoras desisten de la petición de condena durante el juicio oral, el magistrado presidente debe disolver el jurado y dictar una sentencia absolutoria.

En Argentina este tema adquirió mucha relevancia hace unos años a partir de una jurisprudencia contradictoria. Deriva de un primer fallo acordado por la Corte Suprema en fecha 28 de diciembre de 1989 conocido como *Caso Tarifeño*, en el que se dispone:

(...) la función de los magistrados consiste en dirimir la contienda entre la acusación y la defensa; en el tramo donde la contienda no existe, esto es, en el lapso temporal de pena no reclamada por el titular de la acción, los magistrados no pueden intervenir. Si lo hacen, están tomando para sí

²⁹ ORTELLS, M. *Introducción al derecho...*, pg. 276.

³⁰ SAAVEDRA, J. “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 Lecrim”, *Cuadernos de Derecho...*, pgs. 11-52.

³¹ CUCARELLA, L. A. *La correlación de la...*, pg. 83.

la actividad de una de las partes, reemplazando la voluntad del titular de la acción penal por la de quien no está legalmente habilitado para formular pretensiones punitivas, otorgando lo que el Ministerio Público Fiscal no reclamó y, por ende, perdiendo su rol de tercero imparcial frente al conflicto”; y que “al arrogarse el Tribunal Oral en lo Criminal funciones exclusivas del Ministerio Público Fiscal, que le son vedadas en función de lo dispuesto por el art. 120 de nuestra Carta Magna, se vulnera tanto la independencia como las atribuciones del órgano extrapoder, generándose un verdadero conflicto de alcance institucional.

(...) el pedido absolutorio del Fiscal impide al órgano jurisdiccional el dictado de sentencia condenatoria, con fundamento en reiterados precedentes, en orden a que la falta de acusación en materia criminal viola la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales.

Esta posición de la jurisprudencia argentina se mantuvo en varios fallos posteriores, y fortaleció el concepto que la petición de absolución del fiscal era vinculante para el tribunal. Al no tener estas decisiones un claro respaldo normativo, y no existir una pronunciamiento concreto en la ley procesal de ese país, con frecuencia la jurisprudencia se comportaba fluctuante y en momentos posteriores aparecieron fallos que daban un mentís a esta posición, como la sentencia de 15 de agosto de 2002, recaída en el caso *Marcilese* donde la Corte Suprema dispuso:

(...) la acusación exigida como requisito fundamental de las garantías del juicio previo y del debido proceso, es la contenida en el requerimiento de elevación a juicio. Y asimismo, que tampoco media norma alguna en el plexo ritual que autorice a declarar la nulidad de un fallo condenatorio que imponga una condena que no fuera solicitada una vez finalizado el debate por el señor Fiscal.

La posición jurisprudencial que consideró vinculante el pedido absolutorio del fiscal motivó una reflexión de Julio MAIER y Máximo LANGER, que definen de manera muy clara la posición de un sector doctrinal que se opone a que el fiscal pueda disponer del contenido de la acusación y que, por lo ilustrativo del parlamento, transcribimos:

No existe regla alguna que autorice al fiscal a desistir en forma vinculante para el fallo (...). La conclusión del fiscal, al final del debate, solo representa su opinión sobre esa acusación, conforme al mérito o demérito que él arroja. Nada autoriza a tratarla como una renuncia a la persecución penal, efectuada por el acusador público, con efectos vinculantes para la decisión del tribunal (principio dispositivo) (...). Ello autoriza a expresar que, mientras se mantenga el régimen de la acción penal pública y, más aún, el principio de legalidad (obligatoriedad de la acción penal), la aproximación al principio acusatorio solo será formal por dos razones principales: colocar frente a quien tiene el derecho de resistir la imputación un opositor formal y, al mismo tiempo, evitar que la hipótesis imputativa parta de los jueces que han de juzgar³².

En esta reflexión de los profesores argentinos se aprecia la diferencia que apuntábamos anteriormente entre la retirada de la acusación y la solicitud de absolución, que en el proceso penal cubano encontró una clara definición a partir de la reforma introducida por la *Ley de Organización del Poder Judicial* de 1909, que concibió la posibilidad del uso de la tesis de desvinculación para el caso de que se produjera la retirada de la acusación, y con ello legitimó una postura de la fiscalía, que no tenía normatividad en la LECrim española. O sea, antes de esta fecha el fiscal debía pedir la absolución, no retirar la acusación.

Como ya consignamos anteriormente, el proceso penal cubano actual concibe que el fiscal – en el momento de cierre del juicio oral – pueda adoptar la decisión de retirar la acusación, lo cual no vincula al tribunal, quien tiene la posibilidad de usar la fórmula del art. 350 y sancionar al imputado. Se trata de un proceder que la ley detalla con el ritualismo propio del legislador liberal del siglo XIX, cuya utilización por el tribunal le permite sancionar por un delito más grave que el que fue objeto de la imputación o castigar incluso cuando el fiscal decide retirar la acusación.

Cuando se retira la acusación y el tribunal hace uso de la fórmula y no obstante el fiscal, a pesar de la alerta se mantiene en su posición, deja de ocupar su lugar en el proceso y el juicio oral continúa sin su participación. De hecho en la práctica cubana, el fiscal abandona los estrados como clara muestra de su “retirada”

³² MAIER, J. y LANGER, M. “Acusación y sentencia”, *Separata de Nueva...*, pgs. 622-623.

del proceso. En la solicitud de absolución – que no tiene asiento la práctica cubana, pero sí en otros escenarios –, el fiscal debe fundamentar su pedimento, brindando los elementos al tribunal que justifican su petición liberadora.

Algunos autores cubanos se manifiestan contrarios a mantener el uso de la fórmula para los casos en que se produzca la retirada de la acusación. El profesor RIVERO GARCÍA propugnaba que se eliminara este proceder de nuestra ley, bajo el argumento de que si el cometido que tiene es corregir los errores que puedan realizar los fiscales, el remedio es fortalecer la preparación del Ministerio Público y no encargar a los jueces la función correctiva³³.

Como ya hemos apuntado, el cometido del uso de la fórmula no es corregir la función del fiscal, sino cumplir una misión que le viene dada a la judicatura de compromiso con la legalidad, que le vincula preceptivamente a una norma imperativa que es el código penal y no al pedimento concreto del acusador.

En los momentos actuales es posible cuestionar muchos de los postulados que sirvieron y aún sirven de fundamento a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se manifiestan contrarios a que el fiscal pueda retirar la acusación en el juicio oral, pues tienen su fundamento en la herencia que adquirimos en el pacto fundacional del sistema mixto de enjuiciamiento, que consagró la persecución penal pública y la aspiración teleológica de encontrar la verdad.

Nos guste o no, en una gran cantidad de países el proceso penal actual sufrió el influjo de instituciones y fórmulas que eran ajenas al proceso penal continental europeo y americano originarios, que posibilitan abandonar el enjuiciamiento, en pos de encontrar fórmulas de oportunidad o la aplicación de medios de negociación entre los acusadores y los imputados, entre muchas otras posibilidades para no llegar al enjuiciamiento.

Todo esto flexibiliza la rigidez del principio de legalidad, y con ello, la visión originaria de no disponibilidad de la acusación por el fiscal, por lo que necesariamente se abrirá cada día más el camino para que el Ministerio Público

³³ RIVERO, D. *El juicio oral...*, pg. 50.

pueda retirar la acusación o pedir la absolución y ante esta posición el tribunal quede sometido preceptivamente.

No es común encontrar en los códigos de nuestra área una plasmación clara de si la decisión del fiscal de pedir la absolución o retirar la acusación, tiene efectos vinculantes para el tribunal. Ante la ausencia de una diáfana regulación al respecto es factible presumir que tal determinación no vincula al tribunal, a partir de la prevalencia del principio *iura novit curia*, que fundamenta la tesis de desvinculación.

El código de procedimiento de Perú, del 2004 (art. 387.4), tomó partido por favorecer la posición vinculante del fiscal, de tal suerte que la decisión de retirar la acusación puede ser cuestionada por el tribunal, sometiéndola al criterio del superior jerárquico en la escala del Ministerio Público, pero en el entendido que la decisión de dicha autoridad tiene un efecto vinculante para el tribunal quien debe desponer el sobreseimiento definitivo de la causa.

La polémica en la jurisprudencia y la doctrina argentina quedó zanjada con la promulgación del código federal, donde se dispuso que el tribunal está obligado a decretar la absolución del acusado, cuando así lo haya solicitado el ministerio público (art. 273).

En el panorama global aún persiste la confusión al momento de definir la posición que puede adoptar el fiscal en estos casos, y se habla indistintamente de “solicitud de absolución” o “retirada de la acusación”, posiciones que son procesalmente distintas. Lo que sí queda absolutamente claro es que esta nueva generación de normas procesales han apostado por un fortalecimiento del principio acusatorio, convirtiendo en vinculante la decisión liberadora que adopte la fiscalía con relación al acusado.

Por la influencia que está teniendo este nuevo enfoque, no es de dudar que la postura de considerar vinculante para el tribunal el criterio del fiscal, logre calar progresivamente en el resto de los ordenamientos del área. Ahora bien, es bueno llamar la atención al legislador que un potencial cambio sobre el carácter vinculante para el tribunal de un pedimento liberador por parte del Ministerio

Público, debe tener coherencia en la aplicación del principio de legalidad, que permita que la decisión del fiscal sobre la petición de sobreseimiento, al finalizar la investigación, deba ser acatada sin reparos por el tribunal, pues carece de sentido que en ese momento el órgano jurisdiccional se resista a admitir el sobreseimiento interesado por el Ministerio Público y le imponga la necesidad de acusar y luego, en el acto del juicio oral este retire la acusación y el tribunal se vea obligado a absolver, pues en ese caso estaríamos ante el “actuar farisaico” del que nos habló en su día DOMENICO TOLOMEI.

VII. FUENTES

ARBULÚ, V. J. *Comentarios de los precedentes vinculantes penales. Análisis de las decisiones vinculantes de la Corte Suprema (2004-2012)*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

ARMENTA, T.

- “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista del Poder Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, n.º 58, 2000.
- *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. 2.ª e.

BARROETA, S. *Ley de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico*. 1885.

BERTOT, M. C. y LÓPEZ, D. G. “Otra mirada en torno a la correlación penal”, *Revista Justicia y Derecho*. Argentina: Tribunal Supremo Popular, n.º 14, 2009.

BHERON, J. y DE ANDRADE, R. *Sinal dos tempos: quando a doutrina entende que a resistência ao populismo punitivista e o respeito ao sistema penal acusatório é “a banana comendo o macaco”*. 29 de abril del 2017: <http://emporiiodireito.com.br/sinal-dos-tempos-quando-a-doutrina-entende-que-a-resistencia-ao-populismo-punitivista-e-o-respeito-ao-sistema-penal-acusatorio-e-a-banana-comendo-o-macaco/>).

CUCARELLA, L. A. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*. Navarra: Aranzadi, 2003.

DOMENICO, A. *Los principios fundamentales del proceso penal*. México: Editorial Jus, 1947. Traducción de José Becerra Bautista.

GÓMEZ, J. L. y otros. *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. 12.ª e.

LANGER, M. “Dicotomía acusatorio-inquisitivo y tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. y BOVINO, A. (coords.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

LEDESMA, A. E. “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*?”. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. MAIER*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

LLOBET, J. *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*. San José: Dominza, 2009. 4.^a e.

MAIER, J. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1989.

MAIER, J. y LANGER M. “Acusación y sentencia”, *Separata de Nueva Doctrina Penal*. Argentina: Editores del Puerto, 1996.

MENDOZA, J.

- “Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina”, *Problemas actuales del proceso iberoamericano*. Málaga: XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, CEDMA, 2006. T. II.
- “Correlación acusación-sentencia. Una mirada desde América”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n.º 38, 2012.

MONTERO, J. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ORTELLS, M. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Nomos, 2003.

PALOMARES, S. *El principio acusatorio*. Navarra: Aranzadi, 2005.

RIVERO, D. *El juicio oral. Antecedentes en la LECrim. Ideas para una nueva formulación*. La Habana: Ediciones ONBC, 2005.

RIVERO G. D. y PÉREZ, P. *El juicio oral*. La Habana: Ediciones ONBC, La Habana, 2001.

ROXIN, C. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SAAVEDRA, J. “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los artículos 729 y 733 Lecrim”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, n.º 10, 1994.

SCHÜNEMANN, B. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, 1991.

TECNOLOGÍA, CIENCIA Y DERECHO¹

ANTONIO GARRIGUES WALKER

JURISTA ESPAÑOL, PRESIDENTE DE HONOR DEL DESPACHO DE ABOGADOS GARRIGUES, PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN GARRIGUES Y LA CÁTEDRA GARRIGUES DE DERECHO GLOBAL DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, PATRONO DE HONOR DE LAS FUNDACIONES CONSEJO ESPAÑA-ESTADOS UNIDOS, JAPÓN, CHINA Y AUSTRALIA, Y PATRONO DE LA FUNDACIÓN ESPAÑA-INDIA

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El estamento jurídico, como todos los demás estamentos sin excepción alguna, van a tener que plantearse con rigor cuál puede ser y cuál debe ser su protagonismo en una sociedad en donde se están produciendo convulsiones políticas y sociológicas inquietantes, así como una revolución tecno-científica cuya profundidad y alcance desconocemos. Temas como la robótica, la nanotecnología, la manipulación genética, el espacio digital y su vulnerabilidad, y otros muchos, se integran en el mundo de la inteligencia artificial sobre el que transcribo a continuación algunas ideas básicas que he expuesto en artículos y conferencias para luego relacionarlas con la problemática legal.

2. DESARROLLO

Stephen HAWKING ha planteado la confrontación en términos dramáticos: “la inteligencia artificial puede suponer el fin de la humanidad”. Según él los sistemas avanzados de inteligencia artificial tendrán la capacidad de “tomar el control de los mismos, rediseñándose a un ritmo que aumentará cada vez más” algo que “los humanos, limitados por su evolución biológica, no podrán seguir y

¹ El original de este artículo con algunas modificaciones fue publicado en la revista del *Consejo General de la Abogacía Española* en noviembre 2016.

serán superados”. Por su parte, Ray KURZWEIL – para algunos un visionario narcisista y para Bill GATES “el mejor predictor del futuro de la inteligencia artificial” – tiene una visión más optimista sobre el futuro de la raza humana, aunque acepta que en el 2029 los computadores alcanzarán nuestro nivel de inteligencia.

Entre estas dos posturas hay opiniones de todo género y para todos los gustos. El Wall Street a varios expertos para debatir estos temas. Un directivo de IBM, Guruduth BANAVAR, cree que el “peligroso” conflicto entre máquinas y seres humanos es falso, alimentado por las películas y las novelas de ciencia ficción, considerando que, lo que ha mejorado y va seguir haciéndolo es la colaboración entre ambos, y es precisamente dicha sinergia la que ha dado lugar a avances espectaculares – y seguirá haciéndolo en el futuro –. Las máquinas, agrega, aportarán lo que no pueden hacer los humanos – en concreto el manejo de datos masivos, los *bigdata* –; y los humanos, por su parte, harán aquello para lo que las máquinas no están capacitadas como la formulación de preguntas y razonamientos lógicos.

Jean TALLIN, creador de un centro sobre el riesgo existencial y el futuro de la vida, es más sensible a los potenciales peligros de la inteligencia artificial, aconseja que se adopten desde ya las debidas precauciones para que las máquinas no estén en condiciones de tomar por sí mismas – como ya ha sucedido en el mundo financiero y en el médico –, decisiones irresponsables. Afirmo que es importante que mantengamos cierto control sobre la posición de los átomos en nuestro universo, el cual no debe cederse inadvertidamente al mundo de la inteligencia artificial.

Paul SAFFO, profesor de Stanford y también de la *Singularity University* (Universidad de la Singularidad) afirma que las máquinas podrán hacer cualquier cosa, ¡incluso sushi!, y que, de hecho, ya estamos rodeados de máquinas que hacen todo mejor que nosotros. Añade que el problema no es, si habrá o no inteligencia artificial, sino cuál será el lugar que ocuparán los seres humanos en un mundo cada vez más influenciado y dirigido por máquinas.

Siguiendo en esta línea, la revista *Edge* preguntó a varios expertos si las máquinas podrían llegar a pensar, y las reacciones están llenas de interés: el físico y premio Nobel, Frank WILCZEK, lo ve como una posibilidad remota pero asumible e indica que conforme avanza la neurociencia molecular y los ordenadores reproducen cada vez más los comportamientos que denominamos “inteligentes” en humanos, esa hipótesis parece cada vez más verosímil. El astrofísico John MATHER coincide con WILCZEK y destaca que hasta ahora no hemos encontrado ninguna ley natural que impida el desarrollo de la inteligencia artificial así que observa que será una realidad, y bastante pronto, teniendo en cuenta las ingentes inversiones que se están realizando. Por el contrario el filósofo, Daniel DENNETT, considera esta posibilidad una leyenda urbana, afirma que el peligro no está en la existencia de máquinas más inteligentes que nosotros sino en la cesión de nuestra autoridad a estas, que es justamente lo que estamos haciendo.

¿Cómo penetrar en este debate? ¿Cómo orientarse ante tanta complejidad? Además de renunciar a cualquier tentación dogmática, sería útil tener en cuenta las siguientes ideas básicas, que son también enteramente discutibles y necesitan ser analizadas.

Como es sabido, los seres humanos se han adaptado con naturalidad y sin excesivos problemas, a todos los cambios tecnológicos y científicos (el avión, la imprenta, la luz eléctrica, entre ellos) más esenciales, en términos de situación cultural. Es cierto que el proceso se ha acelerado y se va a seguir acelerando de forma significativa, pero si pensamos en las transformaciones tecno-científicas de los últimos veinticinco años nos asombraremos de que la condición humana se haya mantenido intacta y, por lo tanto, es perfectamente previsible que suceda lo mismo en el futuro. ¿Es esto así o nos enfrentamos a un cambio mucho más esencial y transformador que los anteriores?

La diferencia entre máquinas y seres humanos podría residir, fundamentalmente, en el terreno de las emociones y sentimientos, a lo que cabría preguntarnos – inevitablemente – ¿si las máquinas podrán llegar a tenerlos? En ese terreno no hay duda de que estas podrán crecer asombrosamente en inteligencia, pero la idea de que algún día pudieran también tener emociones (miedo, alegría, celos,

amor, envidia, vanidad, etc.) resulta para una mayoría de científicos inasumible, aunque haya también excepciones a esta posición. Para muchos expertos la evolución y la sinergia de la nanotecnología y la biotecnología podrían lograr que los átomos de un robot llegaran a funcionar de tal forma que dieran lugar a emociones auténticas. Nuestro médico Pedro GARCÍA BARRENO afirma que “la apropiación exclusiva por la especie humana del mundo de las emociones es un mero acto de soberbia”.

Ahora bien, lo que parece claro es que este tema requiere un tratamiento tanto multidimensional y multicultural. Como decía Karl POPPER “los problemas pueden atravesar los límites de cualquier disciplina. Somos estudiosos de problemas no de disciplinas”. Lo primero que tenemos que hacer es conocer a fondo – y el desconocimiento real es prácticamente absoluto – lo que está sucediendo en el mundo de la ciencia y la tecnología, incluyendo sus dilemas e inquietudes.

Un último pensamiento en este sentido, consiste en seguir observando al mundo actual, la idea de que una máquina supere la inteligencia humana no parece un reto excesivo.

Al tema de la inteligencia artificial y también en relación con la misma, se une ahora el de la lucha por extender al máximo la longevidad, incluso, hasta alcanzar la inmortalidad biológica, algo que personas como el ya citado Raymond KURZWEIL creen perfectamente posible. Aún sin llegar a estos extremos la situación actual plantea serios problemas.

El más claro, más urgente y más difícil se refiere a lo que se denomina invierno (o suicidio) demográfico que afecta — con la excepción de momento de los Estados Unidos — a todos los países desarrollados, en los que se da la doble circunstancia de una baja natalidad y de una alta longevidad, ambas crecientes, que genera varios problemas importantes y fundamentalmente dos: el envejecimiento de la sociedad que conlleva una grave pérdida de dinamismo y creatividad, y el impacto negativo de una alta tasa de dependencia (ratio de mayores de 65 años por trabajador activo) que ya está poniendo en grave riesgo el sistema de pensiones porque las tablas de mortalidad son otras muy distintas.

Pero el problema se agrava cuando miramos hacia un futuro próximo. La gran mayoría de los niños europeos que nazcan estos días alcanzarán fácilmente los cien años y cada año la esperanza de vida – como consecuencia de la generalización de las dietas sanas, el ejercicio físico y los avances científicos en el tratamiento y prevención de enfermedades – irá aumentando entre dos y tres meses, con lo cual en pocas décadas podríamos estar hablando de edades medias de 120 o 130 años, una cifra que no debe sorprendernos porque también se duplicó la edad entre el siglo XIX y el XX.

3. CONCLUSIONES

Partiendo de los antecedentes antes señalados, la conclusión primera y principal es la de que el estamento jurídico no debe estar al margen – y en gran medida lo está – de una imparable revolución tecno-científica que ya está afectando a derechos básicos de la ciudadanía y así mismo a la práctica judicial y profesional. En los Estados Unidos se creó en 2014 una fundación, *One Hundred Year Study On Artificial Intelligence*, que tiene entre sus objetivos, para los próximos cien años vigilar las cuestiones éticas y legales que pueden generar la inteligencia artificial y sus aplicaciones concretas. Hay varias asociaciones dedicadas al estudio del cerebro, en donde los aspectos legales tienen un protagonismo continuo.

La Universidad de Stanford ha creado un centro interdisciplinario (*Codex*) entre su facultad de derecho y de ingeniería, para intercambiar sus conocimientos y estudiar la integración del mundo tecnológico en su sistema legal. Se publican desde hace tiempo revistas legales sobre todos los temas antes mencionados (*Robotic Law Journal*, *Biology and Law*, y otras), siendo incontables los ensayos y los artículos sobre el impacto que puede tener la inteligencia artificial sobre la actividad legal en su conjunto y en concreto sobre los peligros que pueden generarse. Una reciente noticia en este sentido. La Universidad *Carnegie Mellon* y la firma de abogados *K&L Gates*, han creado un fondo de diez millones de dólares para estudiar las implicaciones éticas y legales de la inteligencia artificial y otras tecnologías relacionadas.

En resumen, la relación entre ciencia, técnica y derecho se ha convertido en el mundo anglosajón y en gran parte del mundo desarrollado en un tema urgente y prioritario.

Habrá que partir de las siguientes ideas:

- La ciudadanía en su conjunto no es consciente de cómo los avances tecnológicos y científicos que ya están en marcha pueden afectar a la estructura y la vertebración actual de nuestras sociedades. El mundo científico tiene que hacerse próximo y más mediático.
- El mundo político tiene así mismo el deber de ser consciente de estas nuevas realidades abriendo un debate, tanto sobre el impacto en el sistema de pensiones como de los cambios y riesgos que podrían generarse en otros campos. No pueden seguir aislados en un gueto, operando siempre a corto plazo por la presión electoral.
- En todas estas tareas y deberes será vital organizar encuentros multidisciplinares en donde participen científicos y tecnólogos que nos eduquen y orienten en los nuevos procesos e implicaciones previsibles. Desde una mente fija y unidimensional es imposible entender problemas tan complejos, y por lo tanto, buscar las soluciones adecuadas.
- El mundo jurídico no es el factor único ni clave de este proceso, pero no puede renunciar a tener un protagonismo especial como estamento a quien corresponde regular, por medio de la ley, la convivencia ciudadana dando “a cada uno lo suyo”. El mundo jurídico debe aprestarse, no a controlar ni a limitar los avances científicos y tecnológicos – una tarea por demás imposible – pero sí a conocerlos con la profundidad, y prever – tarea no imposible pero sí extremadamente difícil – sus consecuencias en cuanto a derechos básicos y el orden legal en su conjunto.

Las facultades de derecho de nuestras universidades, y estas en su conjunto, tendrán que aceptar que ya existe un derecho tecnológico y también científico con sus propios principios y peculiaridades. Han surgido, como en su día el

derecho laboral, el contable o el del medio ambiente. Estos nuevos derechos requieren su propio espacio formativo, y convertirse en una fuente importante de actividad profesional. Y esto, por cierto, se aplica tanto a los grandes o medianos despachos como a las firmas pequeñas y a los abogados que practican el ejercicio individualmente. El conocimiento de los temas antes reseñados va a ser de hecho un instrumento especialmente eficaz para reducir distancias y equilibrar oportunidades.

Estamos viviendo, en definitiva, una revolución tecnológica y científica que ya está cambiando, muchas claves de la sociedad y que va a originar situaciones de incertidumbre y de inseguridad, en los que el mundo jurídico va a tener que dar la talla, cumplir todas sus obligaciones porque si no lo hiciera, renunciará a la función de regular, y sobre todo, a la de decidir, abriendo la puerta del caos. Y no hay que abrirla.

EL DEBATE SOBRE LA ÚLTIMA PALABRA

**REFLEXIONES SOBRE LOS CONTROLES DE
CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD**

JORGE ALEJANDRO AMAYA

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL POR LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y POS DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA. PROFESOR ORDINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. VICEPRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y MIEMBRO DEL COMITÉ EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. DIRECTOR DEL CURSO INTENSIVO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

ÍNDICE. 1. Introducción. Los debates históricos sobre la última palabra constitucional. 2. La constitucionalización del derecho internacional y la internacionalización del derecho constitucional. Las cláusulas “puente”. 3. El principio de supremacía constitucional en la República Argentina y su evolución. 4. El nacimiento y desarrollo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CIDH. 5. La recepción del control de convencionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Una jurisprudencia cambiante. Distintas etapas. 6. ¿Cómo resolvemos el debate sobre la última palabra? 7. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN. LOS DEBATES HISTÓRICOS SOBRE LA ÚLTIMA PALABRA CONSTITUCIONAL¹

Como recordaba Marguerite YOURCENAR en su obra el *Alexis o el tratado del inútil combate*², hay temas que flotan en el aire de los tiempos.

Y si hay uno que siempre está presente en su reflexión y debate en los distintos tiempos por los que ha atravesado y atraviesa el movimiento constitucional desde sus orígenes: es el interrogante ¿A quién corresponde la última palabra constitucional?

Cuál debe ser el órgano de cierre en un sistema jurídico-político, completo y complejo como es una democracia constitucional, caracterizada por aunar un sistema de gobierno, el democrático que se rige, en principio, por la regla de la mayoría; y un sistema de Estado, el constitucional de derecho que erige a la Constitución como norma suprema, que define la validez o invalidez del resto de las normas del sistema jurídico, estableciendo los límites para el ejercicio del autogobierno a través de los derechos, y de alguna forma, de la división en la organización del poder³.

El tema es de enorme trascendencia, ya que el órgano de cierre constitucional tiene un enorme poder en el control y formación de la cultura en esta vertiente de un país, habiendo la historia presenciado debates históricos alrededor.

El primer antecedente jurídico del debate sobre la última palabra constitucional y más enfatizada por la doctrina⁴ es ciertamente el caso *Bonham* de 1610 y proviene

¹ Siglas utilizadas en el presente trabajo: CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; ComisiónIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; CC: Control de Constitucionalidad; CEUA: Constitución de los Estados Unidos de América; CN: Constitución Nacional – también es cuando se hace referencia a la Constitución de Argentina –; CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; CT: Constitución Textual; DC: Derecho constitucional; DDHH: Derechos Humanos; TC: Tribunal Constitucional; CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² YOURCENAR, M. *Alexis o el...*

³ AMAYA, J. A. *Democracia y Minoría...*

⁴ Se puede profundizar sobre este caso en varios trabajos, entre ellos FERRER, E. “El control

– curiosamente – de Inglaterra, un país con Constitución consuetudinaria, no escrita y sin CC.

El doctor BONHAM, médico inglés, fue inhibido de ejercer la medicina y encarcelado por una decisión del *Royal Collage of Physicians*. Ante esta situación, recurrió a *Court of Common Pleas*, que presidía el juez COKE.

Dos fueron los fundamentos de la sentencia de este célebre juez: primero, sostuvo que la jurisdicción del Real Colegio de Médicos no se extendía al caso; y segundo, que si la ley había atribuido al colegio tal potestad, la misma debía ser considerada nula. Afirmó: “Cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad”⁵.

Este precedente judicial ha sido considerado por muchos, desde un punto de vista jurídico-formal, como la raíz del CC, en razón del paralelismo que el juez COKE formula situando al *common law* por encima del Parlamento, atribuyéndole un carácter de *fundamental law* del ordenamiento inglés, a través del cual se permitiría a los jueces controlar los actos de aquel. Es decir, la defensa de la tradicional supremacía del *common law*⁶ frente a dicha institución.

El significado de esta decisión como verdadero germen del control

difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>; REY, F. “Una relectura del Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review”: www.juridicas.unam.mx; y VÁZQUEZ, A. M. “El caso Bonham. Supremacía Constitucional”, *Revista de Derecho...*, pgs. 137 y 140.

⁵ FERNÁNDEZ, F. “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en FERRER, E. (coord.). *Derecho procesal constitucional...*, pg. 3343.

⁶ El *common law* está formado por un conjunto de normas que proceden de la jurisprudencia de los tribunales y que versan sobre materias que no han sido objeto de regulación legal. El *statute law* lo formarían aquellas leyes que, sin ser dictadas como constitucionales, la conciencia colectiva las ha venido considerando como tales por la importancia de su contenido. Entre las leyes que lo son y las que no, es imposible distinguir técnicamente, pues proceden ambas de la misma fuente: el Parlamento, y son elaboradas y modificadas de la misma forma. Admite la doctrina, con todo, que las más remotas, las que poseen rango constitucional, tuvieron su origen en un pacto entre la Corona y el Parlamento, cfr. LÓPEZ, J. M. *Orígenes constitucionales del...*, pg. 28.

jurisdiccional de constitucionalidad, sin embargo, no ha estado exento de refutación.

En efecto, conforme revela ACOSTA SÁNCHEZ, diversos problemas suscitados en aquel pasaje, incluso acerca de los precedentes que COKE utilizó, fueron investigados por constitucionalistas norteamericanos e ingleses, los cuales han concluido que “no hay base histórica sólida para hallar ningún tipo de precedente de la *judicial review* en la práctica británica”, ya que los jueces reconocían el rango superior del *statute* aprobado por el Parlamento “y la universal obediencia debida al mismo”⁷.

En definitiva, si COKE reconocía la soberanía del Parlamento, como él mismo declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judicial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador⁸.

Pese a que las ideas de COKE tuvieron innegable importancia, sus efectos fueron borrados por la “Gloriosa revolución” de 1688⁹ y el constitucionalismo revolucionario termina por implantar, junto a la subordinación del legislador, la restricción del *common law* por ser considerada una base peligrosa. El *Bill of Right* de 1689 derribaría audazmente diversas partes del mismo, abriendo camino hacia otra teoría, la de la supremacía del legislativo, es decir, la última palabra en manos del Parlamento¹⁰.

⁷ ACOSTA, J. *Formación de la...*, pgs. 36 y 93.

⁸ COKE había afirmado antes: “el Parlamento inglés es el depositario del poder supremo, al que ni las personas ni las cosas pueden poner límite”, cfr. James BRYCE, a fines del siglo XIX. ACOSTA, J. *Formación de la...*, pgs 36-37.

⁹ La Gloriosa Revolución, también llamada la Revolución de 1688, fue el derrocamiento de Jacobo II por una unión de parlamentarios y Guillermo II de Holanda (Guillermo de Orange). Algunas veces también se llama la Revolución Incruenta, aunque hubo combates y pérdidas de vidas humanas en Irlanda y Escocia. La revolución está fuertemente asociada con los sucesos de la guerra de los Nueve años de la Europa Continental y es vista como la última invasión con éxito de Inglaterra. Se sostiene que el derrocamiento de Jacobo, dio comienzo a la moderna democracia parlamentaria inglesa: el monarca nunca volvería a tener el poder absoluto y la Declaración de Derechos se convertiría en uno de los documentos más importantes de Gran Bretaña.

¹⁰ Puede verse una visión global de este tema en AMAYA, J. A. *Marbury vs. Madison. Origen...*

Casi dos siglos después (1803) se dicta el célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison*¹¹, que se conoce públicamente como el origen del control judicial difuso de constitucionalidad, el cual deposita su confianza en los jueces, y esparció su influencia por toda América, con especial fortaleza en el sistema constitucional argentino que replicó *Marbury en Sojo*¹² y *Elortondo*¹³.

La importancia de la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en febrero de 1803, radica en que en ella declara que una disposición de una determinada ley era nula porque, en su opinión, era contraria al texto de la CN y que ese poder de interpretar la ley – y por consecuencia de declarar la invalidez de una ley cuando era contraria a la CN – es de la verdadera esencia del deber judicial, asignando a los jueces la última palabra constitucional.

Para MARSHALL hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la CN controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterarla mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios, o la CN es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca.

¹¹ Se han escrito gran cantidad de obras, trabajos y ensayos sobre este fallo. Entre otros pueden verse CLINTON, R. *Marbury vs. Madison, and the...*; WILLIAM, E. N. *Marbury vs. Madison...*; CUEVA, R. *De los niveladores...*; TUSHNET, M.(ed.). *Arguing, Marbury vs...*; MANILI, P. (coord.). *Marbury vs. Madison...*; MILLER J. M., GELLI, M. A. y CAYUSO, S. *Constitución y poder...*, pgs. 5 y 12; VALDÉS, S. C. “Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en EEUU”, *Revista del Instituto...*; TRIONFETTI, V. “Marbury a contraluz”, *Suplemento de Derecho...*; SANIN, R. “En nombre del pueblo. Destruyendo a Marbury”, *Revista Criterio Jurídico...*, pgs. 61 y 92; HARO, R. “Marbury vs. Madison: El sentido constituyente y fundacional de su sentencia”; ARAGÓN, C. “Marbury vs. Madison. Los límites de la Corte”, *Regímenes Constitucionales Contemporáneos* (2008): <https://es.scribd.com/document/7817031/MARBURY-V-MADISON-Los-limites-de-La-Corte-Ensayo-Por-Carlos-Aragon>; CARBONELL, M. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho...*, pg. 295; y ETO, G. “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en FERRER, E. (coord.). *Derecho procesal constitucional...*

¹² Corte Suprema Argentina 22/09/1887.

¹³ Corte Suprema Argentina 14/04/1888.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a ella no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

El punto central de *Marbury vs. Madison*, a nuestro criterio¹⁴, se centra en si los jueces – en el marco de la democracia constitucional – deben tener el poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas dictadas por los poderes políticos del Estado; si esta facultad debe ser exclusiva o no de los mismos; y lo que no es menos importante, si los jueces deben tener en forma exclusiva el poder de interpretar qué es lo que dice la CN y si su interpretación debe ser obligatoria para los otros órganos del gobierno.

En lo que respecta a la CEUA no hay texto alguno que diga ni insinúe que la Corte Suprema o los demás órganos judiciales federales tengan el poder de interpretar las leyes federales; que tengan la facultad de revisar y anularlas; y, mucho menos, que tengan el poder de interpretar la CN en forma exclusiva y que su interpretación sea obligatoria para los otros órganos federales del gobierno.

Difícilmente existe alguna señal en el texto (el texto de la Constitución) del enorme poder que ahora ejerce la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ni una palabra que indique que la Corte pueda revisar la constitucionalidad de las leyes del Congreso o los actos del Presidente¹⁵.

En lo que hace a la CN originaria de la República Argentina, sancionada en 1853 y vaciada en el molde de la CEUA, conforme palabras de Benjamín GOROSTIAGA, su principal redactor, tampoco encontramos señales claras de tamañas atribuciones¹⁶.

¹⁴ Puede ver en extensión nuestra posición en AMAYA, J. A. *Marbury v. Madison*...

¹⁵ “*There is scarcely a hint in the text of the enormous power now exercised by the Supreme Court of the United States. Not a word indicates that the Court may review the constitutionality of Acts of Congress or of the President.*” Cox, Archibald, op. cit. p. 38.

¹⁶ La reforma constitucional de 1994 en el nuevo art. 43 que constitucionalizó la acción de amparo y el *hábeas data*, estableció la facultad del juez de declarar la inconstitucionalidad de la norma en el marco de esta acción garantista.

A principios del siglo XX recrudescen nuevamente el debate en torno a la última palabra constitucional en el famoso enfrentamiento dialéctico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que finalmente legó el diseño que Kelsen planteara en su propuesta de TC y que tuviera sus primeros reflejos en las constituciones de Checoslovaquia y Austria. Este modelo deposita la última palabra en un órgano especializado fuera del poder judicial, hoy vigente en la mayoría de los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas.

Efectivamente, a principios del siglo veinte tuvo lugar el famoso enfrentamiento entre estos eminentes juristas respecto de la protección o garantía de la Constitución¹⁷. Schmitt arremete contra las ideas kelsenianas sobre el CC de las leyes por tribunales constitucionales¹⁸. A su vez, el jurista austríaco argumenta en contra de la postura de aquel¹⁹.

La crítica de Schmitt puede considerarse el antecedente de la objeción al legislador negativo en Europa. Sostiene que ningún tribunal de justicia puede ser el guardián de la CN; en primer lugar, porque tal función en manos de la justicia terminaría por politizarla y, en segundo término, porque opinaba que con el CC en manos de los jueces se desvirtuaría el esquema de división de poderes y se atentaría contra el principio democrático del Estado.

Como puede observarse, Schmitt resalta el problema de legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y la conclusión a la que llega es que debe ser el jefe de Estado el que tenga la función de salvaguardar la CN.

Para Schmitt, que el presidente del *Reich* sea el protector corresponde también empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el *Reichstag* y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una

¹⁷ Kelsen, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de...*, pg. 3.

¹⁸ Ver, en general, Schmitt, C. *La defensa de...*

¹⁹ Ver, en general, Kelsen, H. *¿Quién debe ser...*

apelación al pueblo”²⁰.

Recordemos que, con anterioridad al enfrentamiento señalado, el propio KELSEN hizo esa crítica, al indicar que el TC debe actuar únicamente como legislador negativo, pero de ninguna manera convertirse, mediante una interpretación discrecional en una especie de legislador sustituto²¹.

Por ello, propone que se evite la discrecionalidad de los jueces constitucionales eliminando las fórmulas vagas e imprecisas que dieran pauta a la libre interpretación del tribunal, puesto que de lo contrario la justicia constitucional tendría un poder totalmente inadmisibile.

Una vez resuelto por KELSEN el problema de la arbitrariedad de los jueces al emitir sus decisiones, no solo no considera antidemocrático al CC por parte de la justicia, sino, por el contrario, señala que dicha institución es una condición de existencia de la república democrática.

Pues bien, sin dejar de señalar el modelo político francés con sus particularidades que centra la última palabra constitucional en un órgano de naturaleza esencialmente política (el Consejo Constitucional francés) – hoy atemperadas por la reforma constitucional francesa del año 2008 – el modelo europeo y el judicial difuso o *judicial review*, son los que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental. Por supuesto que, el tiempo y la evolución del control ha hecho que los modelos se hayan acercado, e incluso fusionado muchas de sus características originales, particularmente en los sistemas de control que cada país ha implementado a través de su Constitución o incluso de la interpretación jurisprudencial.

La idea de la CN como norma fundante, básica o referencial, es central en ambos modelos. Precisamente en esta característica radica su supremacía, ya que el resto de las normas que integran el ordenamiento derivan su validez de la CN que es fundadora, básica o referencial.

²⁰ SCHMITT, C. *La defensa de...*, pgs. 194 y 195.

²¹ KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de...*, pg. 3.

Así los derechos; la limitación del poder y el órgano encargado de garantizar los mismos a través del ejercicio de adecuación de la norma inferior a la superior, declarando su invalidez en caso de oposición para preservar el principio de supremacía constitucional, fue el motor fundamental de las luchas del constitucionalismo por un orden más justo.

El DC, tanto el clásico como el social, más allá de sus diferencias, han estado motivados por la idea de que solo el Estado de Derecho, es decir, solo un Estado organizado con sujeción a la ley y fundado en la soberanía popular, puede garantizar la libertad y los derechos.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. LAS CLÁUSULAS “PUENTE”

La catástrofe mundial que significó la Segunda Gran Guerra; el fracaso de los regímenes totalitarios que se fundaron en una idea de soberanía estatal absoluta; y los efectos de la llamada “globalización” legaron a la sociedad mundial un cambio de paradigma: un nuevo orden caracterizado por la internacionalización de los derechos en los ámbitos regionales y universal (en América la Organización de Estados Americanos-OEA y en el ámbito universal las Naciones Unidas-UN*). Esto provocó la apertura y universalización del derecho constitucional y su integración con el derecho internacional, para dar nacimiento, por un lado al llamado derecho de los DDHH; y por otro, a un proceso evidente ascendente y descendente del derecho constitucional.

En su faz ascendente, el DC proyectó sus reglas, principios, y valores forjados por el movimiento constitucional a lo largo de los siglos, que fueron receptados en los pactos, declaraciones y tratados internacionales, contribuyendo a la edificación del nuevo orden internacional que se caracteriza hoy por la confluencia de gran cantidad de sistemas jurídicos que conviven en simultáneo.

* Por sus siglas en inglés.

En su faz descendente, el espacio nacional debe amalgamarse con la participación del nuevo orden internacional y con la dinámica jurídica política que conlleva la participación de los nuevos actores externos.

Esta última situación se materializa en las constituciones a través de cláusulas “puente”, es decir, de normas que integran los sistemas jurídicos nacional y regional e internacional, a través de modificaciones en los principios de supremacía constitucional incorporando en sus sistemas formales de fuentes al derecho internacional, particularmente a las normas internacionales sobre DDHH.

Así lo han hecho en Latinoamérica: Costa Rica en 1968, Chile en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994 o México en 2011, buscando otorgar mayor efectividad a la protección de los DDHH.

3. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA Y SU EVOLUCIÓN

La CN configuró originariamente su cláusula de supremacía, principalmente en los arts. 31 y 27. Por parte del art. 31, este señala que: “La Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son ley suprema de la Nación...”, y tratándose del art. 27 tenemos que: “El gobierno federal está obligado a afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”.

No obstante que el art. 31 de la CN no aclara si la enumeración de las normas implica prelación entre ellas. Atento lo dispuesto por los arts. 27, 28 y 30 no existen dudas de que la CN estaba con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 por encima de las leyes y los tratados internacionales, pero leyes y tratados aparecían en una misma relación jerárquica.

La jurisprudencia de la CSJN fue vacilante en el tema. En 1948 afirmó en el caso *Química Merck*²², siguiendo una posición dualista, que en tiempos de guerra el derecho internacional se privilegiaba sobre el derecho interno, incluso estaba por encima de la CONST. Posteriormente, en 1963 en la causa *Martín y Compañía Ltda*²³ sostuvo que tratados y leyes estaban en igualdad jerárquica, posición que ratificó en la causa *Esso S.A.* en 1968²⁴.

Con el retorno de la democracia en 1983, Argentina ratificó por ley al año siguiente la CADH y en 1992 la CSJN en el caso *Ekmekdjian vs. Sofovich*²⁵, en el cual se discutió la operatividad del art. 14 de la CADH sobre derecho de rectificación o respuesta, el Alto Tribunal haciendo hincapié en el art. 27 de la Convención de Viena, ratificada por Argentina en 1972, dijo que esta norma obligaba al país a dar preeminencia a los tratados internacionales. Esta doctrina fue ratificada en las causas *Fibraca Constructora* (1993)²⁶ y *Cafés la Virginia* (1994)²⁷.

Esta cláusula fue la generadora del concepto de “bloque de constitucionalidad federal” (siguiendo el derecho francés) como conjunto normativo integrado principalmente por la Constitución, tratados y declaraciones internacionales que están fuera de esta pero que poseen jerarquía constitucional. Este concepto fue tomado literalmente por la Corte Suprema en el caso *Álvarez* en el año 2010²⁸.

Doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la interpretación de la cláusula en torno a distintos alcances de los conceptos de “jerarquía constitucional”; “en las condiciones de su vigencia” y que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

²² CSJN Fallos, 211:162 y 193.

²³ CSJN sentencia del 09/09/63.

²⁴ CSJN Fallos 271-7 (1968).

²⁵ CSJN sentencia del 07/07/1992.

²⁶ CSJN sentencia del 07/07/1993.

²⁷ CSJN sentencia del 13/10/1994.

²⁸ CSJN sentencia del 07/12/2010.

Respecto de la primera afirmación: ¿forman parte los tratados de la Constitución? ¿Hay que diferenciar jerarquía de supremacía?

La doctrina ha estado dividida al respecto. El querido y recordado Carlos COLAUTTI, profesor de la Universidad de Buenos Aires, sostenía la posición afirmativa. Para él, la jerarquía de estos instrumentos implica que “son, fuera de toda duda, normas constitucionales parte de la Constitución formal”²⁹. Germán BIDART CAMPOS, querido maestro también, sostenía lo contrario, al referir que una cosa es incorporar a esos instrumentos haciéndolos formar parte del texto supremo y otra distinta es depararles, desde fuera de dicho texto, idéntica jerarquía que la de la Constitución.

La cuestión no es meramente semántica o académica, sino que las consecuencias derivadas de la posición que se adopte al respecto implica dar diversas soluciones al planteo, ya que si tales instrumentos formasen parte de la CT, ellos podrían ser modificados conforme el procedimiento de reforma constitucional establecido por el art. 30 de la CN, lo que presentaría una definitiva colisión con reglas primarias derivadas del derecho internacional, ya que los Estados parte no pueden modificar unilateralmente las estipulaciones contenidas en un tratado.

Desde nuestra perspectiva, la incorporación de los tratados de DDHH con jerarquía constitucional, no implica su incorporación a la CT y debemos diferenciar entre los conceptos de jerarquía y supremacía.

Los tratados sobre DDHH tienen la jerarquía de la Constitución, lo que en modo alguno significa que comparten su característica de “ley suprema” en delegación que el constituyente no ha hecho. Ello así, pues es sabido que la norma contenida en el art. 31 de la CN, debe – aún hoy –, a su vez, coordinarse con lo dispuesto en el art. 27 de la propia norma fundamental, al igual que para el caso de la restante legislación nacional. Así, la validez constitucional de los tratados y restantes instrumentos internacionales suscriptos por el gobierno nacional, deben adecuarse a aquella.

²⁹ COLAUTTI, C. *Tratados Internacionales y...*

A partir de tales referencias, es dable interpretar que las garantías y derechos constitucionales contenidas en los tratados internacionales firmados y aprobados por el país, constituyen derecho interno directamente aplicable, superior en jerarquía a las leyes del Congreso, pero sometidas al principio de la Supremacía de la CT, ya que su jerarquía constitucional tiene el importante fin de ofrecer pautas valorativas a los poderes públicos.

A nuestro criterio, el reformador de 1994 no se apartó de las reglas de supremacía constitucional dispuestas por los arts. 31 y 27 de la CN sino que indicó la unidad y supremacía de la CT sobre el contexto de tales instrumentos, y luego sí, una misma jerarquía entre ellos. Derivamos, por tanto, que en supuesto de colisión insalvable, cede – en todos los casos – la normativa internacional frente a la CT, sea cual fuere el párrafo de confronte³⁰.

Por su parte, el segundo interrogante planteado: ¿significa de acuerdo a las reservas hechas por el Estado Argentino al suscribir el tratado o de acuerdo al sentido que le otorgan a los derechos contenidos en la CADH los órganos del SIDH (jurisprudencia y Opiniones Consultivas de la CIDH y recomendaciones de la Comisión IDH); y a su vez en torno a la tercera afirmación: ¿podemos distinguir planos intra-jerárquicos? o esta interpretación está descartada y siempre debe buscarse la complementariedad?

La tesis de los planos intra-jerárquicos fue sostenida por la disidencia del ex juez de la CSJN Augusto BELUSCIO en el caso *Petrici*³¹ y sostenida por un sector importante de la doctrina en la materia (BADENI, ROSATTI, entre otros). La tesis de la complementariedad fue adoptada como doctrina por la CSJN a partir de los fallos *Monjes*³² y *Chocobar*³³ afirmando que no es viable en ninguna hipótesis la inaplicación de una norma contenida en uno o más instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, porque lo que es “complementario” de algo nunca puede dejar de surtir sus efectos “complementarios”; y porque

³⁰ Hemos sostenido de inicio esta posición. Vid. AMAYA, J. A. *Marbury vs. Madison*..., cap. V.

³¹ CSJN, sentencia del 16/04/1998.

³² CSJN, sentencia del 26/12/1996.

³³ CSJN, sentencia del 27/12/1996.

los constituyentes realizaron un juicio de comprobación entre los tratados y la Constitución que no puede ser desconocido por los poderes establecidos. Esta tesis en doctrina fue sostenida por Germán BIDART CAMPOS.

Por consiguiente, los tribunales argentinos – a partir de la ratificación legislativa de la CADH acaecida en 1984 y de la reforma de 1994 – poseen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose además la necesidad de integrar la jurisprudencia nacional a la internacional emanada de los órganos creados por la CADH: La CIDH, órgano jurisdiccional, cuya función es judicial y consultiva; y la Comisión IDH, órgano político, que se expresa a través de recomendaciones a los estados y como llave de apertura de la jurisdicción de la Corte.

La tarea jurisdiccional de la Corte consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa del derecho interno de alguno de los estados miembros de la CADH resultan incompatibles con la Convención, y su sentencia podrá disponer – conforme establece el art. 63 punto 1 de la CADH – que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos; y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

4. EL NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

La CIDH ha ido perfilando en sus últimos años lo que ha dado en llamar control de convencionalidad que supone una adopción de la institución del CC en sede del tribunal internacional. ¿Cuál y cómo ha sido su desarrollo?

Este instituto tiene su origen en un voto individual del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el caso *Myrna Mac Chang vs Guatemala*³⁴ y es adoptado por el Tribunal en Pleno en el conocido caso *Almonacid Arellano vs Chile*³⁵, sosteniendo en el parágrafo n.º 124 de la sentencia que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que

³⁴ CIDH, sentencia del 25/11/2003.

³⁵ CIDH, sentencia del 26/09/2006.

aplican en los casos concretos y la CADH, y que en esta tarea debe tenerse en cuenta no solo el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete última de la CADH.

Tres meses después en *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*³⁶, profundiza este aspecto sosteniendo que el poder judicial debe ejercer no solo CC sino también de convencionalidad y que esto debe efectuarse de oficio en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.

En *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*³⁷, se consigna por primera vez la obligación del poder judicial mexicano de ejercer control de convencionalidad, interpretando el derecho nacional conforme el pacto y la jurisprudencia de la Corte.

En *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, la CIDH³⁸ avanza aún más con la obligación del control de convencionalidad extendiéndolo a todos los órganos vinculados con la administración de justicia en todos los niveles; y posteriormente, en *Gelman vs Uruguay*³⁹ lo lleva a cualquier autoridad pública. Asimismo, en el año 2014, en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, precisa que todas las autoridades y órganos de un Estado parte de la CADH tienen la obligación de ejercer control de convencionalidad⁴⁰.

De la doctrina de la CIDH que hemos enunciado se inferen algunas pautas de interpretación del control de convencionalidad:

1. La Corte justifica el nacimiento del control de convencionalidad en la tesis del efecto útil de los tratados como método de interpretación de los órganos internacionales; en el principio de buena fe; y en el de *pacta sunt servanda*, en concordancia con el art. 27 de la Convención de Viena.

³⁶ CIDH, sentencia del 24/11/2006.

³⁷ CIDH, sentencia del 23/11/2009.

³⁸ CIDH, sentencia del 26/11/2010.

³⁹ CIDH, sentencia del 24/02/2011 (fondo y reparaciones) y sentencia del 20/03/2013 (supervisión de cumplimiento).

⁴⁰ CIDH, sentencia del 28/08/2014.

2. Cuando la CIDH ejerce control de convencionalidad actúa mediante un control concentrado, a modo de un TC. La función consultiva se aproxima a un control previo de constitucionalidad; la función jurisdiccional a un control *a posteriori*, pero subsidiario.
3. Existe un control difuso de oficio de convencionalidad que deben ejercer particularmente todos los jueces interamericanos dentro de su competencia y las normas procesales en forma represiva, o sea, declarando la inconventionalidad de la norma opuesta a la CADH; o constructiva, es decir, adecuando las interpretaciones en los conflictos a la que mejor se adecue a la CADH. En ese proceder, los jueces no solo deben tener en cuenta las disposiciones de la CADH sino también su jurisprudencia (judicial y consultiva), y las recomendaciones de la Comisión IDH, para efectuar una interpretación conforme.
4. Sin perjuicio que el Poder Judicial es el destinatario principal del control de convencionalidad, todas las autoridades y órganos de un Estado Parte de la CADH tienen la obligación de ejercer control de convencionalidad.
5. La *ratio decidendi* o el *holding* de sus fallos resultan, a criterio de la Corte, vinculantes para los jueces interamericanos a los efectos del control de convencionalidad en el marco de sus competencias y reglas procesales, lo que resulta asimilable al efecto de la jurisprudencia en los sistemas anglosajones (doctrina del *stare decisis*).
6. La CIDH ha dejado en claro que no constituye una cuarta instancia de apelación, sin embargo en el caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*⁴¹, estableció que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos.
7. El control de convencionalidad se ha perfilado como un control de supra-constitucionalidad en temas de DDHH, ya que en caso que alguna disposición constitucional fuera contraria a la convención, según la interpretación de la Corte, el Estado estaría obligado a modificar la Constitución como sucedió con Chile en el caso de la *Última Tentación*

⁴¹ CIDH, sentencia del 07/02/2006.

*de Cristo*⁴².

8. La Corte se ha mantenido reticente a desarrollar un margen de apreciación de los estados como sí ha hecho el TEDH, si bien en el ámbito del tema que estamos abordando sostuvo en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*⁴³ que la CADH no impone a los países un sistema de control de constitucionalidad determinado.
9. La CorteIDH ha llegado a sostener que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto del derecho internacional de los DDHH; y que la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el derecho internacional⁴⁴.
10. Claramente la CorteIDH reclama para sí la última palabra constitucional en el derecho interno de los países cuando el mismo confronta, a su criterio, con la CADH y con el corpus iuris interamericano.

5. LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. UNA JURISPRUDENCIA CAMBIANTE. DISTINTAS ETAPAS

¿Cómo ha aceptado la CSJN Argentina, último intérprete de la CN, el CC creado pretorianamente por la CIDH, en su carácter de último intérprete de la convención?

Cómo se ha desarrollado la cohabitación jurídica en materia de DDHH entre dos tribunales que reclaman para sí la última palabra. La jurisprudencia interna ha sido zigzagueante.

En una primera etapa, la CSJN consideró en *Ekmekdjian* (1992) que la interpretación de la CADH debía guiarse por la jurisprudencia de la CIDH. En *Giroldi*⁴⁵ (1995) ratificó el concepto de guía de la jurisprudencia internacional para

⁴² CIDH, sentencia del 15/01/1999.

⁴³ CIDH, sentencia del 30/01/2014.

⁴⁴ Caso *Gelman vs. Uruguay*.

⁴⁵ CSJN, sentencia del 07/04/1995.

la interpretación del *Pacto de San José de Costa Rica*, reconociendo expresamente que el último intérprete de la CADH es la CIDH y sosteniendo que cuando el art. 75 inc. 22 afirma que los tratados de DDHH se incorporan en las condiciones de su vigencia, el significado correcto de esta frase implica como la CADH rige en el sistema internacional considerando sus efectiva aplicación jurisprudencial.

En *Bramajo*⁴⁶ (1996), caso que consideramos dentro de esta primera etapa, incluye dentro de la expresión jurisprudencia internacional a los informes de la comisión, diciendo que los mismos también deben servir de guía para la interpretación de la CADH.

Una etapa diferente se inaugura en el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso *Acosta Claudia*⁴⁷, en este fallo la CSJN sostiene que la jurisprudencia internacional no puede afectar la cosa juzgada a nivel interno, estableciendo que las recomendaciones de la comisión no resultan vinculantes en su seguimiento para el Poder Judicial.

Dos años después, en *Felicetti*⁴⁸ la CSJN mantiene la línea del caso *Acosta* asumiendo la última palabra en la interpretación de la doble instancia.

El alejamiento que se percibe en esta segunda etapa, se mantiene en el caso *Cantos*⁴⁹ donde Argentina fue condenada por primera vez por la CIDH en el año 2002. En dicho caso la CSJN no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de derecho interno.

Una tercera etapa, caracterizada por un total acatamiento de la jurisprudencia internacional y su vinculatoriedad, se inaugura con el Caso *Bulacio*⁵⁰ en el año 2003. Aquí la CorteIDH condenó nuevamente a la Argentina, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares.

⁴⁶ CSJN, sentencia del 12/09/1996.

⁴⁷ CSJN, sentencia del 22/12/1998.

⁴⁸ CSJN, sentencia del 21/12/2000.

⁴⁹ CIDH, sentencia del 28/11/2002.

⁵⁰ CIDH, sentencia del 18/09/2003.

La CSJN (con una nueva integración) cambió de criterio y acató totalmente la sentencia, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo.

En Espósito⁵¹ (*Bulacio*) la CSJN sostuvo por mayoría que “...la decisión de la Corte IDH resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional...”. Sosteniendo que la jurisprudencia de la CIDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por la CSJN cuando en un primer momento se refería a una guía, ahora se refiere a una imprescindible pauta de interpretación.

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el caso *Simón*⁵² en 2005, vinculado con delitos de lesa humanidad, donde el más alto tribunal interno decidió la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de obediencia de vida (Ley 23.521) y punto final (Ley 23.492), flexibilizando principios constitucionales como la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo) y la prescriptibilidad de las acciones.

La adopción plena de la doctrina del control de convencionalidad llega en *Mazzeo*⁵³ (2007) donde la CSJN consolida el reconocimiento expreso del control de convencionalidad en los términos expuestos por la CIDH en *Almonacid Arellano*: habla de insoslayable pauta de interpretación en referencia a la jurisprudencia y establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad considerando el tratado y la jurisprudencia de la CIDH y asume como propias las consideraciones de la Corte⁵⁴.

⁵¹ CSJN, sentencia del 23/12/2004.

⁵² CSJN, sentencia del 14/06/2005.

⁵³ CSJN, sentencia del 13/07/2007.

⁵⁴ Puede verse nuestro comentario en AMAYA, J. A. “Luces y sombras de las ideologías mayoritarias (a propósito de un fallo esperado y previsible: “Mazzeo”), www.microjuris.com. Cita MJD 3212, Buenos Aires, 9 de agosto de 2007.

Algo similar sucede para el caso *Videla*⁵⁵ (2010), recordando que los jueces deben hacer control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, aunque esto no implica que el deba ejercerse siempre sin considerar otros presupuestos procesales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Esta posición lleva a la CSJN en el caso *René Derecho*⁵⁶ (2011) a rectificar su propia sentencia para dar cumplimiento a una sentencia de la CIDH (caso *Bueno Alves*)⁵⁷.

En esta etapa de aceptación plena de la jurisprudencia internacional, la CSJN en *Rodríguez Pereyra*⁵⁸ (2012) asumió como propia la obligación promovida por la CIDH para que los jueces nacionales hagan control de convencionalidad de oficio y lo extendió al control de constitucionalidad.

Esta línea jurisprudencial fue profundizada en el año 2013 en el fallo *Carranza Latrubesse*⁵⁹, donde la CSJN estableció el carácter obligatorio de un informe definitivo de la ComisiónIDH, y se posiciona claramente en la fuerza vinculante de la interpretación del *corpus iuris* convencional por los organismos internacionales, afirmando que dejar de lado el efecto vinculante de dichos pronunciamientos implicaría dejar de lado el principio de buena fe de los estados y el efecto útil de los tratados.

Sosteniendo coherentemente esta línea en el año 2014 revoca una sentencia firme de la Suprema Corte de Mendoza (caso *ADD*)⁶⁰ reconociendo y basados en este razonamiento que la CIDH es la última autoridad interpretativa en la materia.

⁵⁵ CSJN, sentencia del 31/08/2010.

⁵⁶ CSJN, sentencia del 29/11/2011.

⁵⁷ CorteIDH sentencia del 11/05/2007.

⁵⁸ CSJN, sentencia del 27/11/2012.

⁵⁹ CSJN, sentencia del 06/08/2013.

⁶⁰ CSJN, sentencia del 05/08/2014.

Una posición diferente a la sustentada en esta etapa por el máximo tribunal argentino, la encontramos en el dictamen de la Procuración General en el caso *Acosta Jorge*⁶¹ (2010) que se detiene en el valor de la jurisprudencia de la CIDH cuando Argentina no ha sido parte entendiendo que no es vinculante para nuestros tribunales.

Mantiene que el concepto de “decisión” que contiene el art. 68 de la CADH alude a la parte dispositiva y no al fundamento jurídico, y que el efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la CIDH sobre otros casos similares existentes en el mismo Estado, o en otro, no puede inferirse de la afirmación de la Corte pues justamente dicho argumento es lo que debe demostrarse.

Que la jurisprudencia sirva de guía o pauta no implica – para el procurador de aquel entonces – una aplicación automática e irreflexiva.

La CSJN resolvió el caso en 2012 sin compartir estos argumentos, aunque si examinó si el caso a resolver encuadraba en el alcance la doctrina regional o tenía alguna singularidad que lo diferenciaba del precedente y no se consideró obligada a aplicarlo.

Una nueva etapa parece haberse inaugurado en febrero de 2017 con el caso Ministerio de Relaciones Exteriores⁶². Con una nueva conformación parcial la CSJN abandona la adhesión plena al control de convencionalidad; reivindica su autoridad interpretativa; y la última palabra constitucional como cabeza del Poder Judicial Federal.

Invocando su carácter de intérprete final de la Constitución modula el cumplimiento de la parte dispositiva de la sentencia de la CorteIDH dictada contra Argentina en el caso *Fontvecchia*⁶³.

⁶¹ Dictamen del Procurador Esteban RIGHI del 10/03/2010. CSJN, sentencia del 08/05/2012.

⁶² CSJN, sentencia del 14/02/2017

⁶³ CIDH, sentencia del 29/11/2011.

La reciente doctrina del Alto Tribunal podría resumirse de la siguiente forma:

- 1) Sostiene la CSJN que las sentencias de la CorteIDH son, en principio, obligatorias para el Estado Argentino siempre que hayan sido dictadas dentro de su competencia.
- 2) Que “dejar sin efecto” su propia sentencia basada en autoridad de cosa juzgada resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino consagrados en el art. 27 de la CN. Estos principios ubican a la CSJN, vía interpretación constitucional, como el tribunal que posee el derecho a la última palabra, lo que implica el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones del Estado Argentino.
- 3) El constituyente ha consagrado en el art. 27 una “esfera de reserva soberana” delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.
- 4) Revocar una sentencia firme dictada por la CSJN implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial y sustituirlo por un tribunal internacional en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la CN.

6. ¿CÓMO RESOLVEMOS EL DEBATE SOBRE LA ÚLTIMA PALABRA?

Tanto el CC del modelo norteamericano de la *judicial review* que adoptó Argentina, como el control de convencionalidad interamericano han sido creaciones pretorianas. Muchos de sus aspectos coincidentes son producto del proceso ascendente y descendente que el constitucionalismo ha operado respecto del derecho internacional.

Pero existen dos diferencias que podríamos calificar como genealógicas.

Por un lado, el CC lleva más de doscientos años de desarrollo frente al control de convencionalidad que apenas sobrepaso los diez años. Es como confrontar la madurez frente a la niñez, la consolidación constitucional de una doctrina frente al nacimiento ambiciosamente positivo de crear un *ius commune* interamericano a través de un tribunal internacional que actúa como un tribunal de casación convencional con un apasionamiento tan intenso que ha provocado sensibilidades

lógicas en los estados y una justificada desorientación en los actores nacionales de los distintos países.

Por otro, se sustentan en ideologías parcialmente encontradas: el constitucionalismo y el neo-constitucionalismo. Este último tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucional liberal, ya que pone en un segundo plano el objetivo de limitación del poder estatal que es central en el constitucionalismo, y en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Así, la concepción neo-constitucionalista concede un amplio margen subjetivo e interpretativo al tribunal (nacional o internacional) y su debilidad se centra en la disminución del grado de certeza que otorga del derecho, derivada de la subjetividad en la aplicación de los principios constitucionales a través de las nuevas técnicas interpretativas y de la interpretación moral del derecho.

Se han propuesto diferentes modalidades de cohabitación y regulación de ambos controles, a saber:

- 1) El tan destacado y trabajado diálogo jurisdiccional entre tribunales internacionales e internos⁶⁴;
- 2) El desarrollo de una doctrina del “margen de apreciación” a la que hemos hecho referencia en este trabajo que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos, y otro más flexible y maleable, atendiendo las limitaciones y posibilidades de cada país; su idiosincrasia y experiencias;
- 3) Promover una reforma constitucional que delimite con claridad competencias y procedimientos;
- 4) O la elevación en consulta a un órgano superior en caso de duda sobre el conflicto normativo⁶⁵.

⁶⁴ Al respecto puede verse la obra de AMAYA, J. A. “Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PIZZOLO, C. y MEZZETTI, L. (coords.). *Tribunales supranacionales y...*, pgs. 17 a 46.

⁶⁵ Sobre estas temáticas puede verse una excelente obra de PIZZOLO, C. *Comunidad de intérpretes...*

Pero mientras esto no suceda, el control de convencionalidad como creación pretoriana de la CIDH en el sistema argentino de control de constitucionalidad judicial difuso debería ejercerse – según nuestro parecer – bajo las siguientes pautas:

1. El CC es complemento del control de constitucionalidad y puede ser ejercido de oficio por parte de los jueces, respetando los recaudos procesales previstos por las leyes y la jurisprudencia de la CSJN.
2. Este ejercicio convierte a los jueces de los sistemas difusos en un primer custodio del sistema interamericano, ya que la actuación de los órganos internacionales, particularmente la CIDH es subsidiaria y complementaria.
3. La jurisprudencia de la CIDH y sus opiniones constituyen una relevante pauta o guía de interpretación de las normas convencionales para compatibilizar y complementar el CC, sin olvidar los presupuestos procesales y materiales de admisibilidad y procedencia que rigen el control de constitucionalidad.
4. Las recomendaciones de la Comisión IDH constituyen una pauta de interpretación de las normas convencionales, sin carácter obligatorio.
5. El control de constitucionalidad-convencionalidad represivo solo puede ser ejercido por el Poder Judicial.
6. El control de constitucionalidad-convencionalidad constructivo constituye una pauta o guía para todos los órganos del poder público, ya que el principio de legalidad los obliga a encuadrar sus actos con la Constitución y con la jurisprudencia de la CSJN, la cual como su último intérprete, es quien tiene la última palabra sobre el sistema jurídico nacional.
7. La jurisprudencia de la CIDH no debe ser aplicada por los jueces en forma automática e irreflexiva. Para que surja doctrina en los términos de precedente, la decisión debe haber configurado una regla general

que encuadre en la particularidad del caso. Es el mismo ejercicio que deben hacer los jueces en la aplicación de los precedentes de la CSJN.

8. El desarrollo de un Margen de Apreciación Nacional (MAN) de los Estados por parte de la CIDH contribuiría a clarificar su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad.
9. En un país federal habría que diseñar vías de comunicación entre los niveles federales y locales para difundir las sentencias interamericanas y establecer los núcleos o *holdings* de las sentencias que pueden catalogarse con valor de precedentes.
10. Los fallos de la CIDH dictados contra el país son obligatorios para el Estado Argentino, en la medida que no colisionen con las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, ni con los principios de derecho público que consagra el art. 27 de la CN.
11. El control de constitucionalidad-convencionalidad debe guiarse por el principio *pro homine*, ya que siempre debe elegirse la norma que mejor ampare los DDHH en el caso particular.

Hoy vivimos una realidad que ya no es lo que era en el pasado. La interconexión de los sistemas nacionales con los internacionales ha traído enormes avances a la humanidad y a la persona como centro y finalidad del derecho; y la expectativa de un *ius commune* regional y universal que debemos acrecentar y preservar mediante la cooperación prudente y responsable de todos los actores.

Pero más allá del perfeccionamiento en los diseños jurídicos interconectados; o de los mejores esfuerzos interpretativos que se formulen, el debate sobre la última palabra constitucional se mantiene presente.

FUENTES

ACOSTA, J. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

AMAYA, J. A.

- “Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PIZZOLO, C. y MEZZETTI, L. (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Buenos Aires: Astrea. T. 1
- *Democracia y Minoría Política*. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- *Marbury vs. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

ARAGÓN, C. “Marbury vs. Madison. Los límites de la Corte”, *Regímenes Constitucionales Contemporáneos* (2008): <https://es.scribd.com/document/7817031/MARBURY-V-MADISON-Los-limites-de-La-Corte-Ensayo-Por-Carlos-Aragon>

CARBONELL, M. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa, n.º 5, 2006.

CLINTON, R. *Marbury vs. Madison, and the Judicial Review*. Estados Unidos: University Press of Kansas, 1989.

COLAUTTI, C. *Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*. Buenos Aires: La Ley, 1999.

CUEVA, R. *De los niveladores a Marbury vs. Madison. La génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

ETO, G. “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en FERRER, E. (coord.). *Derecho Procesal constitucional*. México: Porrúa, 2003. 4.ª e. T. I.

FERRER, E. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>.

FERNÁNDEZ, F. “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en FERRER, E. (coord.). *Derecho procesal constitucional*. México: Porrúa, 2003. T. IV. 4.^a e.

HARO, R. “Marbury vs. Madison: El sentido constituyente y fundacional de su sentencia”. Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

KELSEN, H.

- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa, n.º 10, 2008.

LÓPEZ, J. M. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1999.

MANILI, P. (coord.). *Marbury vs. Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. México: Porrúa, 2011.

MILLER J. M.; GELLI, M. A. y CAYUSO, S. *Constitución y poder político*. Buenos Aires: ASTREA, 1987. T. I.

PIZZOLO, C. *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea, 2017.

REY, F. “Una relectura del Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review”: www.juridicas.unam.mx

SANIN, R., “En nombre del pueblo. Destruyendo a Marbury”, *Revista Criterio Jurídico*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Cali, Colombia, 2006. Vol. 6.

SCHMITT, C. *La defensa de la Constitución, prólogo de Pedro de Vega*. Madrid: Tecnos, 1983.

TRIONFETTI, V. “Marbury a contraluz”, *Suplemento de Derecho Constitucional*. Argentina: La Ley, 2009

TUSHNET, M. (ed.). *Arguing, Marbury vs. Madison*. Estados Unidos: Stanford University Press, 2005.

VALDÉS S. C. “Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en EEUU”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa, n.º 5, 2006.

VÁZQUEZ, A. M. “El caso Bonham. Supremacía Constitucional”, *Revista de Derecho*. Colombia: Universidad del Norte, n.º 11, 1999.

UNA REFLEXIÓN SOBRE ALGUNAS INVASIONES QUE SUFRE LA JURISDICCIÓN EN ESPAÑA

JOSÉ BONET NAVARRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL. UNIVERSITAT DE
VALÈNCIA

Índice: 1. Introducción. 2. Algunos supuestos de erosión del ámbito de la jurisdicción desde lo privado y lo público. 3. Dos propuestas para una tutela judicial adecuada. 4. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN*

La denominada LJV, nacida en la corriente reformadora anterior a la sequía legislativa de calado que disfrutó España durante prácticamente todo el año 2016, en cuanto, entre otras muchas cosas, modifica los arts. 70 y 71 de la LN, se presenta como un paradigma de tendencia legislativa hacia la erosión o minado de la integridad de la jurisdicción.

Esta ley culmina una sucesión de embates que viene sufriendo el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Además, de que este asedio se produce mediante una especie de dicotomía entrelazada. Por un lado, se origina por decisiones que, al focalizar su atención en el ámbito privado del individuo, tienden a limitar la intervención del Estado y de los poderes públicos. Y por otro, se genera por una particular valoración de lo colectivo que, enmarcado en corrientes de pensamiento que propugnan la preponderancia de lo público en los medios de producción y distribución de los bienes, tienden a potenciar al ejecutivo frente a los otros poderes.

* Siglas que se utilizarán a lo largo del presente trabajo: Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Constitución española (CE). *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC). *Ley del Notariado* (LN). *Ley de Jurisdicción Voluntaria* (LJV). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE). *Tribunal Constitucional de España* (TC). *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE).

Así, el necesario reconocimiento de la libertad del individuo subyace en la omnipresente tendencia a reducir el “volumen” de asuntos judiciales a través del fomento de las llamadas “vías alternativas”, intentando sustraer parcelas a esta, al mismo tiempo, lo colectivo y el fortalecimiento del poder inmediato del Estado, late también en la invasión de ámbitos propios de la jurisdicción, en ocasiones, creando administraciones “independientes” con potestades “parajudiciales”. Algunas veces, ambas tendencias llegan a justificar una – poca – disimulada pasividad, a la hora de introducir medidas de mejora de la administración de justicia, que conduce a implantar ciertos obstáculos para el acceso a la jurisdicción, como intentar imponer una mediación preceptiva¹; o la más reciente imposición de tasas judiciales que, por el camino de hacer artificialmente inconveniente aquella, consciente o inconscientemente facilitaron la opción por sus alternativas.

Así y todo, el esponjamiento de la potestad jurisdiccional no siempre se dibuja con el trazo grueso de arrebatar ámbitos a la jurisdicción o de intentar trasladar asuntos a sus vías alternativas. Inaugurado oficialmente con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que atribuye competencias a los tradicionalmente conocidos como secretarios judiciales que es muy dudoso que no formen parte de la jurisdicción, últimamente se llega al extremo de entregar competencias similares a otros profesionales que ni siquiera integran el órgano jurisdiccional.

Como es sabido, a un funcionario como el letrado de la administración de justicia se le atribuye la gestión del procedimiento monitorio regulado en los arts. 812 a 818 de la LEC², y, sobre todo, se le otorga el señorío absoluto

¹ El art. 7 del proyecto de *Ley de Mediación* pretendió introducir un apdo. 4 del art. 437 de la LEC que abría las puertas a la mediación obligatoria como requisito previo a la vía judicial en determinados casos. Sobre la misma, véase, ORTIZ-PRADILLO, J. C. “Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal”, *Documentos de trabajo...*, pgs. 9-12. Y sobre algunas experiencias concretas de implantación de la obligatoriedad en otros ordenamientos vid. ÁLVAREZ, G. S. “Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en argentina”, *Arbitraje y mediación...*, pgs. 29-65; PÉREZ, J. B. “La situación actual de la mediación en México”, *Arbitraje y mediación...*, pgs. 317-330.

² HERRERO, J. F. *Lo jurisdiccional en...*, pgs. 68-74. Antes y más específicamente, HERRERO,

del procedimiento regulado en los arts. 34 y 35 de la LEC, donde ni siquiera concurre la atenuante de actuar colaborativamente con el titular de la potestad³. Y lo último es que la “gestión” del monitorio notarial regulado en los arts. 70 y 71 de la LN se entrega a un fedatario público como el notario, obviamente, ajeno a la titularidad de la potestad jurisdiccional.

Lo cierto es que esta tendencia expansiva del poder ejecutivo frente al judicial y – con ímpetu – la fe en la “privatización de la justicia”, se sitúan en el *hit parade* de la actualidad, pues no cesa de roerse la potestad jurisdiccional, por dentro y por fuera, desde otros poderes del Estado, por profesionales sustitutos, o como consecuencia de un fenómeno tan en boga en estos tiempos como es el de la búsqueda de alternativas a la jurisdicción⁴.

Ha llegado el momento de evidenciar esta tendencia que, en mi opinión, atenta contra la integridad del ámbito de la potestad jurisdiccional.

2. ALGUNOS SUPUESTOS DE EROSIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DESDE LO PRIVADO Y LO PÚBLICO

La jurisdicción es asediada desde diversos frentes. Algunos de los más relevantes son el fomento artificial de vías alternativas de carácter privado, las invasiones del ejecutivo, y, por último, el apoderamiento a funcionarios y a otros profesionales cualificados.

J. F. “La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009”, *Revista Aranzadi Doctrinal...*, pgs. 81 y ss.

³ Como apunté, en relación con la reforma de 2009 (BONET NAVARRO, J. “Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal”, en BALSCO, Á. *El trabajo profesional...*, pgs. 172-3), “desjudicializa la materia poniéndola en exclusiva y excluyentemente en manos de los secretarios judiciales”, cosa que “permite reflexionar sobre el contenido del art. 117.3 de la CE y la posible invasión de la función de juzgar”.

⁴ HERRERO, J. F. *Lo jurisdiccional en...*, pg. 25, habla de algunos filtros: desde la potenciación de los llamados medios alternativos... a la desjudicialización de algunos mecanismos hasta ahora atribuidos a los tribunales, pasando por el encarecimiento del acceso al proceso y la limitación de las vías de impugnación.

2.1. Las vías alternativas a la jurisdicción como intento de hurtar asuntos desde la jurisdicción

El punto estrella para quienes gobiernan el poder judicial suele ser el de las medidas alternativas, primero el arbitraje, y actualmente, la mediación⁵. Desde luego, resulta útil para justificar la escasa inversión en la justicia, aunque lo que se suele destacar son otros aspectos como la conveniencia de la cultura de la paz para una resolución del conflicto amistosa, más rápida, eficaz y satisfactoria.

El discurso no está exento, sin embargo, de cierto pesimismo, así como abandono y renuncia al papel del Estado en la resolución de conflictos privados. Incluso, a veces, pueden vislumbrarse otros intereses menos obvios⁶. Lo cierto es que se “apuesta” decididamente por la mediación⁷. Es más, el mismo CGPJ se presenta como abanderado de esta especie de intersección jurisdiccional, que desvíe el máximo número de asuntos a vías privadas. Entre otras cosas, aprobó por unanimidad un informe – el 28 de junio de 2012 – por el que apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación⁸. Hasta tal punto es así que

⁵ Resulta cuanto menos “curioso” que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, a la hora de solicitar la suspensión del procedimiento a instancia de ambas partes para someterse a vía alternativa, modifique los arts. 415 y 443.1.III de la LEC solamente para sustituir la referencia al arbitraje por la mediación.

⁶ Algunas consideraciones sobre estas cuestiones pueden verse en BONET, J. “El abogado ante el procedimiento de mediación. De espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas”, en *Revista Jurídica de...*, pgs. 13-53.

⁷ Entre otras, pueden escucharse desde escuetas alusiones, como en el discurso de apertura del año judicial en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2015-2016, a una “más y mejor mediación”; a inquebrantables adhesiones en el del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que reconoció haber “hecho una apuesta decidida y militante por incentivar la mediación intrajudicial y extrajudicial”, básicamente porque – según afirma – si bien el conflicto no es una patología, sí lo es “*la judicialización masiva de toda la conflictividad*”, pues – sigue – “no hay sistema judicial que pueda dar respuesta a todas las disputas y desavenencias sociales si no encontramos otros métodos alternos, complementarios o anteriores a la intervención de la Administración de Justicia, que debería ser residual o de *última ratio*”.

⁸ Llega a afirmarse en el mismo informe que “debe ser fomentado desde las instancias públicas,

puede afirmarse que en los últimos tiempos viene pergeñándose desde diversos sectores, sea el gobierno del poder judicial o algunos autores⁹, una tendencia claramente favorable a la llamada “cultura” basada en la solución derivada de la voluntad de las partes frente a la justicia considerada “formal”, convirtiéndose en un tópico “políticamente correcto”.

No obstante, conviene recordar que, alguna de estas alternativas, como la conciliación obligatoria, había sido ya desterrada del proceso civil español precisamente porque – salvo contadas excepciones¹⁰–, mayoritariamente se reconocía su escasa eficacia práctica¹¹. El penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente a la LEC, lo puso de manifiesto cuando afirmó que el acto de conciliación “como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios”.

Lo cierto es que la entusiasta defensa de estas vías alternativas no siempre viene acompañada del análisis aséptico y del contraste empírico de sus

creando condiciones legislativas adecuadas”.

⁹ Puede ser representativo, entre otros, DORADO, A. “El arbitraje y la mediación en España”, *Revista Jurídica de...*, pgs. 1-8, cuando defiende la mediación como “instrumento de diálogo de la pacificación”, porque – en su opinión – resulta positiva tanto para las partes, al ser solución más ágil y rápida del conflicto, como también para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo.

¹⁰ MONTERO, J. “La conciliación preventiva en el proceso civil (notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)”, *Revista Jurídica de...*, pgs. 875-95, defiende con algunas estadísticas, de los años 1953 a 1967 su eficacia. También ALVARADO, A. “La conciliación”, *Revista Vasca de...*, pgs. 10-1.

¹¹ Así por ejemplo, afirman GIMENO, V. y MORENILLA, P. *Derecho Procesal...*, pgs. 287-8, que el acto previo se revelaba como “superfluo y dilatorio”, aunque pueda tener algunas ventajas. También, MONTES, A. “Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil”, *Revista de la...*, pg. 263. En el mismo sentido, AVILÉS, M. “La conciliación civil preprocesal”, original, pg. 29: significa que “se ha convertido en un mero trámite al que se ha prestado poca o nula atención”. Asimismo, dice gráficamente LÓPEZ, F. J. “Jueces de Paz. Competencia”, *Ponencia Jornada Jueces de Paz*, (en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial), que “de todos es conocida la escasa eficacia de estos actos de conciliación en orden a evitar un futuro litigio”; y BONET, A. “La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil”, *Revista General de...*, pg. 5, reconoce que “se estableció como facultativo, ante el elevado índice de fracasos o pérdidas de oportunidad de resolver en ese momento previo los conflictos”.

bondades, sino más bien destaca por una retórica con escasa constatación de sus verdaderos resultados. Suele partirse de la conveniencia de los caminos alternos como idea preconcebida y presupuesto indubitado, explicando sus ventajas en el coste, la rapidez procedimental, la participación y el control de las partes en el resultado y sin riesgos a una decisión de todo o nada, o en la incapacidad de la jurisdicción para resolver eficazmente determinados asuntos o materias, por su lentitud, onerosidad y consecuente desconfianza en el usuario, en una visión de la jurisdicción prácticamente dantesca que hace inevitable acudir a sus alternativas. Pero todo este discurso dialéctico se ancla en argumentos que, como algunas “prendas”, son reversibles, porque pueden confeccionarse igualmente, con similar fundamento y lógica, pero esta vez para llegar a conclusiones diametralmente opuestas.

Así ocurre, p.e., con el pretendido carácter económico de la mediación. Sin contar los gastos específicos, resultará escasamente rentable para quien decide sacrificar una posible solución totalmente favorable a su pretensión en aras de una solución autocompositiva que implique concesiones. Si bien se mira, desde un punto de vista económico, solo resultará interesante cuando haya acuerdo, y lo logre aquel que en la jurisdicción no lo obtendría. En definitiva, el verdadero favorecido por la mediación es aquel que no merece el derecho. Asimismo, creo que conviene poner de manifiesto que el proceso no tiene por qué representar una especie de guerra fratricida pues solo se trata de un medio por el que un poder del Estado resuelve dudas, discrepancias y, en definitiva, da solución a conflictos entre las personas. Desde luego, el efecto reductor de volumen de trabajo no ha operado hasta el momento. Y por lo demás, no veo en lugar alguno qué maldad intrínseca hay en que las personas acudan a los órganos de justicia para resolver sus problemas, superando sus miedos o limitaciones¹².

¹² Como afirma GUTIÉRREZ, M. R. “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley...*, pg. 1, “que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro, y la ausencia de procesos no está necesariamente en consonancia con una sociedad menos conflictiva... que haya pleitos no es mejor ni peor que los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo, o la imposibilidad o la dificultad de plantear la queja”.

De otro lado, convendría recordar que las vías alternativas suponen, en principio, un esfuerzo económico, especialmente gravoso cuando no hay acuerdo (y si lo hay, ya sabemos a quién interesará principalmente). En cualquier caso, sabido es que los esfuerzos económicos adicionales, suelen conducir a la escasa utilización de la institución afectada en la práctica. Así, el legislador reconoce expresamente el efecto de lastre en la fianza que se exigía para la ejecución provisional¹³; e implícitamente lo mismo sucede con la que es necesaria para la adopción de medidas cautelares cuando se elimina en los casos en que se pretende potenciarla (arts. 821.2.2.^a de la LEC y 21.5.II de la *Ley de Propiedad Horizontal*). Y similares efectos de lastre corresponden al depósito previo para recurrir¹⁴; o a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, además de constatar una clara reducción de la actividad procesal¹⁵, mereció un pronunciamiento de inconstitucionalidad precisamente por su “efecto disuasorio” desproporcionado, y porque, según palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional de España (TC) 140/2016, de 21 de julio, lo elevado de la cuantía de la tasa “acarrea, en concreto, un impedimento injustificado para el acceso a la justicia en sus distintos niveles”.

Puede decirse con cierto fundamento que, los argumentos aportados a favor de la potenciación de las vías alternativas a la jurisdicción y, por tanto, minadoras del ámbito de la jurisdicción, resultan discutibles y relativos.

¹³ El párr. 6 del punto XVI de la exposición de motivos de la LEC se reconoce que la caución al solicitante operaba “a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola solo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad”.

¹⁴ También en este punto, en el párr.12 del punto XIV de la exposición de motivos de la LEC se admite que “además de representar un factor de encarecimiento de la justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema de su posible transformación en obstáculo del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad”.

¹⁵ En el *Boletín de Información Estadística* n.º 34, de junio de 2013, del CGPJ, en la “primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial”, pudo constatar una reducción de asuntos hasta su exención a las personas físicas. Por lo demás, al respecto conviene la lectura de HERRERO, J. F. *Lo jurisdiccional en...*, pgs. 102-17.

2.2. La invasión por otros poderes del Estado

El poder ejecutivo no pierde ocasión para entrar en ámbitos propios de la jurisdicción. Para poder afirmar con fundamento este hecho, es preciso identificar correctamente este último, pues ambos poderes actúan el Derecho en el caso concreto. Se hace preciso, por tanto, su deslinde y, para ello, además de constatar materias exclusivas de la jurisdicción como derechos fundamentales y libertades públicas, relaciones entre el Estado y Comunidades Autónomas, y en la actuación del derecho penal¹⁶, básicamente contamos con dos criterios fundamentales: la irrevocabilidad de la decisión y la actuación mediante heterotutela, pues la actuación de la administración es siempre revocable y – en la medida que protege los intereses generales – a diferencia de la jurisdicción, actúa o debería hacerlo mediante autotutela. Sin embargo, como después veremos, ninguno de los criterios resulta definitivo. Quizá por esto, podemos encontrar numerosos ejemplos de invasión de dicho poder en ámbitos de la jurisdicción. Entre estos:

1. Un precedente interesante es el control administrativo de la competencia desleal llevado a efecto por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para la resolución de expedientes sobre la materia¹⁷. Actualmente, extinguido mediante la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el mismo se superponía la garantía y protección del sistema económico, tal y como prevé el mismo art. 38 de la CE, con los intereses de una determinada empresa, produciéndose así una posible invasión competencial de la jurisdicción.
2. Similar efecto se producía con la ley autonómica valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos históricos, vigente hasta el 20 de agosto de 2013 al ser derogada por la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias. El artículo segundo de la citada Ley 6/1986 disponía que “los arrendamientos históricos valencianos podrán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la administración agraria autonómica”, por tanto, encomendando a la administración el

¹⁶ ORTELLS, M. “La potestad jurisdiccional”, *Introducción al derecho...*, pgs. 127-9.

¹⁷ Anteriormente denominado “Tribunal de Defensa de la Competencia”. Sobre el mismo, véase BELLIDO, R. *La tutela frente...*, pgs. 16-29.

reconocimiento y calificación jurídica de un arrendamiento como histórico¹⁸. De hecho, el voto particular discrepante del magistrado Don Carlos DE LA VEGA BENAYAS a la sentencia del TC 121/1992, de 28 de septiembre, considera al respecto que:

Parece evidente que el reconocimiento por la administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuencias que afectan no solo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la administración sino una potestad de intervención que esa ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del derecho civil; y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de los contratos de arrendamiento históricos.

Con todo, actualmente la situación, al menos, se ha intentado paliar a través del art. 50 de la antes citada Ley 3/2013, cuando prevé que, en caso de existir litigio entre las partes, la declaración administrativa no condiciona ni impide el ejercicio de las acciones jurisdiccionales para la calificación. Pero este intento de mejora no resulta plenamente satisfactorio pues, en cualquier caso, aclara que la decisión no es irrevocable (como no lo son algunos pronunciamientos indudablemente jurisdiccionales), pero mantiene la actuación mediante heterotutela, pues la administración sigue actuando el derecho en el caso concreto sobre situaciones privadas que le son ajenas.

¹⁸ Según el párr. 13 del preámbulo de dicha ley, “la concurrencia de la práctica social, generadora de la institución, hace necesario hoy encomendar a los investigadores los correspondientes estudios sociológicos y jurídicos que determinen rigurosamente la pervivencia del específico arrendamiento histórico y que, desde esta perspectiva, pueda ser declarada por la administración autonómica la existencia de los repetidos arrendamientos. Junto a esta posibilidad resulta también necesario, habida cuenta de que se produjo la destrucción de determinados archivos o registros, establecer un procedimiento de reconocimiento del arrendamiento histórico, mediante la declaración de la administración autónoma para aquellos casos en los que desde un marco de antigüedad de la relación arrendaticia existan elementos demostrativos de la pervivencia de la institución que se pretende recobrar”.

3. La Agencia de Protección de Datos, según el art. 18 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, podrá recibir reclamaciones de los interesados por las “actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley”. Además, su art. 37.1 autoriza para “requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de los mismos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros”. Asimismo, la disposición final de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, permite que un órgano administrativo como la Comisión de Propiedad Intelectual¹⁹, a instancia de quienes afirman ser titulares de los derechos de propiedad intelectual, pueda requerir al prestador de servicios de la sociedad la información para que retire contenidos lesivos. Y a continuación, tras un procedimiento administrativo en el que pueden oírse todos los interesados y practicar pruebas, se le apodera para ordenar la retirada de los contenidos e interrupción del servicio. Aunque el acto administrativo de la Comisión solamente será ejecutivo

¹⁹ El consejo de ministros de 14 de febrero de 2014 ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma parcial de la *Ley de Propiedad Intelectual* que supone un refuerzo de la Comisión de Propiedad Intelectual, según se ha afirmado en los medios de comunicación, “para la lucha contra la piratería”. Entre otras cosas, con la intención de fortalecer los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de los derechos de los autores y creadores en Internet se propone además de modificar puntualmente la LEC para que el titular que vea dañados sus derechos pueda solicitar a un juez la identificación del titular de una página *web* sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala contenidos protegidos, de forma directa o indirecta, refuerza las potestades de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual pues se le permite actuar frente a las *web* que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de forma notoria; se le dota de mecanismos más eficaces de reacción frente a aquellos que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de autor, incluyendo la estrangulación económica de las páginas *web* infractoras. De este modo, se incluye la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pago electrónico y de publicidad. También, cuando esté justificado, podrá pedir al juez de lo contencioso-administrativo el bloqueo técnico de la *web*; y en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada de contenidos ilícitos podrá imponer sanciones económicas de entre treinta mil y trescientos mil euros; y se crea un tablón de edictos electrónico que producirá efectos de notificación con carácter global.

previa autorización judicial dictada en procedimiento rápido en el que oír a todas las partes, solo atenderá como criterio de derecho material al art. 20 de la CE, sin poder apreciarse por la jurisdicción las posibles relaciones de derecho privado que pudieran justificar la conducta del prestador de servicios. De ese modo, como afirma ORTELLS²⁰, tal apreciación de estricto derecho privado “habrá sido realizada por un órgano administrativo (...), parece que, para el legislador, lo único que la CE reserva a los órganos jurisdiccionales sea la tutela del derecho fundamental, mientras que no sería potestad jurisdiccional la potestad de decidir sobre relaciones jurídicas de derecho privado”.

En estos, como en otros ejemplos similares, en un entendimiento expansivo de lo que deben considerarse “intereses generales” no resiste a crear órganos con potestades propias de la jurisdicción. Y ante esto, el TC, siempre atento a las “invasiones” de las competencias estatales por las comunidades autónomas²¹, no ha puesto un límite claro a estas invasiones. De hecho, la sentencia del TC 146/1996, de 19 de septiembre²², en relación con la Ley 34/1988, de 1 de noviembre, General de Publicidad, al pronunciarse sobre otra posible intervención administrativa respecto a ciertos conflictos entre particulares, planteó acriticamente una alternativa entre “los dos criterios procedimentales – jurisdiccional o administrativo – por los que alternativamente se pronuncia la Directiva 84/450/ de la CEE”, por lo que parece partir de la inexistencia de

²⁰ ORTELLS, M. “La potestad jurisdiccional”, *Introducción al derecho...*, pg. 134.

²¹ Recientemente, por ejemplo, en un ejercicio de trazo grueso e interpretación restrictiva, salvo en un magnífico voto particular del magistrado Xiol RÍOS, considera la sentencia del TC 82/2016, de 28 de abril, que en el tenor del art. 149.8, cuando dice que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, debe entenderse que debe existir en el momento de entrada en vigor de la Constitución, equiparando “existente” y “vigente”. De ese modo, viene a privar de competencias a la Generalitat Valenciana para la recuperación del derecho civil valenciano. Y todavía más reciente, en la misma línea, la sentencia del TC 110/2016, de 9 de junio, en la que declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat Valenciana, de uniones de hecho formalizadas.

²² Un comentario sobre ella: DÍEZ-PICAZO, L. M. “La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos”, *Tribunales de Justicia...*, pg. 347.

límites constitucionales genéricos a la potestad del legislador de establecer vías administrativas previas o alternativas.

Ni siquiera resulta significativa la sentencia del TC 58/2016, de 17 de marzo, en relación con la delimitación de ámbitos competenciales entre jueces y magistrados, de un lado; y letrados de la administración de justicia, de otro. Este fallo declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del art. 102 bis. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009, por cuanto impedía el control judicial de los decretos dictados por los letrados de la administración de justicia al resolver el recurso de reposición interpuesto contra diligencias de ordenación o decretos no definitivos. Aunque parte de la delimitación competencial entre titular de la potestad jurisdiccional y de un funcionario²³, y aunque deja sentado con base en el art. 117.3 de la CE, que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados, no concreta en qué supuestos se ejerce jurisdicción, como podría ser tanto el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC, como el monitorio notarial de los arts. 70 y 71 de la LN. Por esto, creo que no puede afirmarse que el TC haya ofrecido hasta la fecha una respuesta definitiva a las posibles invasiones de la jurisdicción por parte de la administración, y no es de esperar que lo haga en un futuro inmediato.

²³ Por ejemplo, afirma que al “secretario judicial” corresponden funciones “en materias colaterales a la función jurisdiccional” (preámbulo de la Ley 13/2009), como dictar determinadas resoluciones motivadas (decretos), pues “se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional”. Igualmente, señala que “la toma de decisiones en el proceso se distribuye entre jueces y magistrados, por un lado, y letrados de la administración de justicia, por otro. Se reserva a los primeros, como es obligado, las decisiones procesales que puedan afectar a la función o potestad estrictamente jurisdiccional, que les viene constitucionalmente reservada en exclusiva (art. 117.3 de la CE); y se atribuye a los segundos, que asumen la dirección de la oficina judicial, aquellas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, lo que incluye el dictado de resoluciones procesales que no tengan este carácter”. Y partiendo de ese diseño, concluye que “son los jueces y magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del letrado de la administración de justicia en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 de la CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 de la CE)”.

2.3. El apoderamiento al letrado de la administración de justicia para conocer tanto del procedimiento monitorio como del procedimiento por manifestación de cuentas de los arts. 34 y 35 de la LEC

El monitorio regulado en los arts. 812 a 818 de la LEC recibe la denominación de proceso, no solo en el Título III y en el Capítulo I, sino también en el texto de los arts. 812, 813 y 816 de la LEC. Además, como afirma LÓPEZ SÁNCHEZ²⁴, se practican “una serie de actividades de enjuiciamiento que entrañan cometidos claramente jurisdiccionales”: decisión sobre la admisión o inadmisión de la demanda, “petición inicial”, lo que implica, de un modo o de otro, valorar la suficiencia documental y los requisitos de la obligación que funda la pretensión, actividad que, unido a las expeditivas consecuencias derivadas de la inactividad – o actividad legalmente irregular – del requerido, no es más que función jurisdiccional, que debería estar reservada a la jurisdicción (art. 117.3 de la CE).

Este procedimiento puede representar, en principio, un buen ejemplo de invasión del ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional. En este caso, se produciría desde dentro del órgano jurisdiccional, pues este “letrado-secretario” es personal cualificado integrante de la oficina judicial. Como se recordará, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, pretendió que:

Los jueces y magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, y para ello se considera preciso “descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales (...) se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional.

Si esto fuera cierto, no habría más que hablar ni escribir²⁵. Pero esta reforma

²⁴ LÓPEZ, J. “Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario”, *Estudios jurídicos. Cuerpos de secretarios...*, pgs. 575-6. Concluye que el carácter de procedimiento encaminado a solventar una situación litigiosa le atribuye una naturaleza claramente jurisdiccional que, en su opinión, exige su conocimiento por jueces y magistrados.

²⁵ En esa línea PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, en *Diario La Ley...*, pg. 3, argumenta que “tampoco esa atribución de

supuso que el entonces indubitadamente denominado cuerpo de “secretarios judiciales”, dictara decretos o gestionará el procedimiento monitorio hasta el punto que, dictado su decreto de terminación por inactividad del requerido, podrá instarse una ejecución que proseguirá como si de una sentencia dotada de cosa juzgada se tratara (art. 816.2 de la LEC).

Para llegar a esta atribución competencial, previamente se tuvo que hacer un cierto esfuerzo para justificar alguna suerte de naturaleza extrajudicial propia del procedimiento monitorio. Así, entre otros, entendiendo que desde 2009 el monitorio ya era, de hecho, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, BANACLOCHE²⁶ todavía va más allá y justifica “dar un paso más en esa línea de “desjudicialización” de la técnica monitoria y permitir que un procedimiento parecido, con efectos también similares, pueda desarrollarse al margen de los juzgados”. El serio problema de esta posición doctrinal consiste en explicar cómo, y por qué regla de tres, de un procedimiento no jurisdiccional pueda derivar un efecto de cosa juzgada y una ejecución como si de una sentencia se tratara. Además, mayoritariamente se reconoce que el monitorio no pertenece al ámbito de la justicia voluntaria sino se trata de un proceso judicial de carácter declarativo si bien especial²⁷.

nuevas competencias al letrado de la administración de justicia se puede entender como contraria al art. 117 de la CE en cuanto debe tenerse presente, de un lado, que el letrado de la administración de justicia forma parte del órgano jurisdiccional y, de otro, que la potestad jurisdiccional, en un sentido amplio, no incluye solo la clásica función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino también otras muchas actividades que son necesarias para que esa función pueda ser desempeñada, como puede ser la ordenación del proceso o su documentación; por ese motivo, la propia CE, atribuye la función de administrar justicia a los jueces y tribunales en el apdo. 1 del art. 117, mientras que en el apdo. 3 de este mismo precepto encomienda la potestad jurisdiccional en sentido amplio a los juzgados y tribunales”.

²⁶ BANACLOCHE, J. *Los nuevos expedientes...*, pg. 258. Y en esa misma línea parece inscribirse PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley...*, pg. 6, cuando afirma que “se presenta como lógica consecuencia de la propia evolución del juicio monitorio que a lo largo de sus distintas modificaciones ha llegado a ser competencia exclusiva del letrado de la administración de justicia, salvo intervenciones puntuales del juez, lo que lleva a calificarlo como un expediente de jurisdicción voluntaria”.

²⁷ GUTIÉRREZ, E. “Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España”, *Revista de Derecho...*, pg. 567; defendía ya que el monitorio es “un proceso de cognición plenario, si bien abreviado, de naturaleza especial y cuya finalidad es la

En realidad, la intervención en el monitorio de este funcionario, que integra y dirige la oficina judicial pero que carece de potestad jurisdiccional, partiendo de su formación técnica, únicamente cabe ser explicada, y todavía con ciertas dudas²⁸, en el carácter de intervención subsidiaria o coadyuvante respecto del titular de aquella²⁹. En efecto, la intervención judicial, si bien no siempre resulta visible, gravita controladora alrededor de la gestión del letrado-secretario. Por este motivo, p.e., según el art. 454 bis de la LEC las resoluciones de este letrado-secretario serán recurribles ante el juez mediante el recurso de revisión; conforme al art. 815.1 de la LEC, cuando los documentos aportados con la petición no fueran de los previstos en el apdo. 2 del art. 812, o no constituyeren un principio de prueba del derecho del peticionario, el letrado-secretario “dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición

producción de un título ejecutivo”. Y actualmente también, entre otros muchos, ROBLES, J. A. “Los procesos especiales. El proceso monitorio”, en CABAÑAS, J. C. (coord.). *Comentarios prácticos a...*, pgs. 722-8; AENCIO, J. M. “El proceso monitorio”, *Derecho Procesal Civil...*, pg. 282; TOMÉ, J. A. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho...*, pg. 446; GÓMEZ, L. “La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español”, *Actualidad Civil...*, pgs. 1178 y 1181; HINOJOSA, R. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho...*, pgs. 305-6; y, CORREA, J. P. “El proceso monitorio”, en CUEVILLAS, J. A. *Instituciones del nuevo...*, pgs. 188-92. En la misma línea, BONET, J. *Los procedimientos monitorios...*, pgs. 27-33; y, GÓMEZ, J. L. “El proceso monitorio”, en MONTERO, J., MONTÓN, A. y BARONA, S. *Derecho Jurisdiccional, II...*, pgs. 758-9, si bien matiza que en caso de que no comparezca o comparezca y no pague, la naturaleza de proceso declarativo especial, “se transforma... en una ejecución, que a su vez es especial también. Y si formula oposición, el proceso se transforma a su vez en un proceso de declaración ordinario”.

²⁸ En ocasiones el legislador se ha excedido, como ocurre en el procedimiento previsto en los arts. 34 y 35 de la LEC, en el que se llega a atribuir competencia al letrado-secretario sin el control judicial con la excusa de que no se genera cosa juzgada.

²⁹ Según afirma PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley...*, pg. 3, “no por ello se han reducido las garantías para el ciudadano, pues los letrados de la administración de justicia forman un cuerpo técnico con formación especializada que les cualifica suficientemente para su desempeño. A esto se añade, además, que todas las resoluciones del letrado de la administración de justicia podrán ser controladas por el juez a través, no solo de la declaración de nulidad, sino también del nuevo recurso de revisión introducido por esta misma Ley 13/2009, en el art. 454 bis de la LEC”.

inicial”; en virtud del art. 815.4 de la LEC³⁰, si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el letrado-secretario, con carácter previo dará cuenta al juez para que, sin perjuicio de su potestad de oficio, pueda “apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible”; o, conforme al art. 818 de la LEC, la oposición será decidida judicialmente – y con efecto de cosa juzgada – en “juicio que corresponda”.

Pero la competencia para conocer del procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC es totalmente autónoma. Es cierto que según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 16 de febrero de 2017, “el secretario judicial no constituye un “órgano jurisdiccional” a efectos del art. 267 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE)”. Este fallo, incluso recuerda que han sido calificados de administrativos, y no de judiciales, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia 4/2011, de 28 de septiembre 2011, en relación con un expediente de jura de cuentas, así como por el TC en el auto 163/2013, de 9 de septiembre de 2013, y en la sentencia 58/2016, de 17 de marzo de 2016, relativos a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, concluye la citada sentencia del TJUE que no corresponderá al letrado de la administración de justicia el control de las cláusulas abusivas en este procedimiento “administrativo”, sino al juez en el subsiguiente proceso de ejecución que, en su caso, derive. Sin embargo, de modo similar a lo que se indicará más adelante, el problema que subyace es que en este instrumento se actúa el derecho objetivo en el caso concreto con heterotutela, de modo que forma parte indubitada de ámbitos propios de la jurisdicción. En este caso de forma indubitada, un funcionario público, aunque se halle en la cúspide de la oficina judicial, está realizando funciones que corresponden exclusivamente a la jurisdicción.

³⁰ Introducido por el apdo. 76 del art. único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, y ante la previsión del varapalo que se prevenía y que posteriormente vino con la sentencia del TJUE, Sala 1.ª, de 18 de febrero de 2016, en la que, entre otras cosas, se afirma que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional... que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación”.

2.4. Consideraciones sobre el apoderamiento a profesionales no titulares de potestad jurisdiccional, en especial el notario

La LJV reguladora como es sabido de una gran variedad de temas de calado para la garantía de los derechos, se presenta como la punta de un verdadero iceberg repleto de carcoma de la jurisdicción. Junto a otras muchas cosas, esta introduce los nuevos arts. 70 y 71 en la vieja *Ley Orgánica del Notariado*, de 28 de mayo de 1862, para regular un procedimiento denominado para “la reclamación de deudas dinerarias no contradichas”. Este procedimiento, junto al regulado en los arts. 34 y 35 de la LEC para la reclamación de créditos de abogado y procurador frente a sus clientes, guarda similitudes al monitorio judicial de los arts. 812 a 818 de la LEC, con la trascendental pero única particularidad de que su competencia no se atribuye al titular de la potestad jurisdiccional sino al secretario judicial y al notario respectivamente, y, en consecuencia, están privados de cosa juzgada, además de que en el caso del notarial, derivará un título ejecutivo extrajudicial.

Desde luego, en un contexto como el que hemos venido sufriendo de “macdonaldización legislativa”³¹ y de *fast legislation*, en el que prima la cantidad, el *low cost* y el *copy and paste*, no resulta en absoluto extraño que el legislador regule un determinado procedimiento, más bien al contrario; ni provoca perplejidad alguna que pueda constituirse un título extrajudicial ante notario³². Tampoco representa ninguna novedad que tan cualificado fedatario pueda realizar actas de notificación y requerimiento de deudas, pues así lo vienen autorizando desde hace mucho los arts. 202 a 206 del Decreto 2 de junio de 1944. Pero resulta ciertamente novedoso que el secretario pueda conocer de un procedimiento como el monitorio bajo la supervisión y control judicial, aunque sea para un objeto como el crédito del abogado y procurador frente a sus clientes derivado de un proceso.

³¹ RITZER, G. *La McDonalización de...*, constata la tendencia social a exacerbar un proceso de racionalización formal que, en su momento, derivó en la burocracia. Igualmente, resulta oportuna su obra para calificar la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico español a la motorización, tendente a la producción, aparentemente superflua, banal y excesiva.

³² Para comprobar un ejemplo clásico, no hay más que acudir al art. 517, 4.º de la LEC, y a sus precedentes legislativos del art. 1429 de la LEC de 1881, que regula un título ejecutivo basado en la escritura pública con los correspondientes requisitos.

Igualmente, se presenta ciertamente original que la creación de un título ejecutivo, aunque sea extrajudicial, no derive de la voluntad expresa de ambas partes, sino meramente de un acto presunto o tácito de un deudor requerido para pago. Es patente que la adquisición de eficacia ejecutiva de los títulos ejecutivos extrajudiciales hasta ahora siempre había sido consecuencia bien de la actividad judicial o equivalente como el laudo arbitral, o del acuerdo expreso de las partes en los títulos ejecutivos extrajudiciales. No obstante, desde la entrada en vigor en este punto de la LN a través de la repetida LJV, el título ejecutivo extrajudicial alcanza tal categoría ejecutiva con la intervención notarial, y con la ausencia de una participación activa de la deudora.

Y esta atribución de competencias a personas que no son titulares de la potestad jurisdiccional entra en clara colisión con el mandato constitucional de exclusividad de esta a favor de los jueces y magistrados.

2.4.1. La identidad formal y material entre el monitorio notarial, el procedimiento de los arts 34 y 35 de la LEC y el monitorio judicial

Un somero ejercicio de comparación permite comprobar que los cauces formales por los que se sustancia el procedimiento para la reclamación notarial de deudas dinerarias no contradichas y el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC, se corresponden con los propios del procedimiento monitorio de los arts. 812 a 818 de la LEC. En todos los casos, el acreedor, titular de una obligación documentada que cumpla con ciertos requisitos, podrá solicitar el requerimiento al deudor: para que, en un periodo de tiempo relativamente breve, cumpla y de ese modo se ponga fin al procedimiento; para oponerse y que se pueda abrir la vía de oposición; o para no hacer nada, de modo que podrá abrirse en tal caso la ejecución. La novedad sin duda más reseñable, al margen de otras particularidades más o menos de detalle en la regulación del monitorio notarial³³,

³³ Como la imprevisión de que el notario realice averiguación del domicilio del deudor; requisitos adicionales en la obligación como ser indubitada y ser civil y mercantil no excluida; criterios alternativos y no subsidiarios de atribución de competencia, no exigencia de solicitud escrita; imposibilidad de impugnar la decisión; atisbo expreso de poderse reclamar a varios obligados; no exigencia expresa de que la solicitud sea escrita; imposibilidad de impugnar la decisión de inadmisión; o, en caso de oposición, cierre en todo caso del monitorio, sin abrir el juicio que corresponda en la forma en que se produce por cuantías propias del juicio verbal; igualmente, en diverso tratamiento fiscal en cuanto que el monitorio notarial, como no podía ser de

es que en caso de pasividad del deudor se constituirá un título ejecutivo que no será judicial sino extrajudicial, debido a que el órgano jurisdiccional es sustituido en este caso por el notario.

La identidad procedimental, en el caso del monitorio notarial, salvo alguna excepción³⁴, ha sido reconocida por la generalidad de autores³⁵. No obstante, el preámbulo de la LJV tiene la sorprendente osadía de negar esta identidad. Afirma sin ningún rubor que “no es un procedimiento monitorio o de pequeña cuantía sino que se sigue la técnica del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en mi opinión, con el intento de enmascarar la posible inconstitucionalidad de este procedimiento debida a la atribución competencial al notario.

El monitorio notarial había sufrido duras críticas doctrinales. Así, entre otros, SEOANE señala que “no se puede justificar semejante herejía legal que viene a vulnerar la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Civil”³⁶. En tono más suave

otro modo, está exento de tasas judiciales, salvo que tras la oposición la persona jurídica se vea compelida en un proceso. Cuestión distinta será lo que contemple en un futuro el RD 1426/1989 sobre los aranceles tal y como prevé la Disposición Adicional 4.ª de la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*.

³⁴ Con base en las distintas consecuencias en caso de inactividad del deudor, afirma PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley...*, pg. 6, que “aunque emplea la técnica monitoria, no puede considerarse como un juicio monitorio y tiene claras diferencias con el mismo”.

³⁵ Por citar solamente tres ejemplos: SEOANE, J. “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley...*, pg. 9, considera que “su contenido viene a reproducir en lo esencial la técnica monitoria de los arts. 812, 814, 815, 816, 817 y 818 de la LEC”; FERNÁNDEZ, A. “Luces y sombras del anteproyecto de *Ley de Jurisdicción Voluntaria* de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley...*, pg. 14, señala que “se configura, por otra parte, en la estela del procedimiento monitorio judicial, que regulado en los arts. 812 a 818 de la LEC, se conforma como un juicio declarativo especial privilegiado”; LIÉBANA, J. R. y PÉREZ, S. *Comentarios a la...*, pg. 486, afirman que “se configura, por lo tanto, a imagen y semejanza del proceso monitorio civil regulado en los arts. 812 a 818 de la LEC”.

³⁶ SEOANE, J. “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley...*, pg. 9.

pero igualmente contundente, CASADO³⁷, indica que:

No hay ninguna razón legal, ni siquiera de política legislativa, que justifique la implantación de un procedimiento monitorio notarial como alternativa al proceso judicial que se regula en la LEC, máxime teniendo en cuenta la eficacia demostrada de tal juicio especial en el ámbito de la administración de justicia, en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables.

Asimismo, en el *Informe relativo al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria 2013*, emitido el 4 de diciembre, el colectivo de abogados veladamente iba centrando el tema en la constitucionalidad, cuando adelanta que la atribución excede la “nueva dimensión que se les da como servidores públicos”. Con total rotundidad, el mismo SEOANE³⁸ afirma derechamente que:

Su implantación sería inconstitucional, puesto que el proceso monitorio, como proceso especial declarativo corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales conforme a los arts. 117.1 y 3 de la CE y la tutela judicial efectiva solo se garantiza en el art. 24.1 de dicha norma suprema ante los jueces y tribunales.

Y, por último, el propio CGPJ, en su informe de 27 de febrero de 2014 al anteproyecto de la LJV³⁹, una vez más sitúa al monitorio notarial en el centro

³⁷ CASADO, E. P. “Sobre el novedoso Juicio Monitorio Notarial”, *Diario La Ley...*

³⁸ SEOANE, J. “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley...*, pg. 9.

³⁹ CGPJ, en su apdo. 12 de su *Informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, pgs. 267-8, afirma además y entre otras cosas, que “debe enjuiciarse la oportunidad de encomendar al notariado este tipo de procedimientos, hasta ahora exclusivamente jurisdiccionales. No podemos olvidar que no nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya competencia se traslada a un distinto operador jurídico, sino ante un procedimiento declarativo de naturaleza especial, cuya tramitación ha sido atribuida a los secretarios judiciales, sin perder el control el órgano judicial en los casos de inadmisión (art. 815.1 de la LEC). (...) El resultado es la creación de un título ejecutivo de incuestionable pujanza agresiva de patrimonios que, precisamente por ello, al estar fundado en una solicitud unilateral, debe ser objeto de un control de legalidad que quizás tan solo el juez por la vía del control de admisión pueda actuar. Consecuentemente se entiende que, contrapesando ventajas e inconvenientes, el control de admisión debe ser necesariamente jurisdiccional”.

de la diana constitucional concluyendo que “la propia naturaleza de este tipo de procedimientos determina su incardinación en las competencias que exclusivamente reserva a la jurisdicción el art. 117.3 de la CE”.

Esta relevante crítica permitiría explicar la razón por la que el legislador, en un preámbulo que debería servir para una correcta interpretación en lugar de conducir al error, haya pretendido orillar tan fundamental objeción, negando identidades con el monitorio y afirmando que sigue la técnica del Reglamento (CE) n.º 805/2004, con el que apenas comparte nada. Ya se ha indicado que los arts. 70 y 71 de la LN regulan un procedimiento que no instrumenta otra cosa más que la técnica monitoria, más o menos adaptada a la intervención de un fedatario privado. Y, desde luego, aunque se ha previsto para “deudas dinerarias no contradichas”, o, lo que viene a ser lo mismo, para “créditos no impugnados”, nada tiene que ver con lo previsto en el citado Reglamento (CE)⁴⁰, cuyo objeto son resoluciones judiciales o, a lo sumo, documentos ejecutivos, pero siempre constando consentimiento expreso del deudor en su constitución. Y partiendo de estos concretos títulos ejecutivos creados judicial o convencionalmente, previa petición de la parte al órgano jurisdiccional, se establecerá un título ejecutivo eficaz en el ámbito europeo sin necesidad de declaración de ejecutividad particularizada ni posibilidad de impugnar su reconocimiento. No es preciso ser un gran jurista para comprender que todo lo relativo al título ejecutivo europeo poco o nada tiene que ver con la técnica monitoria ni con el monitorio notarial. Y la referencia en el preámbulo no consigue despistar acerca de las dudas de constitucionalidad fruto de su atribución competencial.

Lo cierto es que el procedimiento para la reclamación de deudas dinerarias no contradichas a través de notario es, sin duda, un procedimiento monitorio, como también lo es el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC. En ambos casos, aunque sea de modo ciertamente muy especial porque incluye en su núcleo un requerimiento, se aplicará el derecho concreto con desinterés objetivo o “heterotutela”, generando esta actividad efectos sin necesidad de la concurrencia de voluntad de las partes, al menos de fama expresa, hasta el punto que podrá abrirse la ejecución en su consecuencia.

⁴⁰ Esta naturaleza presupone que la LEC, principalmente las previsiones de los arts. 812 a 818, será de aplicación general o supletoria de la especial contemplada en la LN, tal y como dispone el art. 8 de la LJV. Y desde luego, ha de rechazarse cualquier atisbo de aplicación de las correspondientes normas del Reglamento (CE) n.º 805/2004.

2.4.2. La actividad jurisdiccional en el monitorio notarial y en el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC

Afirmar la posible invasión de ámbitos de la jurisdicción por personal no titular de la potestad jurisdiccional exige identificar la jurisdicción y, concretamente, valorar si el procedimiento monitorio, sea el atribuido al secretario judicial en los arts. 34 y 35 de la LEC o el que se atribuye a notario, forma parte de la misma. Para ello deberemos fijar la atención principalmente a dos criterios identificadores: la irrevocabilidad de la decisión y la actuación con desinterés objetivo, también denominada “heterotutela”.

El monitorio notarial de los arts. 70 y 71 de la LN, como igualmente el procedimiento “por cuenta manifestada” previsto de los arts. 34 y 35 de la LEC, no tienen efecto de cosa juzgada, por tanto, sus decisiones son revocables por la jurisdicción mediante el procedimiento que corresponda. ¿Significa eso que, por ser revocables, no forman parte del ámbito de la jurisdicción? En mi opinión, podría ser así pero no necesariamente. Si bien las decisiones irrevocables integran la jurisdicción, no todas las revocables quedan fuera de la misma como lo demuestra el hecho de que los procesos sumarios, que como es sabido no están dotados de eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 a 4 de la LEC⁴¹), sin duda suponen ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En realidad, el criterio de la irrevocabilidad, aunque, sin duda, relevante, tiene un alcance limitado. Será útil para determinar qué es jurisdicción, esto es, en principio aquello irrevocable. En cambio, no servirá para excluirla en lo revocable, pues si bien todo lo irrevocable será jurisdicción, no todo lo revocable queda fuera de la jurisdicción, como hemos visto que ocurre con los procesos sumarios. Además, tal criterio se presenta como inadecuado para valorar si una determinada actividad en principio irrevocable, en realidad no debería serlo por

⁴¹ Más concretamente, sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión; las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo; las dictadas en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito; todas las pretensiones calificadas como sumarias y aquellas que legalmente se nieguen los efectos de cosa juzgada.

merecer estar incluida en el ámbito de la jurisdicción; o si, siendo revocable y por ello no jurisdiccional, merecería, sin embargo, ser considerada como jurisdicción. Buena prueba de esto último es que, conforme al art. 19.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, introducido mediante la LO 13/1999, de 14 de mayo, en relación con el art. 125 de la CE, el *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia* mutó de órgano administrativo a jurisdiccional⁴². Y de ese modo, transitó de administración a jurisdicción al ser reconocida como lo que ya era, un órgano tradicional y consuetudinario⁴³.

Siendo así, se presenta nítido que el carácter revocable o irrevocable de una actividad resulta inútil para valorarla si, a pesar de ser irrevocable, en cambio valdría ser considerada jurisdiccional; o si otra revocable, y por ello en principio administrativa, salvo que se derive de un proceso sumario, debería no obstante ser jurisdiccional. En fin, si la irrevocabilidad ya no es un elemento definitivo para determinar qué debería ser la jurisdicción⁴⁴, todavía lo será menos la revocabilidad, por cuanto se constata actividad jurisdiccional con este último carácter por mucho que sea excepcionalmente. Y es que el hecho de que

⁴² De interés igualmente es que el Ayuntamiento de Orihuela, la Diputación de Alicante y, por último, el 5 de marzo de 2014, el Pleno de *Les Corts valencianes*, por unanimidad de todos los grupos, han reconocido el derecho histórico del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela para ser considerado tribunal tradicional y consuetudinario y, por tanto, adquiera la categoría de órgano jurisdiccional. Por ello, *Les Corts* instaron al *Consell* de la Generalitat Valenciana para que se dirija al gobierno español y recabe la presentación de un proyecto de ley de modificación de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, solicitando al Congreso y al Senado su apoyo al mismo.

⁴³ Como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 177/2003, de 30 de mayo, “desde el 16 de mayo de 1999, fecha en que entró en vigor la Ley 13/1999 citada, los actos que emanan del Consejo de Hombres Buenos, y que sean dictados en ejercicio de las competencias que le atribuyen las *Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia*, no pueden ser revisados en vía jurisdiccional (...) no nos encontramos ante un acto administrativo dictado por un órgano administrativo; se trata, como pone de manifiesto la sentencia apelada, de auténticos fallos dictados por un Tribunal que tiene jurisdicción propia, que ha sido reconocido por una Ley Orgánica”.

⁴⁴ Además, podría conducir a admitir la arbitrariedad de negar al legislador cualquier condicionamiento constitucional para establecer los casos en que la jurisdicción ha de conocer *ab initio*. Por ello, ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 125-6, estima que la determinación de en qué consiste la potestad jurisdiccional debe tener en consideración el conjunto del texto constitucional y el contexto de la tradición jurídica en el que se inserta, sin que la irrevocabilidad tenga relevancia exclusiva en esta determinación.

determinados procedimientos como los que nos ocupan carezcan de eficacia de cosa juzgada y, por ello, sean esencialmente revocables, no excluye que supongan una actividad propia de la jurisdicción. Por ello, dada la debilidad de este criterio, se hace preciso buscar otros elementos de delimitación más sólidos. Y como la naturaleza del derecho aplicado (penal, derechos fundamentales, etc.) no es de los que determinan necesariamente la actuación jurisdiccional, se impone comprobar si la decisión se adopta mediante heterotutela o si la actuación se produce con desinterés objetivo.

Dado que los créditos que pueden ser objeto del monitorio notarial o del procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC son de naturaleza civil y mercantil, sin perjuicio de las excluidas⁴⁵, y por tanto, de naturaleza jurídico-privada, difícilmente se dirigirá a proteger intereses generales ni, derivadamente, consistirá en autotutela administrativa. En principio, en tal caso, la actividad de aplicación del derecho en este ámbito conduciría a una actuación con desinterés objetivo o mediante heterotutela⁴⁶ y, en consecuencia, se tratará de potestad reservada a jueces y magistrados exclusivamente en virtud del art. 117.3 de la CE. Sin embargo, los intereses generales parece que son como el universo porque se expanden tanto que en ocasiones llegan a solaparse con otros intereses privados. De ese modo, derecho privado y autotutela administrativa no resultan necesariamente incompatibles. Empero, la aplicación del derecho objetivo al caso concreto por letrado de la administración de justicia y por notario no queda amparada por este solapamiento, de modo que su actividad en el procedimiento monitorio debería quedar reservada a la jurisdicción.

⁴⁵ Cuando la deuda se funde “en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario”; “las basadas en el art. 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal”, o entre comunidades de propietarios frente a los correspondientes propietarios o viceversa, siempre que se funden en el citado precepto; las deudas de alimentos “en las que estén interesados menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, ni las que recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a autorización judicial”; y cuando esté concernida una administración pública.

⁴⁶ Dado que el mero hecho de juzgar implica per se que deba ser un tercero quien realice tal actividad, precisamente se acude al desinterés objetivo o “heterotutela” para identificar la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho...*, pgs. 344, 347 y 349; GÓMEZ, E. y HERCE, V. *Derecho procesal civil...*, pgs. 49-53; DE LA OLIVA, A. y otros. *Derecho Procesal, I...*, pg. 26; y, ORTELLS, M. “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española”, *Anuario de la...*, pg. 417.

Asimismo, la función meramente colaboradora, que podría estar justificando la atribución competencial al fedatario judicial en el monitorio de los arts. 812 a 818 de la LEC, tampoco concurre a la que le corresponde en el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC, ni, todavía menos, a la que se atribuye al notario. Circunstancia que, una vez más, favorece la consideración de que esta atribución de competencias se sitúa más allá del límite tolerable. A pesar de ello, el “pequeño” paso que se dio para otorgar competencias al “letrado-secretario” en la gestión del monitorio judicial de los arts. 818 a 819, parece que ha servido de excusa o justificación para dar el gran salto de darle ese poder sin control alguno judicial, así como, aún más, a otro fedatario, en este caso ni siquiera integrante del juzgado, sin control ni supervisión judicial inmediata al menos, y con la mala excusa de que del mismo no se derivan efectos de cosa juzgada ni título ejecutivo judicial sino extrajudicial. Dicho en términos más gráficos, se permitió que el legislador apoderara al letrado-secretario en el monitorio ordinario – técnico, cualificado y jefe de la oficina judicial, pero funcionario y no titular de potestad jurisdiccional –, y a partir de esto ahora aprovecha para ir más allá, atribuyendo la competencia para un procedimiento sin control alguno judicial, así como también a un notario la gestión del procedimiento monitorio. Queda poco pues para que empiece a creerse que quienes no son jueces y magistrados son idóneos también para satisfacer el derecho a la tutela “judicial” efectiva⁴⁷.

Por último, la actividad del secretario judicial y del notario va más allá de la de meros fedatarios. Ante notario podrá ciertamente ser constituido un título ejecutivo extrajudicial, mediante la constatación expresa de la voluntad conforme de las partes. Pero algo muy diferente es que un título de ejecución derive de un procedimiento equivalente a otro jurisdiccional en el que, previa la valoración de documentos sobre aspectos subjetivos y sobre la suficiencia de la deuda, pueda “crear” un título ejecutivo sin que conste esa voluntad expresa de ambas partes.

2.4.3. Sobre la posible inconstitucionalidad del apoderamiento a secretario judicial y a notario

Tildar cualquier norma o regulación como inconstitucional tiene patentes peligros en la medida en que, por último, lo inconstitucional más bien podría

⁴⁷ Así, MEJÍAS, J. F. *Mediación como forma...*

ser el incompleto o erróneo entendimiento de la norma o de la regulación por parte del intérprete⁴⁸. Sin duda, se impone una actitud de prudencia, moderación y rigor⁴⁹. Sin embargo, con toda la prevención posible, con lo ya expuesto, considero que concurren razones suficientemente serias como para afirmar la incompatibilidad de la competencia de estos profesionales dada la configuración constitucional de la jurisdicción, reservada como es sabido al titular de la potestad jurisdiccional. Todo ello porque usurpan funciones jurisdiccionales, con la sola pretendida justificación de una “desjudicialización” de asuntos que sirva para aliviar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales⁵⁰.

Los procedimientos en que se instrumenta la técnica monitoria implican un verdadero enjuiciamiento, valoración de actividad probatoria, fijación de hechos y aplicación sobre los mismos del derecho a los efectos de dar solución a un conflicto, concretamente referido a un crédito más o menos concreto de una persona frente a otra. La misma decisión sobre la admisión o inadmisión de la solicitud, que en mi opinión ha de ser un trámite riguroso⁵¹, es ya una clave.

⁴⁸ Con ocasión de la afirmada inconstitucionalidad del trámite de oposición tras el procedimiento monitorio judicial conforme a la reforma operada por la Ley 42/2015, sobre la necesaria prudencia y un correcto entendimiento de la norma antes de calificarla de inconstitucional, puede verse BONET, J. “Monitorio y juicio verbal para sustanciar la oposición conforme a la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, *Diario La Ley...*

⁴⁹ Especialmente cuando, en contra de lo señalado en el Informe del CGPJ de 27 de febrero de 2014 al anteproyecto de LJV ya se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad. Así, PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley...*, pg. 8, afirma que “no hay razón alguna de peso que nos lleve a considerar inadecuada la atribución de competencias al notario para la tramitación de este procedimiento de reclamación de deudas dinerarias en cuanto en ningún caso puede entenderse que los arts. 70 y 71 de la LN estén atribuyendo a los notarios competencias propias de los jueces que se incluyan dentro de la potestad jurisdiccional que tienen atribuida de forma exclusiva y excluyente en el art. 117.1 de la CE”.

⁵⁰ Así lo reconoce el mismo CGPJ, en el apartado 12 d) de su *Informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, pg. 267, cuando señala que “la encomienda proyectada presenta la evidente ventaja de tener una incidencia cierta en la deseable desjudicialización de procesos que alivien la carga de trabajo que afecta a nuestros tribunales”.

⁵¹ Será así dadas las expeditivas consecuencias que derivan del monitorio. Además, habrá de serlo por razones puramente prácticas pues, en caso de admisiones poco exigentes, al final supondría facilitar la oposición del deudor, frustrando así las expectativas generadas por el requerimiento.

En el caso del monitorio notarial, el art. 70.2.II de la LN concluye que “el notario no aceptará la solicitud si se tratara de alguna de las reclamaciones excluidas, faltara alguno de los datos o documentos anteriores o no fuera competente”, incluyendo aspectos no solamente formales sino también materiales. Por esto mismo, el notario no solamente deberá controlar que existe una solicitud de inicio de monitorio, esto es, que conste una voluntad para que se requiera, su competencia y capacidad de la parte o su integración, sino que también valorará la legitimación a partir de la documentación aportada y los requisitos de la obligación, incluida, por su importancia, que resulte indubitada.

En efecto, según el art. 70 citado, al margen de las correspondientes exclusiones que en ocasiones ya le exigirá decidir si el deudor ostenta la condición de consumidor o usuario⁵², la deuda ha de ser “dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía y origen, líquida, determinada, vencida y exigible”, encontrarse documentada y, sobre todo, a juicio del notario ser “indubitada”. De ese modo, el notario deberá controlar la concurrencia de los documentos aportados, los datos, y las consideraciones formuladas por el acreedor-peticionario. Actividad toda ella que supone valorar el material probatorio, fundamentalmente documental, y decidir resolver la atribución subjetiva del Derecho que corresponde al acreedor. Incluso en aquellos supuestos en que sea aplicable el extranjero sobre la relación material que sustente el crédito, como sea que no es previsible ni exigible que el notario conozca la regulación de todo el mundo, se presenta plausible que sea aplicable analógicamente el art. 281.2 de la LEC, por el que el derecho extranjero deba ser probado ante el mismo notario en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse para ello de cuantos medios de averiguación estime necesario para su aplicación. Con todo esto, a ver qué jurista de los de vanguardia se atreve y consigue negar que esta actividad sea estrictamente jurisdiccional.

⁵² Resalta PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley...*, pg. 10, que “va a generar un problema práctico de relevancia en cuanto no será fácil para el notario, con la documentación facilitada por el acreedor, determinar si, en efecto, el deudor ostenta la condición de consumidor o usuario”.

Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1158 del Código Civil, el notario comprobará la atribución subjetiva activa y pasiva del Derecho, igualmente derivada de la documentación aportada. Así, controlará tanto la constancia de las identidades subjetivas como el origen, naturaleza, cuantía de la deuda y del documento o documentos que constituyan el “título de la reclamación”. Una vez más, esto implica rotundamente valoración de material probatorio y decisión sobre la atribución subjetiva del Derecho. En definitiva, en palabras de ROSALES⁵³, “el notario hace algo más que lo que suele hacer habitualmente en un acta, que es dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos... emite juicios de valor y fija derechos y obligaciones”. Y esta actividad implica, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁵⁴, que el monitorio notarial resulta “más propio de la tutela judicial que de la notarial, por más que el notario merezca la máxima consideración y respeto en su función”.

Pero todavía hay más. La actividad del notario es jurisdiccional no solo por los medios, sino también por sus fines o consecuencias, pues se constituye un título ejecutivo, aunque sea extrajudicial, sin la voluntad de una de las partes. Y aunque pudiera defenderse que en tal caso concurre una cierta intención tácita – o presunta – por el deudor que tras ser requerido no hace nada, situación que muy dudosamente sería apta provocar por sí misma ninguna suerte de voluntad creadora nada menos que de un título ejecutivo, desde luego resulta patente que dicha “voluntad” no es precisamente expresa, como había sido exigible hasta la fecha.

Crear un título extrajudicial sin constancia de esta voluntad expresa, tras un juicio analítico de los documentos que permiten valorar el crédito como

⁵³ Son palabras de ROSALES, F. “Procedimiento monitorio notarial”, en <http://www.notariofranciscorosales.com>. Asimismo, con ocasión de la notificación a personas jurídicas, insiste en que “el notario el que ha de emitir juicio de quien es notoriamente la persona encargada... creo que es conveniente que el notario deje constancia en el acta de los motivos en los que se basó para emitir su juicio. Lo cierto es que la confesión es un medio de prueba, y por tanto la manifestación de la persona con la que el notario entienda la diligencia ha de ser el elemento fundamental de juicio”.

⁵⁴ FERNÁNDEZ, A. “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley...*, pg. 14.

“indubitado” y una vez comprobada la pasividad del deudor, es tanto como constituir un título ejecutivo por aplicación de la ley⁵⁵. Salvando las distancias, esta actividad notarial es idéntica a la que realiza el “letrado-secretario” bajo la supervisión y control judicial de constituir un título a través del monitorio de los arts. 812 a 818 de la LEC. En ambos casos, se está aplicando el derecho objetivo con heterotutela para la resolución de un conflicto. Por tanto, en modo alguno, el notario se limita aquí a la simple defensa de un derecho, como haría si de jurisdicción voluntaria se tratara. De ese modo, aunque el deudor no quede indefenso y pueda acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, atribuir al notario la gestión de este procedimiento, con la actividad y consecuencias que derivan, supone traspasar la frontera de lo jurisdiccional. Como agravante, se atribuye disimuladamente, pretendiendo despistar al intérprete, con el único objetivo de intentar favorecer a un concreto profesional y, en el mejor de los casos, como reconoce el punto XI del preámbulo de la LJV, para “contribuir de forma notable a una importante disminución del volumen de asuntos que ingresa anualmente en los juzgados, al constituirse como una alternativa a la reclamación de las deudas en vía judicial”.

En el caso del procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC, resultan altamente significativas las consideraciones que aporta la abogada general, Juliane KOKOTT, el 15 de septiembre de 2016; previa a la sentencia dictada por la Sala Quinta, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2017, en el asunto C-503/2015, que considera al “secretario judicial”, como “órgano jurisdiccional” aunque solo sea a los efectos de su legitimación para plantear las cuestiones prejudiciales. Argumenta, para ello, señalando que los letrados de la administración de justicia dictan resoluciones⁵⁶; las cuales tienen eficacia

⁵⁵ El título ejecutivo, aunque extrajurisdiccional, impone un deber de prestación, concretamente el pago de una cantidad, que podrá exigirse forzosamente si no hay cumplimiento voluntario y con las posibilidades de defensa algo más amplias a las que correspondería a una sentencia, pero limitadas a las establecidas en los arts. 557 a 559 y 564 de la LEC en el correspondiente proceso de ejecución que pudiera instarse.

⁵⁶ Si hay oposición, los “secretarios judiciales” dictarán decreto fijando la cantidad, pero, como afirma la abogada general, “también dictan resoluciones cuando [...], al requerir a los deudores para que satisfagan los créditos que previamente han examinado y al despachar la ejecución de los mismos por no haberse formulado oposición. Es de suponer que tales resoluciones también se dictan en forma de decreto”.

ejecutiva, sin ser susceptibles de recurso, esto es, de cosa juzgada formal aunque no material, si bien esta ineficacia “no obsta en absoluto a su carácter ejecutivo”; la eficacia ejecutiva de estas resoluciones será la propia de los títulos judiciales⁵⁷; aunque los secretarios judiciales españoles no pertenecen al Poder Judicial, sino que son funcionarios públicos al servicio del Ministerio de Justicia, desde el punto de vista de la Unión Europea, tienen la consideración de órgano jurisdiccional cuando, a los efectos del art. 267 del TFUE, ejerce funciones jurisdiccionales. Asimismo, resalta que su actuación tiene carácter legal y actividad en la que

⁵⁷ Sostiene la abogada general, al contrario de lo que entiende el gobierno español, “si se sigue cuidadosamente la cadena de remisiones de las disposiciones de la LEC que se ocupan de la ejecución (arts. 517, 556 y 557), resulta que las resoluciones de los secretarios judiciales se ejecutarán como resoluciones judiciales”. Además, argumenta que “el art. 557 de la LEC, apdo. 1, remite solo a “otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el n.º 9 del apdo. 2 del art. 517” y no a las “demás resoluciones “procesales”” que también se mencionan en la misma disposición, puesto que estas últimas se regulan en el art. 556 de la LEC, el cual, según su propio tenor, tiene por objeto precisamente la ejecución de las “resoluciones “procesales””. Y, en fin, concluye argumentando sobre esto que, “los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas de acuerdo con los arts. 34 y 35 de la LEC no están entre los “documentos con fuerza ejecutiva” a que se refiere el art. 517 de la LEC, apdo. 2, n.º 9, sino entre las “resoluciones procesales” a que se refiere la misma disposición, puesto que, de conformidad con el art. 206 de la LEC, apdo. 2, dichos decretos quedan subsumidos en el concepto de “resoluciones” del mismo órgano. Por tanto, a efectos del art. 556 de la LEC, los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas son, sin género de dudas, resoluciones “procesales”, por lo que, a la hora de proceder a su ejecución, se han de asimilar a las resoluciones judiciales”. Incluso desde una interpretación sistemática se llegaría a esta solución porque “la Ley 13/2009, que trasladó a los secretarios judiciales la competencia para conocer de la jura de cuentas, modificó también el título del art. 556 de la LEC, que antes era “Oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales” y ahora es “Oposición a la ejecución de resoluciones “procesales” o arbitrales”; por ello, tal como explica expresamente el preámbulo de la Ley 13/2009, “con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del Secretario judicial, se utiliza la expresión “resoluciones ‘procesales’”, para englobar tanto las resoluciones judiciales [...] como las del secretario judicial. Y, por último, concluye sobre esto afirmando que “estas palabras prueban la voluntad del legislador español no solo de transferir a los secretarios judiciales la competencia sobre la jura de cuentas, otrora reservada a jueces y magistrados, sino también de asegurarse de que, de acuerdo con el art. 556 de la LEC, la ejecución de las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales en dicho procedimiento deba despacharse del mismo modo que la de las resoluciones judiciales”.

aplica el derecho objetivo en el caso concreto⁵⁸; se produce con suficientes garantías de independencia⁵⁹; y tiene carácter contradictorio para resolver una controversia, con valoración de prueba y control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponibles⁶⁰. Por último, recuerda que la reforma 13/2009 se limitó a sustraer al titular de la potestad jurisdiccional la competencia del proceso de “manifestación de cuentas” atribuyéndola al secretario judicial, sin que se alterara el desarrollo del procedimiento ni la eficacia ejecutiva que derivaba del mismo⁶¹. Asimismo, entiende que el aparente carácter incidental por su dependencia de un pleito anterior que genere los créditos, como tampoco el carácter alternativo del procedimiento que corresponde a todo monitorio, impide ser contradictorio

⁵⁸ Señala la abogada general que “no existe controversia sobre el origen legal de la actividad de los secretarios judiciales y la permanencia de estos..., tampoco hay duda de que en la jura de cuentas (arts. 34 y 35 de la LEC) los secretarios judiciales aplican normas jurídicas”.

⁵⁹ Indica que “los secretarios judiciales disfrutan, tanto en relación con su estatuto como en relación con el desempeño de sus funciones en la jura de cuentas, de suficientes garantías como para considerar cumplido el criterio de la independencia..., pese a su condición de funcionarios públicos de la administración de justicia, en el desempeño de sus competencias en materia de jura de cuentas los secretarios judiciales sí son lo suficientemente independientes como para considerarlos “órganos jurisdiccionales” a los efectos del art. 267 del TFUE”.

⁶⁰ Señala sobre esto que “la jura de cuentas presenta rasgos que apuntan claramente a su carácter contradictorio. Si bien en teoría es posible que, por no formular oposición el deudor, el abogado obtenga en el procedimiento un título ejecutivo para su reclamación sin que llegue a existir debate contradictorio en cuanto al fondo, el procedimiento pasará a ser contradictorio a más tardar en el momento en que se produzca dicha oposición de la parte contraria, en la medida en que entonces el secretario judicial deberá no solo comprobar la reclamación del abogado sino también oír a este... en la jura de cuentas está evidentemente pendiente una controversia: el litigio sobre una reclamación de honorarios presunta o realmente no abonados a un abogado. Por lo tanto, mediante el despacho de la ejecución del crédito o la fijación del importe del mismo los secretarios judiciales desencadenan dicho litigio, llevando a cabo en todo caso también una valoración de la prueba y cierto control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponible”.

⁶¹ Afirma literalmente que “tampoco desvirtúa el carácter contradictorio del procedimiento la circunstancia de que la jura de cuentas fuera atribuida a los secretarios judiciales con la finalidad de descargar a los jueces y magistrados de todas aquellas tareas que no supusieran el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Tanto más cuanto que el desarrollo del propio procedimiento y el carácter ejecutivo de la resolución con que concluye no sufrieron cambios en el contexto de su atribución a los secretarios judiciales”.

cuando la competencia de los secretarios judiciales y el carácter vinculante de sus resoluciones no dependen de un acuerdo de las partes⁶². Y de particular interés, por tratarse de un elemento identificador de la jurisdicción, es que afirme rotundamente la abogada general que “la falta de fuerza de cosa juzgada material no resta carácter jurisdiccional a las resoluciones dictadas en la jura de cuentas”⁶³. Como colofón, reconoce que esta atribución competencial en su momento “suscitó un debate a escala nacional sobre la conformidad con el Estado de Derecho de la atribución de competencias cuasi judiciales a órganos dependientes de la administración de justicia”⁶⁴. Debate este cuyo fundamento desde luego se mantiene y ahora se reproduce, aunque sea indirectamente, de una forma demasiado patente como para que el legislador se mantenga impasible como hasta ahora.

En fin, si estos profesionales aplican el derecho objetivo en el caso concreto con desinterés objetivo o heterotutela, por tanto, realizan una actividad de

⁶² Insiste en que “tampoco el carácter incidental de la jura de cuentas y su dependencia de un pleito anterior son indicios de que el procedimiento, que por ello mismo es semejante a la tasación de costas que conoce bien el Tribunal de Justicia, no sea contradictorio o no sirva para zanjar un litigio pendiente... la competencia de los secretarios judiciales sobre el procedimiento no depende de un acuerdo entre las partes y que sus resoluciones son vinculantes para ellas... a la hora de considerar obligatorio este procedimiento no obsta que, para reclamar sus honorarios, los abogados puedan recurrir a otros procedimientos distintos, puesto que si deciden recurrir a esta vía especial en un asunto, los clientes se ven involucrados necesariamente en el expediente”.

⁶³ Argumenta para ello que “con independencia de que con posterioridad puedan impugnarse en un procedimiento separado, dichas resoluciones de los secretarios judiciales tienen para las partes del expediente indudablemente los mismos efectos que las resoluciones judiciales. Como no son recurribles, tienen fuerza de cosa juzgada formal y en ellas se basan, bien un requerimiento de pago al deudor, que tiene un carácter ejecutivo autónomo, bien, en su caso, la obligación para el acreedor, vinculante por sí misma, de aceptar una reducción de sus honorarios.

⁶⁴ Con todo, el debate no fue excesivamente ruidoso. Aunque centradas en las dudas de constitucionalidad, no pasaron de meras referencias y alusiones. Así, BONET, J. “Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal”, *El trabajo profesional...*, pgs. 172, afirma que la reforma “desjudicializa la materia poniéndola en exclusiva y excluyentemente en manos de los secretarios judiciales”. Cosa que, señala, “permite reflexionar sobre el contenido del art. 117.3 de la CE y la posible invasión de la función de juzgar”.

“juzgar” propia y característica de la función jurisdiccional que está o debería estar reservada exclusivamente a los jueces y magistrados según el art. 117.3 de la CE.

Ante esta invasión competencial, el TC, además de centrarse en salvaguardar el ámbito de competencia del Estado frente a los gobiernos periféricos, debería también preocuparse de la integridad de los poderes que tanto le ocupa. En algún momento deberá señalar con nitidez los límites que configuran la jurisdicción, de modo que no logren traspasarlos todos aquellos que la horadan e invaden por tantos frentes, especialmente apoderando a personas carentes de potestad jurisdiccional, por muy fedatarios y cualificados que puedan ser.

3. DOS PROPUESTAS PARA UNA TUTELA JUDICIAL ADECUADA

3.1. Para la tutela judicial de los créditos de abogado y procurador frente a sus clientes

Aunque no se han recogido las conclusiones de la abogada general en la sentencia del TJUE, concurren elementos suficientes para considerar que la actividad que desarrolla el letrado de la administración de justicia en el procedimiento de los arts. 34 y 35 de la LEC deberían ser jurisdiccionales en atención a sus características. Así, desde el punto de vista del derecho de la Unión Europea, no parece urgente el desapoderamiento, pero, tal y como se ha presentado, si lo es desde el punto de vista del derecho interno siempre que, como creemos, este alto funcionario esté invadiendo funciones que deberían ser jurisdiccionales. Y, de ser así, no solamente procede – si es – que ha de subsistir, que se recupere por la jurisdicción, y además, que igualmente el control de abusividad debería entonces corresponder al mismo juez competente para conocer.

Para la recuperación de la integridad de la jurisdicción es necesario que se desapodere al jefe de la oficina judicial de estas competencias. Esto puede alcanzarse básicamente por tres caminos:

1. Volver a la situación anterior a la Ley 13/2009. Antes de ella, competente era el titular de la potestad jurisdiccional. No había dudas de constitucionalidad por esta causa y, además, le correspondería el

control de las cláusulas abusivas al crear el título en lugar del momento de la ejecución.

Convendría, no obstante, mantener las mejoras introducidas por la Ley 42/2015 (entre otras cosas, coherencia en materia de legitimación y solución a ciertas polémicas como dejar sentado que la cuenta del procurador no es impugnable por excesiva). Mejoras a las que solamente faltaría añadir en la futura reforma, que el control de admisión no solamente procede cuando reclame el procurador, tal y como establece el art. 34.2 de la LEC, sino que del mismo modo deberá procederse cuando reclama el abogado, para lo que deberá incluirse en el art. 35 de la LEC una previsión expresa sobre el particular, o al menos la correspondiente remisión al precepto precedente.

2. Mantener la intervención del letrado de la administración de justicia de modo similar a lo señalado en el art. 815.4 de la LEC. Esto implicaría dejar en manos del secretario judicial la “gestión” del procedimiento, pero en colaboración con el titular de potestad jurisdiccional, encargado de ejercer discretamente control y supervisión. Básicamente, partiendo de la dación de cuenta al juez para apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula según el modelo del art. 815.4 de la LEC, en la hipótesis improbable que el documento no constituyera un principio de prueba del derecho del peticionario (p.e., al no ofrecerse la manifestación formal), el letrado-secretario “dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial” (de modo similar a lo previsto en el art. 815.1 de la LEC). Y además, aunque esta cuestión trasciende de las exigencias del derecho de la unión puesto que se orienta exclusivamente al respeto de la actual configuración constitucional, la oposición debería ser decidida judicialmente, con efecto de cosa juzgada o no, en el procedimiento especial para tal fin como el que se regula – incluidas las correspondientes remisiones a las normas sobre tasación de costas –, en los arts. 34 y 35 de la LEC, en una versión adaptada de lo previsto en el art. 818 de la misma.
3. Derogación del procedimiento especial de los arts. 34 y 35 de la LEC, en su caso, introduciendo especialidades a los arts. 812 a 818. Semejante

a lo anterior, se alcanzaría en cambio a través de otra estrategia sistemática: en lugar de llevar la estructura el procedimiento monitorio a la regulación específica de los repetidos arts. 34 y 35, se trataría de lo contrario, de llevar las especialidades que se consideran necesarias a la regulación general del monitorio.

De ese modo se desterraría toda duda de constitucionalidad, así como también cualquier cuestión relativa a la adecuación al derecho de la Unión Europea. Y, si se considera conveniente, como parece, podrían mantenerse las correspondientes especialidades para esta materia cuando se instrumente el procedimiento monitorio, sea en esos mismos preceptos o sea llevándolas al articulado de los arts. 812 a 818 de la LEC⁶⁵.

3.2. Para un procedimiento notarial respetuoso con la jurisdicción

El monitorio notarial se introduce, en palabras de SEOANE⁶⁶, “para favorecer económicamente a determinados profesionales”, e igualmente, parece que trata de fortalecer, a base de introducir alternativas⁶⁷, la tutela del crédito basado en

⁶⁵ Entre estas especialidades al menos se encontraría: la norma de competencia funcional al secretario judicial del lugar en que “el asunto radicare”; la concreción del documento que contiene el crédito (minuta o cuenta detalladas); la necesidad de manifestar (formalmente) que el crédito reclamado es debido y no ha sido satisfecho; la extensión de la legitimación – y la posibilidad de “beneficiarse” de las especialidades – a favor de los herederos del abogado y procurador; la reducción del plazo otorgado a la mitad, a diez días; la adecuación por la materia a un procedimiento especial para sustanciar la oposición con independencia de la cuantía, tal y como se prevé en la actualidad en los arts. 34.2.II y 35.2.II y III de la LEC, si bien resolviéndose de forma motivada mediante la correspondiente resolución judicial.

⁶⁶ SEOANE, J. “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley...*, pg. 1.

⁶⁷ Además del juicio común adecuado por la cuantía conforme a los arts. 249.2 y 250.2 de la LEC, el acreedor cuenta alternativamente con el monitorio de los arts. 812 a 818, incluidas en su caso las especialidades del artículo 21 de la *Ley de Propiedad Horizontal*; el juicio cambiario cuando se reclame un crédito documentado en letra de cambio, pagaré o cheque conforme a la Ley 19/1985, de 16 de julio; en su caso, el monitorio europeo para créditos transfronterizos previsto en el Reglamento (CE) 1896/2006; el procedimiento regulado en el Reglamento (CE) 861/2007 proceso europeo de escasa cuantía, así como también, cómo no, con todas las alternativas no jurisdiccionales para la resolución de conflictos: conciliación, mediación y arbitraje.

ciertas obligaciones de carácter civil y mercantil. Sin embargo, con independencia de esto y de los variados problemas prácticos que pueda presentar la aplicación de los arts. 70 y 71 de la LN por sus deficiencias y carencias⁶⁸, lo más relevante con diferencia es que la atribución competencial del monitorio a favor de notario supone el último instrumento “perforador” o “reductor” del ámbito de la jurisdicción, invadiendo su ámbito. No ha de sorprender que la misma existencia y subsistencia de este procedimiento se presente ciertamente controvertida desde su concepción.

Es cierto que la importancia de este problema, y, por ende, su efecto minador, se palía desde un punto de vista práctico debido a la debilidad del monitorio notarial⁶⁹. Pero esto no empece para que en todo caso suponga un nuevo intento de reducir el ámbito propio de la jurisdicción, atribuyendo a este profesional una actividad propiamente jurisdiccional. Y ante ello, resulta urgente la derogación, o cuanto menos la reforma, de los tan repetidos arts. 70 y 71 de la LN.

No hay inconveniente en que el notario realice actas de notificación y requerimiento de deudas. De hecho, como se ha señalado, los arts. 202 a 206 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el reglamento de la organización y régimen del notariado, así lo vienen autorizando desde hace bastante tiempo. Igualmente, el hecho de que se constituya un título ejecutivo extrajudicial ante notario es algo que cuenta con una dilatada tradición. Ahí tenemos al art. 517, 4.º de la LEC 1/2000, y su precedente art. 1429 de 1881, referido a escrituras públicas con los correspondientes requisitos como título que permite abrir la ejecución. El problema relevante es que ahora el título extrajudicial de ejecución se constituya sin que conste la voluntad, al menos expresa, del requerido, y tras una valoración de aspectos tales como el carácter “indubitado” de los documentos aportados.

⁶⁸ Véase BONET, J. “La reclamación de créditos a través del procedimiento de los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado”, *Diario La Ley*...

⁶⁹ Resulta patente que el deudor puede ponerle fin con sorprendente facilidad nada más que con la sola oposición, sin que la misma necesariamente tengan soporte legal, correspondencia con la realidad, ni derive de la misma sanción alguna por la eventual temeridad o falta de sustento o de veracidad. Y es que, conforme al art. 71.II.1 *in fine* de la LN, la oposición supondrá que “una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial”.

Toda la problemática se obviaría en este punto simplemente con que la falta de voluntad expresa del deudor requerido para constituir el título ejecutivo extrajudicial implicara, como ocurre con la oposición, la finalización del monitorio. Esto permitiría respetar tanto el ámbito competencial del notariado como, sobre todo, la integridad del ámbito de la jurisdicción. Más concretamente, podría superarse el déficit constitucional si se sustituyera la expresión del art. 71.3.II de la LN, según la cual: “el acta será documento que llevara aparejada ejecución a los efectos del n.º 9 del apdo. 2 del art. 517 de la LEC. Dicha ejecución se tramitará conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales”, por la siguiente o equivalente: “se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial”. De ese modo quedaría intacta la integridad de la potestad jurisdiccional en el procedimiento de los arts. 70 y 71 de la LN, y salvadas sus dudas de constitucionalidad. El único problema es que de este modo el procedimiento para la reclamación de deudas dinerarias no contra dichas a través de notario dejaría de ser así un verdadero procedimiento monitorio.

4. FUENTES

ALVARADO, A. “La conciliación”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. España: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989.

ÁLVAREZ, G. S. “Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en argentina”, en VARGAS, J. E. y GORJÓN, F. J. (coords.). *Arbitraje y mediación en las Américas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de las Américas, 2006.

ASENCIO, J. M. “El proceso monitorio”, *Derecho Procesal Civil. Parte Segunda*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

AVILÉS, M. “La conciliación civil preprocesal”, original: http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/conciliacion_preprocesal.pdf.

BANACLOCHE, J. *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: La Ley, 2015.

BELLIDO, R. *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*. Granada: Comares, 1998.

BONET, A. “La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*. España: IUSTEL, n.º 24, 2011.

BONET, J.

- “Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal”, en BLASCO, Á. (coord.). *El trabajo profesional de los abogados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- “El abogado ante el procedimiento de mediación. De espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*. España: Colegio de Abogados de la Región de Murcia, n.º 47, 2013.

- *Los procedimientos monitorios civiles en el derecho español*. Cizur Menor, España: Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.
- “Monitorio y juicio verbal para sustanciar la oposición conforme a la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, *Diario La Ley*, 2016.
- “La reclamación de créditos a través del procedimiento de los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado”, *Diario La Ley*, n.º 8921, 2017.

CASADO, E. P. “Sobre el novedoso Juicio Monitorio Notarial”, *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014.

CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal*. Madrid: Reus, 1922. T. I. Trad. José Casáis y Santalo.

Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). *Informe de 27 de febrero de 2014 al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*. 2014.

CORREA, J. P. “El proceso monitorio”, en CUEVILLAS, J. A. *Instituciones del nuevo proceso civil*. Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000.

DE LA OLIVA, A. y otros. *Derecho Procesal*, I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L. M. “La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos”, *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.º 3, 1997.

DORADO, A. “El arbitraje y la mediación en España”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.

FERNÁNDEZ, A. “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley*, n.º 8273, 2014.

GIMENO, V. y MORENILLA, P. *Derecho Procesal Civil*. España: Colex, 2007. 2.^a e.

GÓMEZ, J. L. “El proceso monitorio”, en MONTERO, J.; MONTÓN, A. y BARONA, S. *Derecho Jurisdiccional, II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GÓMEZ, L. “La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español”, *Actualidad Civil*, n.º 38, 1999.

GUTIÉRREZ, E. “Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España”, *Revista de Derecho Procesal*. España: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), 1972.

GÓMEZ, E. y HERCE, V. *Derecho procesal civil*. España: Editorial Madrid, 1976. Vol. I.

GUTIÉRREZ, M. R. “La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, n.º 7871, 2012.

HERRERO, J. F.

- “La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2010.
- *Lo jurisdiccional en entredicho*. Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

HINOJOSA, R. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal*. España: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), n.º 1 a 3, 2001.

LIÉBANA, J. R. y PÉREZ, S. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*. Cizur Menor, España: Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

LÓPEZ, F. J. “Jueces de Paz. Competencia”, *Ponencia Jornada Jueces de Paz*, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial.

LÓPEZ, J. “Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario”, *Estudios jurídicos. Cuerpos de secretarios judiciales*. Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de la Justicia, n.º 7, 2001.

MEJÍAS, J. F. *Mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho, 2009.

MONTERO, J. “La conciliación preventiva en el proceso civil. (notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)”, *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Col·legi d'Advocats de Barcelona, n.º 4, 1971.

MONTES, A. “Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 10, 1986.

ORTELLS, M.

- “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 5, 1984.
- “La potestad jurisdiccional”, *Introducción al Derecho Procesal*. Cizur Menor, España: Thomson-Reuters Aranzadi, 2016.

ORTIZ-PRADILLO, J. C., “Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal”, *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. España: Universidad de Castilla-La Mancha: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, n.º 16, 2011.

PÉREZ, J. B. “La situación actual de la mediación en México”, en VARGAS, J. E. y GORJÓN, F. J. (coords.). *Arbitraje y mediación en las Américas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de las Américas, 2006.

PILLADO, E. “Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas”, *Diario La Ley*, n.º 8782, 2016.

RIEGER, G. *La McDonalización de la sociedad: un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Barcelona: Ariel, 1996. Trad. Ignacio Hierro y Ricard Hierro.

ROBLES, J. A. “Los procesos especiales. El proceso monitorio”, en CABAÑAS, J. C. (coord.). *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Trivium, 2000.

SEOANE, J. “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, n.º 8184, 2013.

TOMÉ, J. A. “El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal*. España: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (RIDP), 2000.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR COMPENSACIÓN: UNA FUTURA REGULACIÓN EUROPEA DE EVIDENTE ORIGEN ROMANO

ALFONSO MURILLO VILLAR

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
DE LA UNIVERSIDAD DE BURGOS-ESPAÑA

Índice: 1. Introducción. 2. Principios generales de la *compensatio* en el ordenamiento jurídico romano. 3. La Unión Europea necesita unificar su ordenamiento jurídico. 4. La compensación en los principales proyectos de unificación del derecho común europeo. 5. Análisis comparativo: 5.1. Concepto. 5.2. Requisitos. 5.3. Notificación a la otra parte. 5.4. Liquidez del crédito. 5.5. Efectos. 5.6. Clases. 5.7. Compensación en moneda extranjera. 5.8. Exclusión del derecho de compensación. 6. Compensación en supuestos de pluralidad de créditos y deudas. 7. Conclusiones. 8. Fuentes.

Resumen: Desde la antigüedad romana, la *compensatio* ha sido un modo de extinción de las obligaciones que ha llegado hasta las modernas codificaciones, y que actualmente se halla regulada en los diferentes proyectos de futura unificación del derecho privado europeo. En este estudio se realiza un análisis comparativo entre el régimen jurídico romano y las modernas propuestas de un régimen jurídico futuro. Se revisan coincidencias y diferencias entre el pasado, recogido en el ordenamiento jurídico romano, y el futuro, en los cuatro proyectos de derecho internacional que se comparan: *Principios Unidroit*, *Principios de Derecho Contractual Europeo* (PECL), *Código Europeo de Contratos* (Código de Pavía) y *Proyecto Marco Común de Referencia* (DCFR). Se ha usado una metodología comparativa sencilla, y muy clarificadora, centrada en el concepto, clases, requisitos y efectos de la compensación. Del estudio se colige, a la vista de lo establecido en las modernas propuestas *de lege ferenda*, que se ha innovado muy poco desde que Justiniano en el *Corpus Iuris Civilis* presentara la compensación como un modo general extintivo de las obligaciones.

1.- INTRODUCCIÓN

Desde el derecho romano, se entiende por modos de extinción de la obligación todos aquellos hechos jurídicos que destruyen la relación obligatoria que existe entre el acreedor y el deudor, eliminando, por tanto, el derecho de crédito del primero y la necesidad a realizar la prestación del segundo. Las relaciones obligatorias podían extinguirse *ipso iure* y *ope exceptionis*. En el caso uno, la obligación desaparecía de raíz, totalmente, de tal suerte que con posterioridad no era posible una nueva reclamación de la misma por vía judicial; para el caso dos, quedaba simplemente paralizada, ya que el pretor solamente gozaba de poderes para proteger o sostener los derechos deducidos en juicio. Esta oposición entre la extinción de las obligaciones *ipso iure* y *ope exceptionis*, como privación de efectos a la acción del acreedor, coincidía, básicamente, con la dualidad de causas extintivas civiles y pretorias, aunque sería más exacto hablar de modos de extinción directa de la relación sustancial de la obligación y modos de extinción por vía judicial.

Entre los modos de extinción *ope exceptionis*, encontramos la *compensatio*, que MODESTINO (D.16.2.1 (6 *Pand.*) la definió como *debiti et crediti inter se contributio*. Es decir, consiste en la cancelación de obligaciones existentes alternativamente entre dos personas, mediante una imputación recíproca de los créditos a los débitos. La *compensatio* no pudo ser considerada por los juristas clásicos como un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones, en cuanto que la simultánea reciprocidad de créditos y deudas entre los mismos sujetos no incidía directamente sobre la relación obligatoria, pero el juez la tenía en cuenta en determinados juicios para establecer el importe de la *condemnatio*, o bien, debía ser realizada en algunos casos por el reclamante a fin de reducir el importe de la propia demanda judicial. Pues bien, ello contrasta de modo palmario tanto con el derecho común como con el instituto de la compensación moderna, en donde tiene lugar tan pronto se enfrentan dos créditos compensables¹. Es decir, la compensación extingue las obligaciones hasta la cantidad concurrente, que coincide con la cuantía de la deuda menor, como un mecanismo de simplificación y de economía procesal. El derecho romano estimó la compensación siempre como un fenómeno procesal

¹ Vid. PÉREZ, M. P. “La naturaleza jurídica de la compensación. Su evolución histórica”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en...*, pgs. 2511-2528.

que se fue imponiendo por necesidades económicas, hasta tal punto, que evitaba una doble transmisión de bienes, que en ocasiones podía resultar peligrosa, cuando no gravosa y complicada.

Por lo tanto, la compensación es cómoda, muy útil y aumenta la seguridad, de ahí que se introdujera lentamente en el derecho romano², amén de la mayor agilidad que proporciona a las relaciones jurídicas. Es más, el desarrollo de esta en derecho romano está ligado a la evolución del procedimiento³. Por ello, no pudo tener lugar en el antiguo procedimiento de las *legis actiones*, porque la *compensatio*, en origen, estuvo vinculada a la estructura de la fórmula. En el procedimiento de las *legis actiones* no existían las *exceptiones*, por lo tanto, el único tipo de compensación posible era el convencional. Esto explica por qué tanto las Instituciones de Gayo (4.61 ss.) como las de Justiniano (4.6.30) tratan la *compensatio* al referirse a la fórmula procesal de las acciones de buena fe y no entre las causas de extinción de las obligaciones⁴. Además, aunque las circunstancias fueran propicias para el ejercicio de una, ello no impedía que los créditos mantuviesen su existencia y pudieran ser satisfechos de forma independiente, pero se estaría ante un intento de cobro contrario a la equidad, pues se actuaría con dolo, como recuerda PAULO, D. 44.4.8 (6 *ad Plaut.*), (igual en D.50.17.173.3).- *Dolo facit qui petit quod redditurus est*. Por ello es mejor, como entiende POMPONIO, D.16.2.3 (25 *ad Sab.*), que la compensación sea necesaria porque importa más no pagar que tener que reclamar lo pagado.

2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA COMPENSATIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

Se soslaya en el trabajo la compensación en el derecho clásico⁵, fuertemente mediatizada por el sistema procesal en uso, el procedimiento *per formulas*, ya que el ejercicio de cada *actio* tendía a la exigibilidad de cada crédito con independencia de los demás. No obstante, en época clásica hubo casos de *compensatio*, con

² OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J. *Derecho romano y...*, pgs. 375 y ss.

³ PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 9 y ss.

⁴ Vid. SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pgs. 5 y ss.

⁵ Para ello vid., con un vastísimo recopilatorio bibliográfico a PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. XXXIII-LXXX.

características bien diferentes, que llevaban a efecto la reducción de las obligaciones mediante la sentencia del juez; dichos casos fueron, esencialmente, en los *bonae fidei iudiciae*⁶; en los créditos de los banqueros (*argentarii*)⁷; en los créditos del *bonorum emptor*⁸ en relación con quienes a su vez eran deudores y acreedores del insolvente; e incluso es posible que la compensación también se produjese en algunos casos de *iudicia stricti iuris*⁹, mediante la interposición de la *exceptio doli*.

Por el contrario, en el derecho postclásico, al generalizarse el uso del procedimiento *extra ordinem*, aquella se vio favorecida, ya que el juez podía apreciar con mayor libertad las alegaciones que hiciese el demandado, sin estar sometido a las ataduras que le imponía el procedimiento formulario en la fijación de la condena. La aplicación exclusiva del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, facilitó el nacimiento de un sistema general y único de compensación. De ahí que, en el *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO, se presente como un modo general extintivo de las obligaciones.

Sobre dos textos justinianos, cuya transcripción hace a continuación, descansan todos los principios generales sobre los que se sustenta la actual regulación de la compensación. Un brillante trabajo sobre dicha evolución puede verse en PICHONNAZ, quien realiza un magnífico estudio desde Roma hasta la actualidad. Como continuación, esta investigación se centra en el estudio de aquellos proyectos de futuro que, por la fecha de publicación de su obra, aún no pudo recoger en su totalidad el autor suizo¹⁰. Los textos, del año 531, C.4.31.14 y del año 533, I.4.6.30 *in fine*, resumen perfectamente los requisitos principales que Justiniano quiso mantener y que posteriormente se han perpetuado.

⁶ Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 31 y ss.

⁷ Vid. CERAMI, P. *et al. Diritto commerciale romano...*, pgs. 186 y ss., y 208 y ss.; PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 127 y ss.; y SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pgs. 31 y ss.

⁸ Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 96 y ss.; y, SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pgs. 65 y ss.

⁹ Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 168 y ss.

¹⁰ Sin embargo, analiza la solución elegida en *The principles of European Contract Law*. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 601 y ss.

C.4.31.14.- *Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. § pr. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. §1. Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratorius ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. §2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur (a. 531).*

I.4.6.30 *in fine.*- *Sed nostra constitutio (C.4.31.14) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.*

La compensación, dice el emperador, tendrá lugar *ex omnibus actionibus ipso iure*¹¹. Parece, sin embargo, que la doctrina no deduce de esta afirmación que la extinción fuera automática al margen de la realidad procesal¹², requiriéndose siempre una sentencia judicial. Por consiguiente, además del acuerdo entre las partes – compensación convencional – el único autorizado para proceder es el juez. El derecho justiniano es el punto final en el que el régimen de ella de deudas está definitivamente unificado, generalizado y es muy fácil de utilizar. Su efecto más importante es la extinción de las deudas entre las partes. Parafraseando a PICHONNAZ, se puede afirmar que el derecho de compensación en época

¹¹ Acerca de la expresión *ipso iure* que aparece tanto en C.4.31.14 *pr.*, como en D.16.2.4; D.16.2.10 *pr.*, y D.16.2.21 ha habido gran polémica interpretativa doctrinal. Lo cierto es que se duda si Justiniano introdujo la compensación automática o si ordenó a los jueces que la admitieran. Vid., entre otros, HERNÁNDEZ, F. “Extinción de la obligaciones”, en AA.VV. *Derecho romano de...*, pgs. 210 y ss.; BIONDI, B. “s.v. compensazione”..., pgs. 721 y ss.; ASTUTI, G. “S.v. compensazione” *Enciclopedia del Diritto...*, pgs. 9 y ss.; y SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pgs. 147 y ss.

¹² Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 260 y ss.

justiniana constituye un sistema de extinción de créditos bien equilibrado, que evita los abusos y da al juez un poder de apreciación indispensable que facilita el uso de dicha figura de forma cotidiana¹³. El juez no disponía de libertad para admitir o rechazar compensaciones; tenía que aceptar siempre aquellas que estuvieran sujetas al límite fijo de la causa líquida: si causa *ex qua compensatur liquida sit* (C.4.31.14). Es decir, cuando se exige que las deudas compensables sean líquidas se quiere decir que su existencia y su extensión puedan ser fácilmente verificables por el juez (*non multis ambagibus innodata*), para que no se retrase excesivamente el proceso¹⁴.

JUSTINIANO, por tanto, significó una fase nueva en la historia de la compensación. Se produjo una generalización del instituto aplicable con cualquier tipo de acciones, tanto *in rem* como *in personam*. La compensación fue regulada de forma unitaria, como puede verse en D.16.2 “*de compensationibus*” y C.4.31 “*de compensationibus*”. Del conjunto de lo establecido en el *Digesto*, Código e Instituciones (I.4.6.30) se infiere, con independencia de las discusiones puntuales de la doctrina, lo siguiente: para que pueda producirse la compensación, las obligaciones de las partes deben ser recíprocas (C.4.31.8 y 9) y del mismo género (PS 2.12.2), con la excepción de la compensación que pueda efectuar el fiador (D.16.2.5 (*Gai. 9 ad ed. prov.*)); que los créditos recíprocos sean vencidos y, por lo tanto, exigibles (D.16.2.7 pr. (*Ulp. 28 ad ed.*)); que no estén entre los supuestos de excepción (D.16.2.15 (*Iav. 15 ex. Cass.*)); también se admitió la posibilidad de compensar créditos naturales (D.16.2.6 (*Ulp. 30 ad Sab.*)); que la compensación se cumpla incluso sometida a ciertas condiciones, por ejemplo, que sea en el lugar convenido (D.16.2.15 (*Iav. 2 epist.*)). También se establecieron sus excepciones en algunos supuestos muy concretos. Así, no podía ser opuesta por el depositario (C.4.31.14.1 *in fine*; C.4.34.11; I.4.6.30); no se podía oponer por quien poseía violentamente cosas de otro contra el verdadero propietario que pretendía la restitución (C.4.31.14.2); también estaba excluida en casos de comodato (C.4.23.4). Respecto de los efectos de la compensación, coincide la doctrina, a partir de la interpretación de las fuentes, en que debe comenzar desde que se produce la coexistencia de créditos y débitos recíprocos. Ello no significa que tenga que tener necesariamente un efecto retroactivo general, pero sí determina

¹³ *Ibidem*, pg. 279.

¹⁴ *Ibidem*, pgs. 261 y ss.

el cese de la producción de intereses (Vid. D.16.2.10.1; D.16.2.11; D.40.12.20.3 y, también, D.50.17.66), cuestión que afecta tanto a los particulares (D.16.2.11), como a las reclamaciones del fisco (D.16.2.12; D.16.2.24; y C.4.31.1).

3. LA UNIÓN EUROPEA NECESITA UNIFICAR SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

El propósito de esta publicación, como se ha apuntado, no es profundizar en la evolución de la compensación desde que Justiniano la fijara definitivamente en su obra, *Codex e Instituta*, fundamentalmente, hasta llegar a las modernas codificaciones, lo cual puede verse en la obra de PICHONNAZ, así como un compendio de la actual regulación, en diferentes ordenamientos jurídicos europeos, en la obra colectiva dirigida por LUCHETTI y PETRUCCI¹⁵. El objetivo es indagar en varios proyectos internacionales elaborados en los últimos decenios, cuyo fin común es dotar básicamente a Europa de un cuerpo legislativo único, en materia de obligaciones y contratos, al objeto de facilitar las relaciones comerciales entre los diferentes países que componen la actual Unión Europea, y destacar en esos proyectos las coincidencias y diferencias con lo que en su día estableció el emperador romano Justiniano.

Actualmente, por desgracia, pocos son los europeos que se sienten ciudadanos de la Unión con la misma normalidad, al menos, con que lo experimentan de su ciudadanía nacional. Esta desafección supone un riesgo evidente para la construcción europea, pues pone en peligro tanto su porvenir como su propia supervivencia como proyecto político. En estos momentos, carece, en propiedad y exclusividad, de ciertos elementos imprescindibles para ser un Estado¹⁶: soberanía, diplomacia, defensa, capacidad de decisión, y, muy especialmente, de un ordenamiento jurídico unitario que evite la diversidad legislativa, punto clave en el proceso de formación de cualquier Estado.

Ahora bien, existen aspectos culturales en los que la diversidad es un punto fuerte a favor de Europa, pero en el aspecto jurídico no es lo más apropiado. La

¹⁵ MATTIOLI, F. y ANCONA, L. “Modi di estinzione delle obbligazioni”, en AA.VV. *Fondamenti di diritto...*, pgs. 491 y ss.

¹⁶ PARICIO, P. *Unión europea y...*, pgs. 47 y ss.

pluralidad de ordenamientos puede representar un obstáculo a la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, ya que genera incertidumbre acerca del derecho aplicable y, en los contratantes, dificultades para sopesar las consecuencias de sus propios actos. La Unión Europea tiene entre sus deberes, la aproximación de las legislaciones allí donde la variedad plantee obstáculos al mercado. Sin embargo, la armonización aún no ha tenido lugar, y, principalmente, en el ámbito del derecho privado, el “derecho europeo” continúa siendo una constelación de ordenamientos autónomos, coordinados según el sistema del derecho internacional privado y la cooperación judicial.

Esta circunstancia se debe a que al jurista aún se le forma en su derecho nacional, pues “no existe todavía el jurista europeo”, por ello, el derecho romano sigue siendo un importante “vínculo vivo en la formación de todos los juristas”¹⁷. Europa necesita un ordenamiento unitario, de ahí que en el campo de las obligaciones haya habido varios intentos unificadores, los cuales no han pasado de simples proyectos, pero en ellos se vislumbra el peso del derecho romano. La actual Unión Europea, necesita de un derecho supranacional que responda al movimiento de unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, sobre todo, porque el comercio internacional precisa de regulaciones únicas y comunes¹⁸. No se dispone de un derecho contractual europeo común que se aplique e intérprete de forma unitaria en todos los Estados miembros. No obstante, en tanto no se resuelva el problema, y Europa carezca de un ordenamiento común en materia contractual, podría recurrirse, si las partes están de acuerdo, a la adopción de un derecho contractual europeo opcional que las partes podrían escoger libremente¹⁹.

¹⁷ ZIMMERMANN, R. *Europa y el...*, pgs. 12 y ss., y 49.

¹⁸ Diferentes proyectos: 1. “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010”: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>; 2. “The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III) (Commission O. Lando)”: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>; 3. “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf; y 4. “Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)”, *Revista General de...*, pgs. 713-804.

¹⁹ Vid. REDING, V. “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *Revista para el...*, pgs. 1-8.

4. LA COMPENSACIÓN EN LOS PRINCIPALES PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO COMÚN EUROPEO

Comienza a ser habitual en las modernas propuestas de textos legales de armonización del derecho²⁰, que no se distingue entre contratos civiles y mercantiles. Se trata de una distinción que tiende a ser difuminada, y no solo en los códigos de países europeos en los que no se diferencia entre la materia civil y la mercantil (Suiza, Italia, Holanda), sino que incluso en los que la mantienen, lo hacen con bastantes salvedades. En España, por ejemplo, existe una tendencia generalizada a la unificación de los derechos contractual civil y mercantil, e incluso legal, y jurisprudencialmente las originales diferencias van desapareciendo²¹. Circunstancia que ya se ha producido en Argentina con la reciente unificación del derecho civil y mercantil en un único código de la nación, aprobado por Ley 26.994, y promulgado según Decreto 1795/2014, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de agosto de 2015²². No obstante, en España existen diferentes propuestas de reforma del derecho de obligaciones y contratos, que afectan a la compensación como modo de extinción de las obligaciones²³.

Para intentar profundizar en las coincidencias y diferencias entre el derecho romano y las modernas propuestas de unificación, y de estas, entre sí, es necesario centrarse en el concepto, las clases, los requisitos y los efectos. Se hace con una metodología sencilla, pero que permite alcanzar los objetivos: cómo ha sido recogido en el correspondiente proyecto y ver cómo se reguló por Justiniano. Se estudia en los principios Unidroit sobre los contratos internacionales (en

²⁰ Vid. SÁNCHEZ, S. A. *Derecho privado europeo...*, pgs. 279 y ss. Frente a la unificación en un código civil europeo: “*Nuestra obligación como juristas es dejar fluir los derechos nacionales*”, pg. 291.

²¹ VALPUESTA, E. “La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference”, en AA.VV., *Unificación del derecho...*, pg. 65.

²² Con el desarrollo económico, propio de la modernidad, la noción jurídica de comercio ha cambiado, vid. JANNARELLI, A... “La codificazione commerciale”, en AA.VV., *Tra Italia e...*, pgs. 47 y ss.; y, MASI, C. “La nuova codificazione del diritto civile e commerciale in Argentina, tra passato e futuro”, *INDEX...*, pgs. 590 y ss.

²³ Vid. SOLÉ, J. “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos”, *Revista para el...*, pgs. 1-42.

adelante, UNIDROIT)²⁴, a lo que dedica cinco artículos; en los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (en adelante, PECL, abreviatura del inglés *Principles of European Contract Law*)²⁵, dispuesto en siete artículos; en el *Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía* (en adelante, Código de Pavía)²⁶,

²⁴ Han sido elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT –, que es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica. Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales. Los principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes y, al mismo tiempo, adoptar las soluciones que mejor se ajusten a las necesidades del tráfico internacional. Vid. OVIEDO, J. “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales”: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

²⁵ La versión original de los principios es en lengua inglesa. Para su comprensión general utilizaremos la española, con el riesgo de perder matices con la traducción, que creemos no son transcendentales para nuestro objetivo en el presente texto. Los PECL son el resultado del trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas europeos de diferentes estados comunitarios desarrollados bajo el método comparativista. A comienzos de los ochenta, 1982, se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Ole LANDO, conocido como la “Comisión Lando”. Esta comisión elaboró “Los principios del Derecho Europeo de los Contratos” cuya última versión apareció en 2002. Estos principios constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa. La primera parte fue publicada en 1995, la segunda se terminó en 1996, aunque se publicó en 2000, y en 1997 comenzó la elaboración de la tercera. La relación que existe entre los PECL y los principios UNIDROIT es absolutamente evidente. Muchas de las reglas incluso tienen una redacción idéntica cuando no muy similar y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido el propio Ole LANDO, habían formado parte del grupo que redactó los principios UNIDROIT. Vid. DÍEZ, L. *et al. Los principios del...*, pg. 84.

²⁶ “La idea del Proyecto de Pavía se debe al Prof. GANDOLFI quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los tratados del mercado común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables

recogido en un artículo comprensivo de siete apartados o párrafos; y en el *Proyecto Marco Común de Referencia* (en adelante, DCFR, abreviatura del inglés *Draft Common Frame of Reference*)²⁷, para lo que utiliza ocho artículos.

Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos²⁸. La compensación se aborda en el capítulo

a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Ius commune europaeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción”. Vid. GARCÍA, G. “La traducción española de la parte general del código europeo de contratos”: www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC. También en “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia), en AA.VV. *Derecho Privado Europeo...*, pgs. 205-215.

²⁷ “El Proyecto de Marco Común de Referencia comenzó a gestarse ya en el año 1989, cuando el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código civil europeo. En el año 2009 se publicó una segunda versión del texto (la primera data de 2007). En buena medida el DCFR está basado en los principios de derecho europeo de contratos (*European Civil Code*, 2009), principios elaborados en la década de los años ochenta por un grupo de expertos bajo la coordinación del jurista danés Ole LANDO. La revisión presentada en el año 2011, llamada *Feasibility study* (estudio de viabilidad) (*European Contract Law*), representa el fundamento del trabajo para la elaboración de un futuro derecho contractual europeo. El DCFR contiene una serie de principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo que pretenden servir como preludio de un Marco Común de Referencia con respaldo político, dejando de ser un trabajo puramente académico”. Vid. GROTHE, H. “The Common Frame of Reference for European Private Law”, *Cuadernos de la...*, pgs. 29 y ss. “Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de integración normativa común de los intercambios de bienes y servicios, a partir de la “unificación” del derecho de contratos. Se ha establecido un conjunto normativo, denominado *Marco Común de Referencia*, que funciona como normas modelo, definiciones básicas y principios fundamentales, sobre la base del “acervo comunitario” y las soluciones empíricas”. Vid. OROZCO, G. y MORENO, M. A. “El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado”, *Anales de Derecho...*, pgs. 115-160.

²⁸ “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, Preámbulo

8, arts. 8.1 a 8.5²⁹. En los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL), en su capítulo 13, se regula la compensación, en un único art. 13 organizado en los párrafos 101 a 107 (arts. 13:101 – 13:107). Por el contrario, el *Código Europeo de Contratos* (Código de Pavía) contempla la compensación en el Título X: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del contrato, Sección 1.^a, Hechos extintivos y que provocan una preclusión, Sección 2.^a, Modos de extinción distintos del cumplimiento, en un artículo único, art. 132 organizado en 7 párrafos. Y, por último, el más reciente de los proyectos, el DCFR, dedica el Libro III, Capítulo 6 a la compensación, en artículo único también, pero organizado en 8 apartados o párrafos, 6:101 – 6:108. Conviene precisar que mientras los principios UNIDROIT intentan buscar soluciones a los contratos mercantiles internacionales, los PECL o el Código de Pavía, e incluso el DCFR, no se presentan como un derecho para contratos internacionales, sino más bien como una propuesta de ordenamiento para un conjunto de derechos nacionales de los países que conforman la Unión Europea, lo cual no significa que no sean también internacionales.

5. ANÁLISIS COMPARATIVO

5.1. Concepto

El ordenamiento romano, a pesar del tiempo, continúa influyendo en los proyectos de la futura armonización (unificación) del moderno derecho común europeo. Respecto del concepto, se observa que frente a la sencillez y brevedad expositiva de MODESTINO, D.16.2.1, *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, (la compensación es el balance de una deuda y un crédito entre sí), es decir, se produce cuando dos personas son recíprocamente acreedor y deudor; contrariamente, en los proyectos que se comparan, son definiciones mucho más extensas e, incluso, complejas. Como tal definición, solamente lo contempla el DCFR, art. III.- 6:101; el resto de los proyectos más bien parecen responder a qué es la compensación cuando se les formula preguntas impersonales del tenor: qué es; qué se entiende y cuándo se produce. Evitan la definición *per se*, salvo el DCFR, incluyéndola entre las condiciones o requisitos de la institución jurídica. Así:

(Propósito de los Principios)", pg. 1.

²⁹ AA.VV. "Comentarios principios Unidroit"..., pgs. 263 y ss.

UNIDROIT art. 8.1. Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”).

PECL art. 13:101. En el caso de que dos partes sean recíprocamente deudoras de obligaciones de la misma naturaleza, en que cualquiera de ellas puede compensar su deuda contra el crédito de la otra”

Código de Pavía art. 132.1. Un crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor está obligado, a su vez, a cumplir por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte”.

Código de Pavía art. 132.3.- La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones”.

DCFR art. III.- 6:101 (Definición).- La compensación es el proceso en el cual una persona puede usar el derecho al cumplimiento que se posee contra otra persona con el fin de extinguir total o parcialmente una obligación debida a esa persona.

Se observa, meridianamente, que se trata de definiciones, si así se quieren calificar, que encierran una explicación, cuando no una aclaración, para lo cual usan perífrasis descriptivas. La compensación tiene lugar habitualmente entre un deudor y un acreedor; sin embargo, el Código de Pavía (art. 132.1 *in fine*), establece una excepción, que aquella “que puede ser igualmente opuesta por un fiador, se hace en las condiciones previstas en los párrafos siguientes”, de donde se colige que puede ser opuesta por un fiador, de aquello que el acreedor debiera al deudor principal, cuando este le reclame el cumplimiento. Exactamente igual que en el ordenamiento romano, (D.16.2.5) en donde también se previó que pudiese ser efectuada por un fiador. Este planteamiento no es compartido por los PECL, ni por el DCFR, que no admiten que el fiador pueda compensar el crédito que tiene contra el acreedor, con el que tiene el acreedor contra el deudor principal³⁰. No obstante, en el mismo Código de Pavía, (art. 132.3, primera parte)

³⁰ PARRA, M^a. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho

se complementa la definición, igualmente, entre las condiciones o requisitos de validez de la institución jurídica, cuando dice que: “La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones”.

Si una definición debe ser clara, concisa y exacta, todas las expuestas coinciden en su contenido: la compensación es la extinción de la obligación entre deudas o créditos recíprocos, pero utilizan unas perífrasis, tal vez demasiado complejas, para evidenciar lo simple. La similitud entre lo dispuesto en el DCFR y en su precedente los PECL, es muy grande, y quizás sea el resultado de la evolución histórica de los diferentes modelos jurídicos europeos de compensación, pues, en opinión de BASOZABAL, ambos “equiparan la compensación a un pago por declaración con efecto *ex nunc* (desde la declaración) y sin pronunciamiento expreso sobre su potencial como garantía”³¹. Lo importante es que la compensación evita la necesidad de que cada parte cumpla por separado con sus obligaciones³². Aun con reservas, puede compartirse y extenderse a todos los proyectos, la opinión de L. Eugenio OLIVER, referida a los principios de derecho europeo de contratos, cuando afirma que en estos se introducen unas perífrasis descriptivas para definir instituciones con carga connotativa, por supuesto evitando cualquier referencia a términos de etimología latina que pudieran hacer referencia a un pasado romano, y buscando un estilo didáctico y repetitivo con estructuras gramaticales sencillas que faciliten la claridad y una pacífica interpretación³³. Lo que no obsta para que se pueda afirmar que los autores de los PECL hayan tenido en cuenta la evolución histórica de la compensación, desde el derecho romano hasta la actualidad.

contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte...*, pgs. 347, 356 y ss.

³¹ BASOZABAL, X. “Claves para entender la compensación en Europa”, en *Revista para el...*, pg. 3.

³² AA.VV. “Comentarios principios Unidroit” ..., pg. 263.

³³ EUGENIO, L. “Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado”, *Revista de Lengua...*, pg. 93.

5.2. Requisitos

La compensación desplegará todos sus efectos, siempre y cuando concurren varios requisitos. Desde que en el derecho romano se convirtiera en un modo general de extinción de las obligaciones, se hizo necesario que los requisitos quedaran establecidos de un modo preciso, y así conseguir que los efectos y los límites del instituto jurídico compensatorio fueran definitivamente ciertos y conformes a la equidad. Se estableció que el crédito fuera líquido o fácilmente transformable a dinero (C.4.31.14.1); que fuera exigible (D.16.2.7 pr. y 14), aunque no en términos absolutos, ni para todos los casos, pues se admitió alguna excepción, por ejemplo, las obligaciones naturales también eran compensables (D.16.2.6). Asimismo, se exigía la homogeneidad de las relaciones recíprocas, que fueran fungibles y de la misma especie, y que los créditos fueran fácilmente determinables. Se estableció la imposibilidad de compensar los no vencidos. Y, por supuesto, una serie de supuestos en los que la compensación estaba vetada³⁴.

A continuación, se recogen las propuestas de futuro que hacen referencia a los requisitos que debe cumplir la compensación:

UNIDROIT art. 8.1 (Condiciones de la compensación). La compensación se producirá si: (a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación; y (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

PECL art.13:101 (Requisitos de la compensación).- que la primera parte: (a) tenga derecho a realizar el cumplimiento; y (b) pueda exigir el cumplimiento de la otra parte.

Código de Pavía art. 132.2. Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, siendo igualmente líquidos y exigibles; deben además tener ambos por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad.

³⁴ Vid. SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pgs. 174 y ss.

DCFR art. III. 6:102 (Requisitos de la compensación). Cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro siempre que (a) se haya devengado el cumplimiento de la primera de las partes o, aunque no se haya devengado, la primera de las partes puede obligar a la otra a aceptar el cumplimiento; (b) se haya devengado el cumplimiento de la otra parte; y (c) cada una de las partes tenga la autorización de disponer de su derecho a efectos de la compensación.

En los principios UNIDROIT, se habla de la necesidad de la existencia de deudas recíprocas; que sean de la misma naturaleza, como se exige en el inicio del art. 8.1, concepto mucho más amplio que el de deudas fungibles. Así, el cumplimiento de obligaciones no monetarias puede ser de la misma naturaleza sin que sean fungibles. También es verdad que el que las deudas sean o no de la misma naturaleza dependerá de las prácticas comerciales o de la rama de comercio de que se trate³⁵. Según los principios UNIDROIT, nunca será posible la compensación si una de las deudas es de naturaleza personal. Junto a la certeza de la deuda de la otra parte, además, deberá ser exigible, situación que únicamente se produce cuando el deudor no dispone de ningún medio de defensa frente a la demanda de cumplimiento. Ello no obsta para afirmar que en ciertos casos la posibilidad de ejercitar el derecho de compensación dependerá de cual sea el derecho aplicable³⁶.

En los PECL, para que la compensación surta sus efectos, se requiere que ambas partes reúnan las condiciones legales previstas como para exigirse el cumplimiento recíprocamente. En el art. 13:101 se opta por una compensación por declaración, siempre que haya reciprocidad de créditos, identidad de género de estos, es decir, homogeneidad, así como que el crédito principal sea ejecutable y el contracrédito exigible. Por ello, PICHONNAZ entiende que con este tipo de compensación se obtiene la ejecución forzosa inmediata del contracrédito, de ahí que este siempre deba ser exigible³⁷. Tal vez sea el Código de Pavía quien más desarrolle los requisitos que deben cumplir las obligaciones de las partes para poderse compensar, que coexistan en la misma fecha, que sean igualmente líquidas

³⁵ AA.VV. “Comentarios principios Unidroit”..., pg. 265.

³⁶ *Ibidem*, pg. 267.

³⁷ PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 631 y ss.

y exigibles; y que ambas tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad. Estos requisitos, casualmente, coinciden con los convencionales de la institución, destacando la necesidad de la homogeneidad respecto de los créditos recíprocos a compensar³⁸. Por lo que respecta al DCFR, cualquiera de las partes podrá compensar su derecho contra el del otro, siempre que ambas partes puedan ejercerlo a efectos de compensación, y puedan exigirla a la otra parte por tratarse de una obligación vencida o que aun no habiendo vencido, se pueda obligar a la otra parte a aceptar el cumplimiento; estaríamos ante un plazo en beneficio del deudor.

5.3. Notificación a la otra parte

En los cuatro proyectos se exige como requisito inexcusable, para que la compensación surta efectos, la previa notificación. Así:

UNIDROIT art. 8.3 (Notificación de la compensación). El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

PECL art.13:104. El derecho de compensación se efectuará notificando a la otra parte.

Código de Pavía art.132.3. La compensación deberá notificarse a la otra parte.

DCFR art. III. 6:105. (Compensación por notificación). La compensación se efectuará notificando a la otra parte.

En los principios UNIDROIT, la compensación surtirá efectos previa notificación a la otra parte (arts. 8.3, 8.4 y 8.5.3). Esto nunca podrá ser condicional, se deberá realizar a través de los medios previstos y producirá efectos únicamente cuando la otra tenga constancia de la misma. Seguidamente, en el art. 8.4, se regula el contenido de la notificación. Por un lado:

³⁸ ARCE, J. “Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo”, en AA.VV., *Código Europeo de...*, pg. 532.

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere, y por otro; (2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

Se infiere, pues, que quien notifica la compensación habrá de indicar las deudas de ambas partes que se quieren someter a esta, de no hacerlo, será la parte notificada quien decida qué deuda quiere compensar, y de no hacerlo ninguna de las dos partes, en ausencia de declaración, se entiende que aquella afectará a todas las deudas existentes entre las partes de modo proporcional.

También los PECL recogen en el art. 13:104 la necesidad de la notificación de la compensación a la otra parte en los mismos términos que el DCFR art. III.- 6:105³⁹, circunstancia que, sin embargo, no excluye, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, que pueda alcanzarse por voluntad común (acuerdo) de las partes⁴⁰. Parece que la declaración establecida en los PECL, art. 13:104 en relación con el art. 13:106, indica que la misma carece de efectos retroactivos⁴¹. Igual, el DCFR. Los PECL optan por la irretroactividad: art. 13.106.- “La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación”. Ello significa que la compensación carece de efecto retroactivo, idea que carece de apoyo en las fuentes romanas. Coherentemente, con el carácter irretroactivo de la compensación, los intereses de ambas obligaciones solo se generarán hasta que se declare esta. Los autores de los PECL, en su opción por un modelo de compensación carente de todo efecto retroactivo, han tenido en cuenta que la irretroactividad carece de apoyo en un análisis correcto de las fuentes romanas⁴². Por cierto, dice PARRA LUCÁN, que la misma eficacia irretroactiva se atribuye a la declaración de compensación en

³⁹ A propósito de la regulación de las notificaciones en los PECL, art. 1:303 (Notificaciones), vid. DIEZ, L. *et al.* *Los Principios del...*, pgs. 164 y ss.

⁴⁰ MATTIOLI, F. y ANCONA, L. “Modi di estinzione delle obbligazioni”, en AA.VV., *Fondamenti di diritto...*, pg. 518.

⁴¹ PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV., *La tercera parte...*, pgs. 319, 321 y ss.

⁴² *Ibidem*, pg. 415.

el Código de Pavía.

El Código de Pavía, art. 132.3, establece, con carácter imperativo, la necesidad de notificar a la otra parte la compensación: “deberá notificarse a la otra parte”. Asimismo, establece el DCFR en su art. III.- 6:107 *in fine*, que la compensación extinguirá las obligaciones de ambas partes hasta donde sean coincidentes “desde el momento de la notificación”. Es decir, la eficacia, según el DCFR, se despliega desde el momento de su declaración, pero no antes⁴³. En definitiva, en vista de lo establecido en los cuatro proyectos de unificación, únicamente producirá efectos la compensación desde el día en que las partes hayan recibido la pertinente notificación de la misma. En ningún texto se prescribe el modo de hacerlo, todos parten del principio de libertad de forma⁴⁴. Por consiguiente, la notificación es un requisito inexcusable, para que la figura en estudio sea válida y surta sus efectos. Es decir, se huye de una de tipo automática de las obligaciones recíprocas. Con frecuencia se habla en Derecho romano justiniano de *compensatio ipso iure* y su significado. No es pacífica, doctrinalmente hablando, la interpretación que se efectúa; la frase ha sido objeto de múltiples discusiones, pues no se concilia bien la necesidad de la manifestación de la voluntad, por parte del interesado, para que se produzca aquella o la intervención del juez, con el automatismo que representa el *ipso iure*. Para BIONDI, *compensatio ipso iure* no quiere decir que operara automáticamente, *sine facto hominis*, esto sería absurdo, pues el mismo JUSTINIANO habla de *obici ed opponi compensationes*⁴⁵. Por lo tanto, también en Derecho romano jugaba un destacado papel, en el efecto compensatorio, la notificación a la parte contraria, ya fuera para alcanzar el acuerdo, ya en vía judicial.

⁴³ NANCLARES, J. “Libro III. Obligaciones y derechos”, en AA.VV. *Unificación del derecho...*, pg. 209.

⁴⁴ SOLÉ, J. “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos”, *Revista para el...*, pg. 14.

⁴⁵ BIONDI, B. “S.v. compensazione” *Novissimo digesto italiano...*, pg. 721.

5.4. Liquidez del crédito

Como continuación de lo anterior, en varios de los proyectos se establece otro supuesto que bien pudiera calificarse de requisito. Se trata de la necesidad de que los derechos o créditos de ambas partes no sean indeterminados, inciertos; es decir, se está abordando el problema de la liquidez del crédito. Circunstancia que ya fue exigida en derecho romano, recogida en C.4.31.14.1 y en I.4.6.30. En las propuestas de futuro se recoge del siguiente modo:

UNIDROIT art. 8.1(2). Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

PECL art. 13:102 (Créditos indeterminados). (1) Un deudor no podrá compensar un crédito indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses de la otra parte. (2) Se presume que no se perjudican los intereses de la otra parte cuando los créditos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica.

DCFR art. III. 6:103. (Derechos indeterminados). (1) Un deudor no podrá compensar un derecho indeterminado en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses del acreedor. (2) Se presume que no se perjudican los intereses del acreedor cuando los derechos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica.

Según el DCFR, en aquellos supuestos de compensación de deudas, procedentes de relaciones jurídicas diferentes, aquellas tienen que existir de forma cierta, y además su importe debe estar perfectamente determinado; el objetivo es muy claro, no perjudicar los intereses de la parte acreedora, situación a la que no ha lugar cuando los derechos de ambas partes proceden de la misma relación jurídica, como se aclara en el apdo. 2.º. Con similar redacción, se recoge en los PECL, art. 13:102⁴⁶, solo que se sustituye el término derecho

⁴⁶ Vid. PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV., *La tercera parte...*, pgs. 388 y ss.

indeterminado por crédito indeterminado, mucho más preciso, sin duda, pues habla de créditos y deudas, y además está en el campo de las obligaciones, en donde se generan derechos tanto en forma de créditos como de deudas. Por consiguiente, lo importante y definitorio es la existencia e importe del crédito o deuda, requisito imprescindible para poder efectuar una compensación. Por lo que respecta a la posible lesión de los intereses del acreedor no declarante, recaerá sobre las partes, y cuando entre ellas no haya acuerdo será el juez quien decida sobre la lesión o perjuicio⁴⁷, sin que por ello se esté ante una compensación judicial en sentido estricto⁴⁸. Que los PECL y el DCFR permitan compensar el contracrédito ilíquido (indeterminado), cuando tuviese su origen en la misma relación jurídica (fuese conexo), y por tanto, su compensación no cause daño a la otra parte, es una clara influencia de la tradición compensatoria francesa⁴⁹.

En esta misma línea se hallan los principios UNIDROIT que presentan entre lo que denominan condiciones (requisitos en otros proyectos) la misma necesidad de la determinación. UNIDROIT dispone en el art. 8.1(2) que “si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado”. Aunque la redacción induce a confusión, se está estableciendo exactamente lo mismo; lo importante es que la obligación exista, y que el importe esté determinado, conforme a lo que se establece en el parágrafo inmediato, 1(b)⁵⁰. Ahora bien, si las obligaciones de las dos partes

⁴⁷ Se trata del reconocimiento de una discrecionalidad judicial, puesto que será el juez en cada caso quien decida si procede la compensación de acuerdo a las circunstancias del mismo. *Ibidem*, pg. 390.

⁴⁸ BASOZABAL, X. “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, en AA.VV., *Estudios de derecho...*, pgs. 147-148, y en “Claves para entender la compensación en Europa”, *Revista para el...*, pg. 23.

⁴⁹ BASOZABAL, X. “Claves para entender la compensación en Europa”, *Revista para el...*, pg. 13.

⁵⁰ Art. 8.1 (Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:

(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;

(b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

proviene de un mismo contrato, lo más frecuente en el comercio internacional, el deudor está autorizado a compensar su deuda con la de la otra parte, aun cuando esta última no sea cierta ni en su existencia ni en su monto. Por ejemplo, una obligación cuyo contenido consista en pagar los daños y perjuicios, puede ser cierta en su existencia pero no en su monto. Igualmente, cuando una de las deudas fuese cuestionada, el derecho a compensar puede ser ejercitado, ya que todas las deudas susceptibles de compensación provienen del mismo contrato, y pueden ser fácilmente identificadas⁵¹.

Con el mismo objetivo se manifiesta el Código de Pavía en el art. 132.2, inmediatamente después de los requisitos o condiciones previstos, y especialmente se refiere a ello cuando en el párrafo 6 hace alusión a su incumplimiento. Las condiciones que se establecen en el mencionado párr. 2, para que la compensación tenga lugar, son: que los créditos estén vigentes en la misma fecha, que sean líquidos y exigibles, y que consistan en una suma de dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad. A lo que añade el art. 132.6: “(...) si uno de los dos créditos no es líquido, ni puede ser fácilmente y en poco tiempo liquidada, el juez, a instancia del acreedor, puede suspender la condena a este último, en relación a la obligación a su cargo, hasta la verificación de la cuantía del crédito que él ha opuesto en compensación”. En definitiva, también se requiere que la deuda sea cierta y determinada, al objeto de llevar a buen fin una compensación de obligaciones y surtir plenos efectos hasta la cantidad concurrente, al menos cuando las deudas a compensar procedan de relaciones jurídicas diferentes.

5.5. Efectos

Cumplidos los requisitos, se producen los efectos, que genéricamente sería la compensación, pero en todos los proyectos se matiza el alcance de la misma. Así:

UNIDROIT art. 8.5 (Efectos de la compensación). (1) La compensación extingue las obligaciones. (2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa”. (3) La compensación surte efectos desde la notificación.

⁵¹ Vid. AA.VV. “Comentarios principios Unidroit”..., pg. 268.

PECL art. 13:106 (Efectos de la compensación). La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación.

Código de Pavía art. 132.2 in fine. Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes.

DCFR art. III. 6:107 (Efectos de la compensación). La compensación extingue las obligaciones, en la medida que sean coincidentes.

Para que lo previsto en los principios UNIDROIT art. 8.5 (Efectos de la compensación) se cumpla es preciso que se den las condiciones previstas en el art. 8.1, y la notificación prevista en el art. 8.3 se produzca. Además, la compensación no tiene efectos retroactivos; solo para el futuro, lo que presupone que los intereses de la deuda únicamente se producirán hasta el momento de la notificación. Y, por supuesto, junto a la extinción de las obligaciones principales, también se extinguen los derechos accesorios, fundamentalmente, que garantizan el cumplimiento de la obligación⁵². Destacar que se introduce una perífrasis descriptiva, en el apdo. 2, cuando dice que “la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa”. Este giro expresivo, “el importe de la obligación menos onerosa”, es fácilmente sustituible y más definitorio, diciendo, sencillamente, “hasta la cantidad concurrente”.

En los PECL, art. 13:106 (Efectos de la compensación), de forma simple se dice: “La compensación liberará las obligaciones, en la medida que sean coincidentes, desde el momento de la notificación”. Parece obvio, pues, que en este artículo se establece que la compensación es efectiva desde que se declara (art. 13:104) y con efectos *ex nunc* (desde que se notifica), lo cual significa, en principio, que también se admite aquella del crédito prescrito aunque ya lo estuviera en el momento de originarse la situación de compensación⁵³, siempre que el deudor no alegue la prescripción. La doctrina mantiene posturas diferentes respecto de la retroactividad o no de la compensación. Si los créditos se extinguen por su mera coexistencia, o si fuera como efecto de la compensación, cabe la

⁵² Vid. AA.VV. “Comentarios principios Unidroit”..., pg. 274.

⁵³ BADOSA, F. “La prescripción en los principios del Derecho Europeo de los Contratos”, en AA.VV., *Principios de derecho...*, pg. 279.

compensación de un crédito prescrito, pero si la declaración opera solo para el futuro no podrá compensarse un crédito ya prescrito⁵⁴. El efecto retroactivo de la compensación carece de un sólido apoyo en las fuentes romanas. Los textos guardan silencio sobre la retroactividad; no obstante, algunos autores han invocado varios fragmentos para fundamentar su teoría de la retroactividad, pero sin éxito. En consecuencia, debe admitirse que la compensación en tiempos de Justiniano únicamente producía efectos *ex nunc*, y nunca tuvo consecuencias retroactivas⁵⁵.

La eficacia *ex nunc* es, sin duda, la novedad incorporada en los PECL y, contrariamente a la opinión de BADOSA BASOZABAL afirma que “desde la perspectiva de la eficacia *ex nunc*, el pago posterior a la declaración compensatoria es indebido y puede repetirse, y no cabe compensar con un crédito prescrito, aunque fuese compensable antes de haber prescrito”⁵⁶. No obstante, “en cuanto a la posibilidad de compensar con un crédito prescrito, se podrá invocar eficazmente la prescripción del crédito del compensante durante dos meses a partir de la declaración. La compensación queda por tanto a merced de la voluntad, temporalmente limitada, de aquel a quien protege la prescripción (PECL, art. 14:503⁵⁷ y DCFR, art. 7:503)⁵⁸”. En derecho romano no era invocable el crédito prescrito a efectos de compensación (D.16.2.14); por el contrario, sí era compensable una obligación natural (D.16.2.6)⁵⁹.

Igualmente, el Código de Pavía, art. 132.2 *in fine*, lo reduce a un escueto: “Los créditos se extinguirán en las cantidades concurrentes”. Y el DCFR, art. III.-

⁵⁴ Vid. PARRA, M^a. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte...*, pg. 332.

⁵⁵ PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 276 y ss.

⁵⁶ BASOZABAL, X. “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, en AA.VV. *Estudios de derecho...*, pg. 149.

⁵⁷ Sobre la compensación de un crédito prescrito, art. 14:503, vid. PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte...*, pgs. 382 y ss.

⁵⁸ BASOZABAL, X. “Claves para entender la compensación en Europa”, en *Revista para el...*, pg. 25.

⁵⁹ Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pg. 263.

6:107 (Efectos de la compensación), lo ajusta a aquello que sean “*coincidentes*”, expresión que también utilizan los PECL. Son dos formas diferentes de decir lo mismo, pero con más influencia terminológica romana el Código de Pavía. Finalmente, apuntar que, salvo en el Código de Pavía, los otros tres proyectos precisan que el pertinente artículo se refiere a los efectos de la compensación, en línea con el carácter didáctico en aras de una mayor claridad que facilite la interpretación. En definitiva, la compensación tiene una función muy práctica de simplificación, ya que facilita un pago de modo abreviado que además es plenamente efectivo⁶⁰.

5.6. Clases

Por lo que respecta a las clases de compensación, salvo el Código de Pavía, ninguno de los otros tres proyectos hace referencia expresa a la cuestión⁶¹. En el ordenamiento de Pavía, arts. 132.3 y 6, se diferencia entre algunos tipos⁶². En el párrafo 3, recoge la que se conoce como judicial, y en el 6, la voluntaria o convencional. Meridiana coincidencia con lo dispuesto en el derecho romano justinianeo. No obstante, procede reconocer que esta no es pacífica entre la doctrina la cuestión de las clases de compensación. Parece excluida del todo la compensación legal *sine facta hominis*⁶³, pues el órgano judicial no podría declarar de oficio, sin previo conocimiento de la situación obligacional de las partes, la compensación por deudas. Se estima, pues, que los dos modos habituales, la de deudas entre las partes fue, o bien por acuerdo de ambas, conocida como la

⁶⁰ Vid. ARCE, J. “Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo”, en AA.VV., *Código Europeo de...*, pg. 533.

⁶¹ Mucho más pedagógico resulta el Nuevo Código civil y comercial argentino de 2015, arts. 922 y ss., pues indica las especies de compensación y las regula, así, establece que: “La compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial”.

⁶² A lo largo de todo el proceso de elaboración del Código de Pavía se ha puesto de manifiesto la necesidad de huir de la artificiosidad y buscar, por el contrario, unas bases comunes que permitan aunar a los distintos sistemas. Por inverosímil que parezca, amén de mantener como estandarte el principio de autonomía de la voluntad, propio de los ordenamientos europeos, destaca el reconocimiento unánime del origen e influencia del derecho romano y su proyección histórica en prácticamente todos los sistemas de derecho privado que ahora se pretenden unificar.

⁶³ SOLAZZI, S. *La compensazione nel...*, pg. 170.

convencional, que requiere de la voluntad de ambas partes, o bien por decisión del órgano judicial. Es decir, las partes pueden convenir en que la compensación se produzca, incluso si en dicho acuerdo aceptan que aún no se cumple alguno de los requisitos exigibles por ambas partes.

Pero también pudiera suceder que, a falta de acuerdo entre las partes obligadas recíprocamente, una de ellas decidiera acudir al órgano judicial para que este proceda en derecho y compense la reclamación de una deuda con otra propia, frente a la parte demandada, de tal modo, que cumplidos los requisitos exigibles se alcance el acuerdo hasta la cantidad concurrente. Para ello sería preciso, se infiere de las fuentes, cumplir los requisitos de que los créditos fueran en dinero o de cosas fungibles de la misma especie, que las deudas a compensar estuvieran vencidas, siempre y cuando fueran válidas y exigibles, y que las dos obligaciones fueran líquidas, apareciendo la deuda que se opone con la suficiente claridad como para evitar cualquier dificultad de interpretación a este respecto. Este último requisito, recogido en C.4.31.14, *et non multis ambagibus innotata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*, no ha recibido una interpretación muy acorde por parte de los interpretes del texto⁶⁴.

No es difícil percibir que la cuestión de las clases de compensación no ha ocupado mucho tiempo en la discusión de las comisiones que han elaborado los proyectos de futuro de la regulación europea en materia contractual, por cuanto, es bastante evidente que la misma solamente se puede producir, o por acuerdo de las partes o por decisión judicial, a requerimiento de parte. Es la explicación más convincente de tal omisión, salvo la mención a ambas modalidades en el Código de Pavía, arts. 132.3 y 6. En definitiva, lo que se busca es declarar que se quiere compensar, y cuando se acuda al juez será este quien dé por buena la compensación o tenga que proceder a su liquidación. Conviene recordar que los comentaristas de los principios UNIDROT, art. 8.1, aceptan que “aunque no se reúnan las condiciones del presente artículo, las partes pueden sujetarse a los efectos de la compensación por la vía convencional. Igualmente, las partes pueden decidir que sus deudas recíprocas se compensen automáticamente en una fecha precisa o periódicamente. También, dos o más partes pueden acordar que

⁶⁴ ARIAS, J. y ARIAS, J. A. *Derecho romano II...*, pg. 684.

sus deudas respectivas se extingan, por ejemplo, en virtud del llamado *netting*⁶⁵.

Los PECL no se ocupan de manera expresa de la compensación convencional, aunque parece inferirse su admisibilidad. En un caso muy concreto, el previsto en el art. 13:102, se admite una suerte de compensación judicial que tiene lugar cuando, a pesar de ser la deuda incierta, tanto en su cuantía como en su existencia, se aprecie que dadas las circunstancias no perjudique los intereses de la otra parte. Para PARRA LUCÁN, es una compensación judicial⁶⁶.

5.7. Compensación en moneda extranjera

Otra circunstancia, cada día más frecuente, y que hace merecer el máximo reconocimiento a los redactores de los diferentes proyectos, es la posibilidad de que las obligaciones se hayan contraído en moneda diferente. La cuestión de tener que compensar obligaciones con moneda extranjera, se aborda en tres de los proyectos. Así:

UNIDROIT art. 8.2. Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte solo podrá pagar en una moneda determinada.

PECL art. 13:103 (Compensación con moneda extranjera). En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá compensar su propio crédito contra el crédito de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica.

DCFR art. III. 6:104 (Compensación con moneda extranjera). En el caso de que las partes se deban dinero en distinta moneda, cada una de las partes podrá compensar su propio derecho contra el derecho de la otra, a menos que las partes hayan acordado que la parte que declara la compensación pague exclusivamente en una moneda específica.

⁶⁵ AA.VV. “Comentarios principios Unidroit”..., pg. 269.

⁶⁶ PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte*..., pgs. 312 y ss.

Por un lado, el DCFR, art. III.-6:104, y el PECL, art. 13:103, ambos con casi idéntica redacción, varían el término crédito por derecho, y, por otro, en el proyecto UNIDROIT, art. 8.2, regulan la compensación en los supuestos en que las recíprocas obligaciones se hallen contraídas en moneda extranjera, lo que plantea un problema específico respecto del requisito de la homogeneidad⁶⁷. Por tanto, salvo que se hubiera estipulado pagar la deuda en una moneda determinada, en cuyo caso no será posible la compensación con otra moneda, aunque fuera convertible, se admite que los pagos compensatorios puedan ser en divisas convertibles. Lo cierto es que los pagos que se hacen en monedas diferentes no son prestaciones de una misma naturaleza, en el sentido previsto en el art. 8.1 de los principios UNIDROIT⁶⁸. Se trata de una regla que forma parte del patrimonio europeo común en materia de compensación⁶⁹.

El Código de Pavía no hace ninguna alusión a esta circunstancia, probablemente porque entiende que es suficiente un poco de sentido común para resolverlo fácilmente. Es evidente que en los tres proyectos que regulan la compensación en moneda extranjera, se regula lo obvio; cada parte contrata en su moneda y como todas son convertibles, al menos las del espectro europeo, habrá de estarse al tipo de cambio en el momento de ejecutar la compensación. Ahora bien, si lo acordado fue que la compensación solamente fuera posible en una moneda específica, habrá de convertirse a esa moneda aquella obligación que no lo esté, y proceder posteriormente a la compensación. A este tipo de pacto excluyente se oponen radicalmente CHAMORRO y MARCOS⁷⁰, cuando se hace so pretexto de identidad de moneda, según se prescribe en el art. 13:103. Lo importante es que los pagos deben efectuarse en divisas convertibles, salvo que las partes hayan acordado otra cosa diferente, como, por ejemplo, el pago en una moneda determinada. Por ello, si en un contrato se prevé expresamente que una parte cumpla su obligación en una moneda determinada, en ningún momento podrá

⁶⁷ *Ibidem*, pgs. 341 y ss.

⁶⁸ AA.VV. “Comentarios principios Unidroit”..., pg. 270.

⁶⁹ BASOZABAL, X. “Claves para entender la compensación en Europa”, *Revista para el...*, pg. 24.

⁷⁰ CHAMORRO, M. y MARCOS, F. “Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de derecho privado”, AA.VV., *La tercera parte...*, pgs. 441 y ss.

exigírsele que cumpla su deuda en la moneda de la otra parte, o en una diferente de la indicada en el contrato.

Pudiera parecer que esta situación dista mucho de lo que sucedió en el derecho romano. Nada más lejos de la realidad. Es cierto que hasta el siglo III a.C. no comienza a acuñarse moneda de forma oficial en Roma. Quizás, con anterioridad, los lingotes, bien de oro bien de plata, que se utilizaban, fueran unos equivalentes para intercambio más que una verdadera moneda. La moneda romana se acuñó normalmente en la ciudad, pero algunas veces se usaron cecas de otras ciudades de Italia o de otras provincias. Cuando toda Italia recibió la ciudadanía y el derecho romano, por providencia generalizadora del emperador Caracalla⁷¹, la moneda se convirtió en la de toda la península y, en consecuencia, los otros pueblos perdieron el derecho a acuñar⁷². Para salvar las diferencias de valoración, y hacer frente a la compensación de deudas contraídas en diferentes monedas, estaba la figura de los banqueros entre cuyas principales funciones (especulaciones), estaba la del cambio de moneda. Esto, como dice PEÑALVER, es algo que iba ligado necesariamente al comercio, de tal modo que, allí donde había intercambio comercial tenía que haber también cambio de moneda⁷³. Es más, la compensación es una institución muy ligada a la actividad bancaria, como lo pone de manifiesto GAYO en sus *Instituta* 4.64, en donde se informa que el banquero únicamente podrá litigar si previamente ha practicado la debida compensación⁷⁴.

5.8. EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE COMPENSACIÓN

Otra coincidencia importante es la relativa a los casos en que no podrá llevarse a cabo la compensación. Así:

⁷¹ Vid. TORRENT, A. *La Constitutio Antoniniana...*

⁷² VÁZQUEZ, A. M. “La moneda romana”...

⁷³ Vid. PEÑALVER, M. A. *La banca en...*, pgs. 104 y ss.

⁷⁴ PEÑALVER, M. A. *La banca en...*, pgs. 63 y ss. SORIANO, C. *Banca, navegación y...*, pgs. 112 y ss.

PECL art. 13:107 (Exclusión del derecho de compensación).- La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b) contra un crédito en la medida en que ese crédito no se pueda embargar; y (c) contra un crédito que surja de un acto ilícito deliberado⁷⁵.

DFCR art. III.- 6:108 (Exclusión del derecho de compensación).- La compensación no podrá ser efectuada: (a) cuando se excluya por acuerdo entre las partes; (b) contra un derecho en la medida en que ese derecho no se pueda embargar; y (c) contra un derecho que surja de un acto ilícito intencional.

Código de Pavía art. 132.4.- La compensación no tiene lugar, y cabe la posibilidad de oponerse frente a quien la invoque, en cualquiera de los casos siguientes: cuando uno de los dos créditos derive de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la impugna preventivamente por motivos idóneos, o cuando aquélla tenga por objeto la restitución de cosas depositadas o dadas en préstamo (comodato), o bien cuando haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en cualquier otro caso previsto por la ley. Para las cuentas corrientes establecidas con motivo de relaciones comerciales, se aplicarán los usos. Deben respetarse las disposiciones relativas a los consumidores que se hallen en vigor en la Unión Europea y en sus Estados miembros.

Los principios UNIDROIT no hacen mención a la exclusión de la compensación en ningún supuesto. Por el contrario, en el DFCR, art. III. 6:108 se recogen tres supuestos en los que no será posible la compensación, supuestos, por lo demás, obvios, y con similar redacción también se recoge en los PECL art. 13:107. Un primer caso, es el de la exclusión convencional, es

⁷⁵ Un *acto ilícito deliberado*, o como se dice en DFCR art. III. 6:108 “*intencional*” es una forma de evitar términos de etimología latina como dolo, y optar por términos más genéricos y descriptivos. En ambas redacciones, tanto de los PECL como del DFCR, se sustituye el término dolo por un adjetivo descriptivo del incumplimiento debido a la voluntad de las partes del contrato. Se busca con estos adjetivos contraponerlo a incumplimiento culposo del contrato, pero no es el único supuesto en que es utilizado, vid. EUGENIO, L. “Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado”, *Revista de Lengua...*, pgs. 94 y ss.

decir, por acuerdo de las partes⁷⁶, mediante la constitución de un *pactum de non compensando*. La dificultad reside en saber si excluye de la compensación a algún crédito singular o a todos los créditos que recíprocamente puedan existir entre las partes; un segundo caso, es cuando se trata de un crédito inembargable, pero inembargabilidad se refiere solo al crédito principal, y el tercer caso, de evidente origen romano, es el del crédito que haya surgido de actos ilícitos dolosos. Sin embargo, el Código de Pavía art. 132.4 resulta a todas luces mucho más completo, a la vez que complejo, por cuanto fija un casuismo bastante más elaborado que los anteriores proyectos. Por lo tanto, es posible que una de las partes se oponga a la compensación, pero argumentando, motivando que se trata de alguno de los supuestos inmediatamente transcritos.

Se colige de los proyectos que regulan la exclusión del derecho de compensación que las coincidencias son mayoría, así, es evidente:

1. Cuando las partes acuerdan prescindir de la compensación de deudas, incluso como renuncia preventiva;
2. cuando el crédito haya surgido de un ilícito;
3. cuando se trate de un crédito no embargable, los créditos privilegiados;
4. cuando se trate de querer compensar con cosas que han sido entregadas en depósito o dadas en préstamo (comodato);
5. cuando alguna de las partes haya efectuado una impugnación preventiva por razones evidentes, y haya sido aceptada por el órgano judicial; y
6. con carácter general, en cualquier otro caso previsto por la ley.

⁷⁶ Caso que critican duramente CHAMORRO, M. y MARCOS, F. “Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de derecho privado”, en AA.VV. *La tercera parte...*, pgs. 438 y ss., por ir contra el interés público. Dicen, que no debe habilitarse ninguna posibilidad de exclusión *ex ante* del ejercicio de la compensación. Se entiende que existe un interés público en propiciar en lo posible la compensación como alternativa al pago para cumplir las obligaciones y la solución extrajudicial de diferencias en cuanto a créditos exigibles. Por el contrario, dicen, y de acuerdo con el interés público, sí debe haber la posibilidad de que la autonomía de la voluntad realice a través de un negocio *ex ante* la ampliación o reducción de los límites dispuestos a la operatividad de la compensación.

Una vez más, se evidencia una clara influencia romana respecto de las restricciones para efectuar una compensación. En derecho romano también fueron excluidos de los supuestos de compensación, tanto el depósito⁷⁷ como el comodato⁷⁸, igual que las *obligationes ex delicto*, es decir, las obligaciones de responsabilidad privada⁷⁹. JUSTINIANO lo recoge en su manual, (I.4.6.30) de un modo muy elocuente: *excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*. En definitiva, no cabía oponer la compensación contra los créditos del fisco o de los municipios, ni tampoco cuando se pide la restitución de un depósito o un comodato, o de cosas arrebatadas con violencia⁸⁰.

Otro apunte muy específico del fenómeno compensatorio, es el referido a la compensación de una pluralidad de créditos y obligaciones.

UNIDROIT art. 8.4. (2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

PECL art. 13:105 (Pluralidad de créditos y obligaciones). (1) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más créditos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el crédito al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones que se incluyen en el artículo 7:109⁸¹ con las adaptaciones pertinentes.

DCFR art. III. 6:106 (Dos o más derechos u obligaciones). (1) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más derechos contra la otra parte, la notificación se hará efectiva solo en el caso de que se identifique el

⁷⁷ Vid. PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse...*, pgs. 265 y ss.

⁷⁸ C.4.23.4. *Ibidem*, pg. 269.

⁷⁹ Vid. GUARINO, A. *Diritto privato romano...*, pg. 836.

⁸⁰ C.4.31.14; C.4.34.11; I. 4.6.30.

⁸¹ En el art. 7:109 de los PECL se regula la imputación de pagos.

derecho al que se refiere. (2) Si la parte que notifica la compensación tiene dos o más obligaciones que cumplir contra la otra parte, se aplicarán las disposiciones sobre la imputación del cumplimiento con las adaptaciones pertinentes.

Con una redacción muy similar, salvo el cambio de la expresión crédito por derecho, se presentan los proyectos, PECL y DCFR. En ambos, se parte de la existencia de varios créditos y varias deudas que admiten compensación entre sí. Por ello, si una parte, la que compensa, tiene varios créditos contra la otra, la eficacia dependerá de la identificación del crédito que quiera compensarse. Para la otra parte, que también compensa, para la elección de la deuda compensable, se aplicarán las reglas de la imputación de pagos, con las debidas adaptaciones (art. 2:110). En los principios UNIDROIT, se regula la ausencia de declaración de imputación de deuda a compensar. Si en la notificación no se indican las deudas que se propone compensar la primera parte, y si tampoco la otra parte en un tiempo razonable declara a qué deuda quiere afectar, se opta porque se extingan todas las de la otra parte individualmente hasta el total del valor de la primera parte. El Código de Pavía no hace ninguna alusión al supuesto de existencia de pluralidad de créditos en el ejercicio del fenómeno compensatorio.

7. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, puede afirmarse que el objeto de la compensación, desde que en derecho justiniano se generalizara la institución, es el de servir de medio alternativo al pago en el cumplimiento de las obligaciones. Ello no significa que las partes no puedan cumplir sus obligaciones sin recurrir a este medio de extinción de las mismas. En ningún texto consta su prohibición. Mientras acreedor y deudor cumplan con aquello que recíprocamente se adeudan, las respectivas obligaciones se extinguirán, al menos hasta la cuantía concurrente. Ahora bien, ya desde Roma, y por diferentes razones, especialmente de economía procesal, se ha considerado que es mejor no pagar hasta la cantidad coincidente, que tener que hacerlo y después reclamar.

En los diferentes proyectos de unificación del derecho común europeo, principios UNIDROIT, PECL, Código de Pavía y DCFR, la compensación recibe un tratamiento particular en atención a los objetivos fundamentales que

en cada uno de ellos se persigue. Si se prescinde del carácter internacional de los principios UNIDROIT, frente al carácter europeísta (no por ello menos internacional) del resto de proyectos, se infiere de los cuatro un carácter abierto para adaptarse a la realidad cambiante en que vivimos, y una gran versatilidad ante cualquier realidad contractual que se presente.

Además, todas las propuestas de armonización tienen una clara influencia de los diferentes ordenamientos nacionales de los redactores que han integrado las pertinentes comisiones compiladoras. Por lo demás, lógico, pues nadie puede liberarse de la formación jurídica recibida. Y ello sin desconocer que, en muchas ocasiones, una misma norma jurídica romana se ha interpretado y plasmado de diferente forma en los ordenamientos jurídicos europeos. Es decir, todos se nutren de la previa experiencia comparada. Pero en el fondo, sin necesidad de estudios exhaustivos, pues llevaría a la confección de una monografía, y sin perder la rigurosidad de los estudios jurídicos, puede afirmarse que la compensación, como modo de extinción de las obligaciones, perdura no solo en toda la codificación civil vigente, sino también incluso en los proyectos de armonización futura de derecho internacional. Ello demuestra que no se ha superado, en el sentido de prescindir, la influencia del derecho romano, pues no se ha logrado crear otra institución jurídica que permita alcanzar unos resultados, sino iguales al menos tan similares, a los que se alcanzan con la vieja compensación de origen romano. Es evidente, pues, que las pretendidas reglas comunes habrán de sustentarse sobre los cimientos colectivos de los ordenamientos jurídicos europeos, que no son otros que romanísticos, sin olvidar las matizaciones procedentes del *common law*.

Con lo dicho, en absoluto se plantea una vuelta al derecho romano como derecho positivo, sería un gravísimo error. De ahí, el acierto de la opinión de SÁNCHEZ LORENZO⁸², que ve el ordenamiento romano como un saber jurídico básico y fundamental, y no como una disciplina de derecho positivo. Asimismo, se observa que en la elaboración de las propuestas analizadas, para buscar una solución común a la extinción de las obligaciones por medio de la compensación, se está consolidando la vieja tendencia de no romper con la influencia de la historia en el proceso de formación del derecho europeo. Es una

⁸² SÁNCHEZ, S. A. *Derecho privado europeo...*, pgs. 293 y ss.

manifestación tardía de todo el proceso codificador, que comenzó allá en el siglo XIX, continuó en el XX, y ahora también, en el XXI, con carácter supranacional. Este proceso viene a confirmar aquel otro, que comenzó con la compilación del derecho privado en el *corpus iuris civilis*, su posterior estudio por los glosadores, comentaristas, humanistas, racionalistas, hasta llegar a la pandectística y a la escuela histórica alemana, y posteriores codificaciones civiles europeas.

En definitiva, aun cuando resulta obvio recordarlo, no se ha inventado nada nuevo, jurídicamente hablando, en materia de compensación. Salvo matices, fruto de la evolución económica, y como resultado de la ingeniería jurídica, se siguen proponiendo unas soluciones similares a las del derecho romano. Además, no se olvide, la íntima relación existente entre la sociedad y el derecho, de ahí que las condiciones en las que se formó el ordenamiento romano contrasten con las actuales circunstancias del tráfico jurídico en el ámbito europeo. Pero las propuestas de regulación futura, sustancialmente, no difieren prácticamente en nada de las soluciones romanas justinianas. El concepto, las clases, los requisitos, los efectos, la finalidad, los supuestos excluidos de compensación, siguen siendo básicamente los mismos en el siglo VI d.C. que hoy, y previsiblemente en un futuro, si alguno de estos proyectos llega a tener vigencia internacional. Las posibles diferencias que puedan existir entre los proyectos, o entre estos y el derecho romano, son, si no intranscendentes sí menores, pues llevan a resultados semejantes. Esta afirmación se basa en que en ninguno se agota totalmente la posible regulación de la compensación, más bien se limitan a incluir unas reglas básicas en materia de requisitos y efectos⁸³, así como en concepto y clases.

⁸³ Opinión que mantiene PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte...*, pg. 431, para los PECL, y que entiendo extensible al resto de propuestas de armonización.

8. FUENTES.

AA.VV. “Comentarios principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>.

ARCE, J. “Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo”, en AA.VV., *Código Europeo de Contratos, Academia de Inprivatistas Europeos (Pavía) II, Comentarios en homenaje al Prof. D. J. L. de los Mozos*. Madrid: Dykinson, 2003.

ARIAS, J. y ARIAS, J. A. *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, D. L., 1984. 17.ª e.

ASTUTI, G. “S.v. compensazione”, *Enciclopedia del Diritto VIII*. Varese: Giuffrè, 1961.

BADOSA, F. “La prescripción en los principios del Derecho Europeo de los Contratos”, en AA.VV. *Principios de Derecho Contractual Europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Madrid: Dykinson, 2009.

BASOZABAL, X.

- “Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso”, en AA.VV. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, T.1. Madrid: La Ley, 2006.
- “Claves para entender la compensación en Europa”, *Revista para el análisis del derecho* 4/2009: www.indret.com.

BIONDI, B. “S.v. compensazione (diritto romano)”, *Novissimo Digesto Italiano III*. Torino: Unione tipografico editrice torinese, 1959.

CERAMI, P. *et al. Diritto commerciale romano. Profilo storico*. Torino: G. Giappichelli, 2004. 2.ª e.

CHAMORRO, M. y MARCOS, F. “Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de derecho privado”, en AA.VV. *La tercera parte de los principios de derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

DÍEZ, L. *et al. Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

EUGENIO, L. “Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado”, *Revista de Lengua i Dret*, n.º 42, 2004.

GARCÍA, G.

- “La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos”: www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC
- “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía), en AA.VV. *Derecho Privado Europeo*. Madrid: COLEX, 2003.

GROTHER, H. “The Common Frame of Reference for European Private Law”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 2012: <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/500>.

GUARINO, A. *Diritto privato romano*. Napoli: Jovene, 1997. 11.ª e.

HERNÁNDEZ, F. “Extinción de la obligaciones”, en AA.VV. *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

JANNARELLI, A. “La codificazione commerciale”, en AA.VV., *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*. Napoli: Satura, 2013.

MASI, C. “La nuova codificazione del diritto civile e commerciale in Argentina, tra passato e futuro”, *INDEX*, n.º 43, 2015.

MATTIOLI, F. y ANCONA, L. “Modi di estinzione delle obbligazioni”, en AA.VV., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, II Materiali e commento*. Bologna: Pàtron, 2010.

NANCLARES, J. “Libro III. Obligaciones y derechos”, en AA.VV. *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español*. Barcelona: Bosch, 2011.

OROZCO, G. y MORENO, M. A. “El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado”, *Anales de Derecho*, n.º 29, 2011: <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/28073/1/contratoenelcontexto.pdf>.

OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J. *Derecho romano y francés histórico, t.1. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1960.

OVIEDO, J. “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y Los principios para los contratos comerciales internacionales”: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#iii>.

PARICIO, P. *Unión europea y sociedad civil*. Valencia: Universidad Cardenal Herrera-CEU, 2002.

PARRA, M. A. “La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. Una comparación”, en AA.VV. *La tercera parte de los principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

PEÑALVER, M. A. *La banca en Roma*, Madrid: BBV, 1994.

PÉREZ, M. P. “La naturaleza jurídica de la compensación. Su evolución histórica”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M^a Miquel II*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2014.

PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*. Fribourg: Éditions Fribourg Suisse, 2001.

SOLAZZI, S. *La compensazione nel diritto romano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950, 2.^a e.

REDING, V. “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *Revista para el Análisis del Derecho*. España: Universitat Pompeu Fabra, n.º 2, 2011.

SÁNCHEZ, S. A. *Derecho privado europeo*. Granada: Comares, 2002.

SOLÉ, J. “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos”, *Revista para el análisis del Derecho*. España: Universitat Pompeu Fabra, n.º 3, 2017.

SORIANO, C. *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*. México: Porrúa, 2007.

TORRENT, A. *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I*. Madrid: Edisofer, 2012.

VALPUESTA, E. “La propuesta de derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference”, en AA.VV., *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*. Barcelona: Bosch, 2011.

VÁZQUEZ, A. M. “La moneda romana”: http://www.uned.es/geo-1-historia-antigua-universal/ROMA/sistema_monetario_romano.htm.

ZIMMERMANN, R. *Europa y el derecho romano (estudio introductorio y traducción de I. Cremades)*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Proyectos

- 1.- “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010”: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

- 2.- “The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III) (Commission O. Lando)”:
<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>
- 3.- “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”:
http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
- 4.- “Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, 2001.

ENTREVISTA CIENTÍFICA

DRA. MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ

INVESTIGADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, DOCTORA EN DERECHO AMBIENTAL POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

1. ¿Cómo ha sido la evolución de la justicia ambiental en nuestro país?

La justicia ambiental en México ha pasado por diversos estadios, en primer lugar, tuvimos un acceso a la justicia por daños personales y/o patrimoniales asociados a afectaciones ambientales, en consecuencia, la vía fue la civil, pues lo que se buscaba era la reparación de daños y perjuicios, evidentemente de carácter pecuniario; lo cual, en estricto sentido no representa ningún beneficio para el medio ambiente en sí mismo. Posteriormente tuvimos al alcance la vía administrativa, mediante los diversos recursos de revisión previstos en las leyes ambientales; así como el amparo administrativo, casi en paralelo se desarrollaron los mecanismos de denuncia popular, que también desde la perspectiva administrativa, detonan la acción de la autoridad en la investigación de posibles infracciones a la normatividad ambiental y, en consecuencia, daños al medio ambiente, con la posibilidad de que la misma autoridad pueda dar parte al ministerio público, tratándose de una probable responsabilidad en materia penal. En la actualidad todas las personas podemos acudir a la vía civil, penal, administrativa y demandar la protección de la justicia federal, a través del amparo, incluso, hoy día, se cuenta con el amparo colectivo y las acciones colectivas; no obstante, las diferentes alternativas de acceso a la justicia planteadas reconducen la materia ambiental a las reglas del procedimiento civil, lo cual es contrario a los fines de la primera, que, en primera instancia está orientada a la reparación *in natura*, mientras que la segunda se enfoca en cuestiones de orden económico.

2. ¿Su reconocimiento e implementación responde a los estándares internacionales en esta materia?

No, pues como se ha mencionado, la lógica del acceso a la justicia en materia ambiental debe privilegiar la reparación de los ecosistemas o recursos naturales afectados, no una compensación de orden económico y, en caso de existir un medio alternativo de solución de controversias, tratándose de daños ambientales, debiese también ser el objetivo primario la remediación, lo que podría negociarse sería el sitio y la forma, pero no el fondo.

3. ¿Cuáles son los principales ordenamientos que en nuestro país regulan el tema del derecho ambiental?

El derecho ambiental en México es un entramado normativo complejo, pero como todo orden jurídico, se sustenta en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y en atención a los artículos 1º y 133 de la misma, en un amplio número de tratados y convenciones internacionales que ha firmado y ratificado el Estado mexicano. De la misma Constitución deriva una ley ambiental marco, que es la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente* (LGEEPA), y diversas leyes sectoriales, así como sus respectivos reglamentos, múltiples normas oficiales mexicanas y, luego de la reforma energética de 2013, una gran cantidad de disposiciones administrativas de carácter general. Las principales leyes del sector son:

- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable
- Ley General de Vida Silvestre
- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos
- Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas
- Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas
- Ley General de Cambio Climático
- Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables
- Ley de Desarrollo Rural Sustentable
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear
- Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares
- Ley General de Bienes Nacionales
- Ley de Aguas Nacionales

- Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos
- Ley de Energía Geotérmica
- Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos
- Ley de Productos Orgánicos
- Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados
- Ley Federal de Responsabilidad Ambiental

Además, existen una serie de leyes con incidencia ambiental, entre ellas:

- Ley Federal del Mar
- Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Ley Federal sobre Metrología y Normalización
- Ley Federal de Zonas Económicas Especiales
- Ley Federal de Derechos
- Ley Federal de Variedades Vegetales
- Ley Federal de Sanidad Animal
- Ley Federal de Sanidad Vegetal
- Ley de Transición Energética
- Ley Minera
- Ley de Planeación
- Ley de Hidrocarburos
- Ley de Petróleos Mexicanos
- Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
- Ley de la Industria Eléctrica
- Ley de la Comisión Federal de Electricidad
- Ley Agraria
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley de Expropiación
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
- Ley de amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Aunado a lo anterior, hay que aclarar que con base en el artículo 73, fracción XXIX, inciso g de la Constitución federal, la protección y preservación del medio ambiente es concurrente, por lo que se involucran las entidades federativas y los municipios en su regulación, de manera que existen normas ambientales en los tres órdenes de gobierno.

4. En México, ¿cuáles son las diferentes vías para acceder a la justicia ambiental?

Como se ha dicho, existen diversas vías para acceder a la justicia ambiental, algunas de ellas están planteadas en sede administrativa y otras en judicial; sin embargo, por cuestiones de espacio aludiremos a las más relevantes.

Quejas ante las comisiones de derechos humanos. La queja es una denuncia contra la conducta indebida o negligente de servidores públicos que incurran en actos u omisiones de naturaleza administrativa en perjuicio de los derechos humanos. Tiene como característica la sencillez, gratuidad y brevedad burocrática. En este sentido, cualquier persona u organización de la sociedad civil, legalmente constituida, cuyo objeto principal sea la defensa de los derechos humanos tiene la posibilidad de presentar una queja ante las Comisiones de Derechos Humanos, tanto a nivel nacional como en las entidades federativas y la Ciudad de México, al ver afectado algún derecho humano al medio ambiente sano, al agua y al saneamiento, a la salud, etc., como consecuencia de un acto u omisión de alguna autoridad estatal.

Desde 2012, en el seno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se cuenta con la Sexta Visitaduría especializada, a la que le corresponde conocer, entre otros, de derechos ambientales.

Otra vía es la denuncia pública, cuyo objetivo consiste en vincular a la ciudadanía de manera directa en la vigilancia del cumplimiento de la normatividad, al permitir a cualquier persona, grupo social, organización no gubernamental, asociaciones y sociedades denunciar ante la Procuraduría ambiental federal o estatal, según sea el caso, el hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la legislación y de los demás ordenamientos relacionados con la protección ambiental y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Esta figura está reconocida en la LGEEPA, bajo la denominación: “denuncia popular” y se ha replicado en prácticamente toda la legislación ambiental de las entidades federativas y la Ciudad de México, en el ámbito de sus competencias respectivas.

Por otro lado, existen las acciones colectivas, incluidas en el artículo 17 de la Constitución federal y reguladas en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), esto último constituye un gran error, ya que los fines de la justicia civil se dirigen al ámbito patrimonial, mientras que la reparación del daño ambiental debe orientarse a la reparación *in pristinum*, esto es, volver a su estado inicial los recursos naturales o ecosistemas dañados, a cargo de quien causó los daños.

Otro error de esta vía es que se restringe la tutela ambiental al ámbito federal, cuando por disposición constitucional la protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico es una materia concurrente.

Aunque el CFPC refiere tres tipos de acciones colectivas, para la defensa de los derechos ambientales es procedente, en primer término, la acción difusa: De naturaleza indivisible que tutela derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto. Ello debido a la naturaleza del medio ambiente que, en muchos casos, genera una indeterminación de los titulares del derecho y la dificultad de volver las cosas al estado anterior.

Es de resaltar que el CFPC exige una representación común de al menos treinta miembros, lo cual podría dar lugar a la denegación de justicia ambiental.

5. ¿Cuáles son las áreas de oportunidad que vislumbra respecto al sistema de justicia mexicano con relación a la protección del medio ambiente? ¿Qué estrategias considera deberían implementarse para un mejor sistema de justicia en este sentido?

La evidente necesidad de proteger y preservar nuestro entorno, como sustento de la vida misma y del desarrollo de las actividades productivas, debe ser el

fundamento para repensar las vías de acceso a la justicia ambiental, las cuales deben considerar la especificidad y naturaleza difusa y colectiva del medio ambiente y la característica irreparable de los daños, en muchos de los casos, a afecto de desarrollar no sólo vías de acceso, sino destinos, cuyo objeto sea en principio y de manera subsidiaria la reparación de los daños ambientales y no la compensación económica.

La estrategia consiste en partir del reconocimiento de la complejidad y especificidad de los daños ambientales, los cuales en muchas ocasiones son de difícil e, inclusive, imposible reparación, por tanto, las reglas del derecho civil no deben guiar los procesos de responsabilidad y reparación de los daños ambientales, pues de seguir así, estaremos en deuda con el fin último de protección medioambiental, que debe ser la reparación de los daños y/o afectaciones al medio ambiente, los ecosistemas y los recursos naturales, y ante la plena imposibilidad de ello, tendría que optarse por una reparación lo más cercana posible al estado previo al daño; incluso, si no es posible en el sitio afectado, en otro; pero en ningún caso dar cabida a acciones sustitutas de carácter económico destinadas a otros objetivos.

Para profundizar:

ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol.

- “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental”, en Esquivel, G., Ibarra P., F. y Salazar U., P. (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México: UNAM, IJJ-Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2017, T. 2, pgs. 1-19. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/4.pdf>.
- “Acciones colectivas en materia de protección ambiental. Fallas de origen”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 144, México: 2015, pgs. 899-929. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/144/art/art1.pdf>.

LECTURA RECOMENDADA

Argumentación Jurídica

CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael. *Argumentación jurídica y lingüística. Lenguaje discriminatorio y sexista*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2017.

Derecho Constitucional y Derechos Humanos

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Derecho Familiar

CUENA CASAS, Matilde e Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales. La protección penal de la familia*. Pamplona: Aranzadi, 2017. 2ª. e.

MOLINA NAVARRO, María del Mar y SANZ CABALLERO, Susana. *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

PONCE ALBURQUERQUE, Johanna. *Familia, conflictos familiares y mediación*. España: Reus y Ubijus Editorial, S.A. de C.V., 2017. 1ª. e.

Derecho Mercantil

CASADO NAVARRO, Antonio, SERRANO CAÑAS, José Manuel, *et. al. Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Derecho Penal

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, MELENDO PARDOS, Mariano, *et. al. Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Dykinson, 2017.

Derecho Procesal

ESCUADERO HERRERA, Concepción. *Derecho procesal civil*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2017.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. México: Ubijus Editorial, S.A. de C.V., 2017. T. I y II.

Derecho y Tecnología

LIRA ARTEAGA, Óscar Manuel. *Intervención de comunicaciones en telefonía celular y su agravio a los derechos de la víctima*. México: Ubijus Editorial, S.A de C.V., 2017.

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Lic. José Antonio Gutiérrez Flores

ANEXO NORMAS DE PUBLICACIÓN

**Coordinación Editorial
Consejo de la Judicatura
Poder Judicial del Estado de Nuevo León**

1. El idioma oficial de la revista es el español.
2. Se publican trabajos originales e inéditos¹.
3. Software de edición: Microsoft Office Word.
4. Tamaño de página: carta.
5. Interlineado: 1,5 líneas.
6. Tamaño de letra en tipos de párrafo:
 - 6.1. Texto regular: Garamond 12.
 - 6.2. Cita textual mayor a 4 renglones: Garamond 11.
 - 6.3. Pie de página: Garamond 10.
7. La extensión de los trabajos debe seguir los siguientes parámetros:
 - 7.1. Artículos: 10 pgs. máximo
 - 7.2. Ensayos: 10 pgs. mínimo y 20 pgs. máximo.
 - 7.3. Monografías: 20 pgs. mínimo y 40 pgs. máximo.

¹ Se consideran también trabajos inéditos los publicados en idioma distinto al español y que se traduzcan a él por primera vez. Debe indicarse si el trabajo ha sido presentado para su posible publicación en otro lugar.

- 7.4. Otros trabajos de investigación: 10 pgs. mínimo y 40 pgs. máximo.
- 7.5. Recensión: 5 pgs. máximo.
8. Todo trabajo debe ir acompañado de un resumen no mayor de 150 palabras, así como del curriculum vitae y los datos de identificación² de su autor.
9. Los trabajos deben enviarse impresos³ y además vía electrónica a la siguiente dirección de correo: coorditorial@pjenl.gob.mx
10. El sistema de índice, citas y notas bibliográficas debe ajustarse al manual de normas editoriales⁴, que dentro de otras, establece las siguientes reglas:
- 10.1 Índice de fuentes:
- 10.1.1. Libros. Apellido del autor, inicial del nombre (en caso de ser editor o compilador debe especificarse). Título del libro (cursivas). Lugar de publicación: Ed., año. E. Trad. (si es el caso). T./Vol. Pg./s
- 10.1.2. Revistas. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista (cursivas), vol./n.º, año: Pg./s
- 10.1.3. Tesis, ejecutorias, votos, acuerdos, ordenamientos o disposiciones de la SCJN. Época. Instancia. Fuente. T, fecha, pg./s., disposición jurídica de la SCJN, materia(s). “Título” (entre comillas).
- 10.1.4. Periódicos. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre del periódico (cursivas). Fecha (día, mes, año): secc., pg./s

² Se deben indicar los siguientes: nombre, grado académico, cargo, lugar de trabajo, teléfono, fax y correo electrónico.

³ A la siguiente dirección: Coordinación Editorial, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 15 de Mayo, entre Escobedo y Emilio Carranza, Zona Centro. Monterrey, N.L., México. C.P. 64000.

⁴ Este puede bajarse en la siguiente dirección: <http://pjenl.gob.mx/EJ/publicaciones>

10.1.5. Fuentes electrónicas. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista, periódico, libro, base de datos o institución/empresa que da la información (cursivas). Fecha: Referencia URL.

10.2. Cita a pie de página:

10.2.1. No se hace una referencia completa de la obra. Para saber cuál es la obra, se debe ir al índice de fuentes al final del capítulo.

10.2.2. Al citar un libro. Apellido del autor, inicial del nombre. Título del libro (letra cursiva y las tres primeras palabras del mismo seguidas de puntos suspensivos), pg./s

10.2.3. Al citar artículos de una revista. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista (cursivas y las tres primeras palabras), pg./s

10.2.4. Al citar artículos de periódicos. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre del periódico (cursivas) y puntos suspensivos, pg./s

11. Citas textuales:

11.1. Estudios jurídicos generales: mínimo 10 citas textuales.

11.2. Para estudios jurídicos especializados: mínimo 5 citas textuales.



Se terminó de imprimir en marzo de 2018. La edición y diseño fue cuidada por la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El tiraje consta de 1000 ejemplares.



Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey, Nuevo León.
México, C.P. 64000