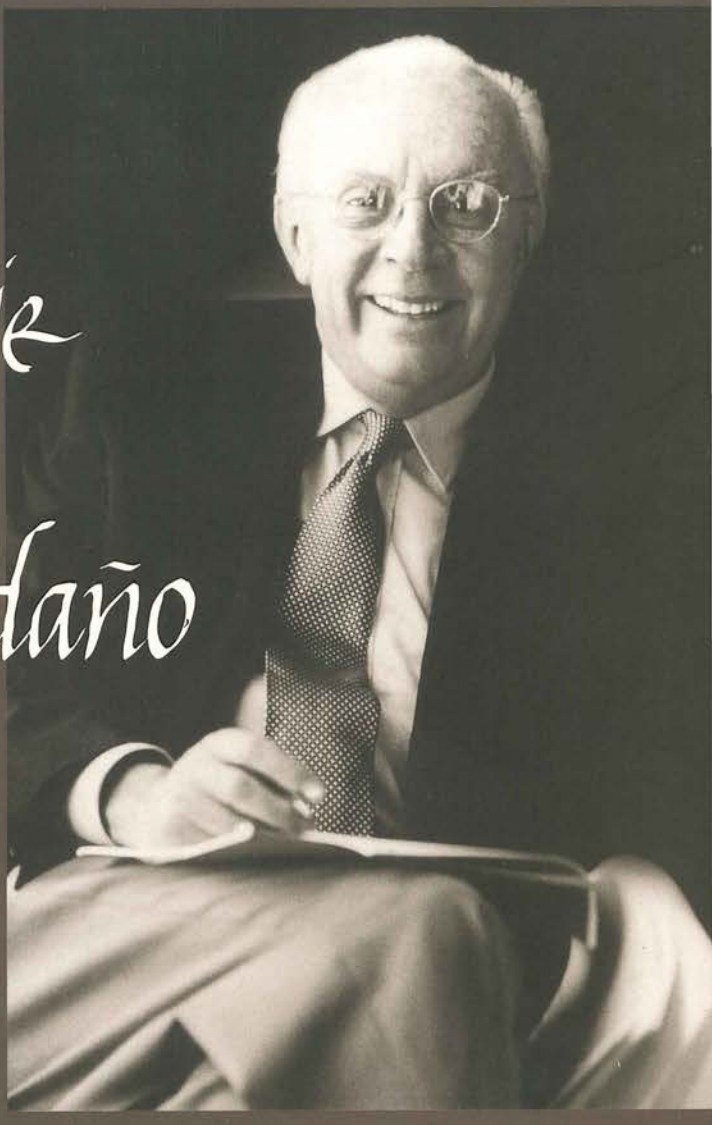
COMITÉ EDITOR:

Javier de Belaunde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje a Jorge Avendaño



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Habiendo vivido su experiencia universitaria como alumno en nuestro claustro, Jorge Avendaño quiso prolongar esa esencial vinculación con su Alma Máter al asumir, desde hace ya más de tres décadas, la noble tarea de formar en ella criterios y conciencias. Su destacada labor como docente ha hallado además un elevado complemento en su firme compromiso con el desarrollo de su Facultad. Así, en los diversos puestos que allí ha ocupado, entre los que se cuenta el de haber sido dos veces decano, no solo se ha encargado de mantener la tradición y el prestigio que distinguen a esta especialidad, sino de ensanchar y abrir nuevos horizontes para ella, alentando la aparición de nuevos profesores e investigadores, impulsando el interés por ensayar miradas interdisciplinarias y fortaleciendo el trabajo de promoción social. Difícil concebir, entonces, una imagen justa del doctor Avendaño divorciándolo de su quehacer en las aulas. Y sin embargo, sería no menos injusto olvidar su activa participación en el terreno de la vida pública. Como decano del Colegio de Abogados de Lima, como congresista de la República, como asesor en diversos procesos de reforma constitucional en materia de justicia, él ha logrado hacer de su actividad profesional una reivindicación cotidiana de la inteligencia, de la comprensión profunda de nuestros problemas, del ejercicio honesto del Derecho como instancia ética encaminada al cumplimiento de la justicia y del respeto de la dignidad humana.

Salomón Lerner Febres
Rector
Pontifica Universidad Católica del Perú

Homenaje
a
Jorge Avendaño

Tomo I

Comité Editor

Javier de Belaunde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

TOMO I

HOMENAJE
A
Jorge Avendaño

Pontificia Universidad Católica del Perú

FONDO EDITORIAL 2004

Homenaje a Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo I: 9972-42-646-7

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ÍNDICE

TOMO I

Prólogo 13

Presentación 15

Cronología de Jorge Avendaño 19

Capítulo Primero
Jurista y Maestro

Javier de Belaunde López de Romaña
Jorge Avendaño, un realizador 37

Domingo García Belaunde
Jorge Avendaño en el recuerdo 51

Mario Pasco Cosmópolis
Jorge Avendaño, abogado 57

Martín Belaunde Moreyra
Jorge Avendaño, defensor del orden jurídico 65

Alfredo Bullard González
¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño? 73

Graciela Fernández Baca de Valdez
Jorge Avendaño, semblanza desde el Congreso 109

Róger Guerra-García Cueva
Jorge Avendaño en el Congreso de la República 1995-2000 115

Armando Zolezzi Möller
Jorge Avendaño, sus primeros cuarenta años de profesor 119

Raúl Vargas Vega
Retrato de un forjador y maestro 125

Verónica Ferrero Díaz
Honores para el maestro 129

Francisco Avendaño Arana
Jorge Avendaño como papá 137

Capítulo Segundo
Enseñanza del Derecho

Gonzalo Figueroa Yáñez
Jorge Avendaño: recuerdos de treinta años 147

Andrés Cuneo Macchiavelo
La enseñanza del Derecho en un mundo en cambio 155

Rogelio Pérez Perdomo
El movimiento de Derecho y Desarrollo, y los intentos de cambio en los estudios jurídicos 169

Lorenzo Zolezzi Ibárcena
La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta 183

César Luna-Victoria León
El ladrón y el oráculo o ¿qué es el Derecho? 209

Shoschana Zusman Tinman
Aprendiendo a aprender 231

Aníbal Quiroga León
La «destreza legal» como parte de la enseñanza del Derecho 253

CAPÍTULO TERCERO
DERECHO Y ÉTICA

Beatriz Boza Dibos
La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado 291

José Daniel Amado Vargas
Jorge Avendaño en la redefinición de la misión del abogado en la sociedad 387

José Hurtado Pozo
Derecho Penal, política y moral 399

CAPÍTULO CUARTO
DERECHO CONSTITUCIONAL

Valentín Paniagua Corazao
El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán 421

Francisco José Eguiguren Praeli
La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional 453

Baldo Kresalja Rosselló
La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado 473

Jorge Santistevan de Noriega
Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú 577

TOMO II

CAPÍTULO QUINTO
DERECHO REALES

Luis Pizarro Aranguren
El pacto comisorio y el perro del hortelano 643

Fernando Cantuarias Salaverry
Acceso al crédito mediante la reforma de la legislación sobre garantías reales 667

Francisco Avendaño Arana
La clasificación de los bienes 685

Martín Mejorada Chauca
Fundamento de la posesión 709

Roxana Jiménez Vargas-Machuca
La posesión. Alcances y defensa 721

Carlos Cárdenas Quirós
Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble 745

Guillermo Lohman Luca de Tena
El artículo 1209 del Código Civil y cuestiones afines a la enajenación de herencia 753

Delia Revoredo Marsano de Mur
Propuesta para un nuevo régimen internacional de los derechos reales en el Código Civil peruano 779

Ricardo Luis Lorenzetti
Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad 795

CAPÍTULO SEXTO
DERECHO CIVIL

Manuel de la Puente y Lavalle
La codificación 815

Carlos Alberto Soto Coaguila
La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales 831

Fernando de Trazegnies Granda
Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad 865

Juan Luis Avendaño Valdez
La prueba difícil: culpa médica 893

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre
La responsabilidad civil por accidentes de tránsito 907

Augusto Ferrero Costa
Donación y colación 963

César Fernández Arce
Derecho de acrecer 975

Julio César Rivera
La reforma al Código Civil alemán 989

CAPÍTULO SÉPTIMO
DERECHO EN GENERAL

Marcial Rubio Correa
El argumento a contrario y las normas de doble negación: laboratorio de argumentación jurídica 1001

Ricardo Beaumont Callirgos
Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores 1037

Oswaldo Hundskopf Exebio
Las sociedades irregulares y su regulación jurídica 1171

Ulises Montoya Alberti
Contrato de esponsorización 1097

Fernando Vidal Ramírez
Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje 1131

Víctor Ferro Delgado
Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos 1141

José Ugaz Sánchez-Moreno
El obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho 1167

Alfonso Salcedo Rubio
Jorge Avendaño en la aventura de una palabra 1177

DE LOS AUTORES 1185

ÍNDICE GENERAL 1207

Prólogo

En toda institución es frecuente hallar hombres o mujeres que representan de manera especial los valores que ella cultiva, personas cuya presencia y carisma se hacen ya indesligables de la imagen misma de la comunidad en la que laboran. Para todos los que conocemos o hemos formado parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, ella —tal como la conocemos y la queremos— no estaría completa sin la presencia del doctor Jorge Avendaño.

Y es que él, habiendo vivido su experiencia universitaria como alumno en nuestro claustro, quiso prolongar esa esencial vinculación con su alma máter al asumir, desde hace ya más de cuatro décadas, la noble tarea de formar en ella criterios y conciencias. En efecto, como maestro de un curso capital como es el de «Derechos Reales», no solo ha enseñado a varias generaciones a hurgar en las intricadas claves de la ciencia jurídica, sino que las ha movido a nutrirse de principios morales que más tarde le otorguen sentido y trascendencia a su ejercicio profesional. Inteligencia lúcida para comprender lo que objetivamente es bueno y verdadero y, por lo tanto, valioso; voluntad tenaz para que ella siga los dictados de una mente abierta y crítica; conciencia de la situación personal y social, y de allí el compromiso de servir a nuestros semejantes con solidaridad y justicia; apertura a un horizonte trascendente que dé suplemento de significado a nuestras vidas: todas ellas son lecciones que el doctor Avendaño ha sabido ofrecer con singular constancia dentro y fuera de las aulas.

Su destacada labor como docente ha hallado además un elevado complemento en su firme compromiso con el desarrollo de su Facultad. Así, en los diversos puestos que allí ha ocupado, entre los que se

cuenta el de haber sido dos veces decano, no solo se ha encargado de mantener la tradición y el prestigio que distinguen a esta especialidad, sino de ensanchar y abrir nuevos horizontes para ella. De esta manera, ha sabido alentar la aparición de nuevos profesores e investigadores, impulsar el interés por ensayar miradas interdisciplinarias y fortalecer, en fin, el trabajo de promoción social por medio de instituciones como la Proyección Social de Derecho (PROSODE).

Difícil concebir, pues, una imagen justa del doctor Avendaño divorciándolo de su quehacer en las aulas. Y, sin embargo, sería no menos injusto olvidar su activa participación en el terreno de la vida pública. Como decano del Colegio de Abogados de Lima, como Congresista de la República, como asesor en diversos procesos de reforma constitucional en materia de justicia, él ha logrado hacer de su actividad profesional una reivindicación cotidiana de la inteligencia, de la comprensión profunda de nuestros problemas, del ejercicio honesto del Derecho como instancia ética encaminada al cumplimiento de la justicia y el respeto de la dignidad humana.

Un ajustado y por lo mismo incompleto retrato del doctor Avendaño debe señalar, pues, al docto profesor, a la atinada autoridad y al ciudadano responsable; tampoco debe soslayar al abogado de sólidos argumentos, clara expresión y, cuando es necesario, enérgico estilo. Pero, por sobre todo y otorgándole sentido a todas esas dimensiones, debe referir al hombre cabal que ha buscado de manera ejemplar ser fiel a su íntima esencia.

Pienso, por ello, que nada resulta más justo que este homenaje que, en la forma de un libro, hoy le tributan sus discípulos y colegas. Ellos cumplen así con expresar su gratitud a una labor excepcional que es fuente de saber e inspiración, pero también, al mostrar el fruto de su propio itinerario intelectual, asumen la tarea de prolongar aquella excelencia que el doctor Avendaño ha profesado y cultivado en todo momento: no la que se complace en logros de corta vigencia ni la que se ofrece como simple tributo a la eficacia, sino la que nace de lo más noble del alma humana y se alza como voz que anuncia y construye nuevos caminos para la realización plena del hombre.

Salomón Lerner Febres
Rector de la PUCP

Presentación

Existen diversas maneras de medir la intensidad e importancia de un homenaje. Una de ellas es la solemnidad con que este se hace. Otra es su dimensión, es decir, cuánta gente participa, cuánto dura la ceremonia, etc. También puede tomarse como referencia el prestigio de quienes participan, su nivel de difusión o incluso la cantidad de dinero gastado en la actividad.

Pero quizá la mejor forma de hacerlo sea calibrando la espontaneidad con la que surge y se prepara. Rendir homenaje a alguien no es sino la expresión de sentimientos como la admiración, el reconocimiento, el orgullo o el cariño. Y no cabe duda de que la expresión espontánea de sentimientos es la mejor forma de garantizar su sinceridad y su intensidad.

La iniciativa de este libro en homenaje de Jorge Avendaño fue total y absolutamente espontánea, así como la respuesta de todos los colaboradores, lo cual puede verificarse no solo en la amplia participación —un total de cuarenta y nueve trabajos— sino también en su gran diversidad profesional —abogados, profesores, políticos, periodistas, economistas e incluso médicos—. Quienes hemos tenido la suerte de integrar el Comité Editor y, por lo tanto, enviar cartas y realizar llamadas para solicitar colaboraciones, recibimos siempre, como primera respuesta a la solicitud, la expresión espontánea e intensa de cariño, reconocimiento y admiración por Jorge Avendaño.

La propia iniciativa surgió, pues, tan naturalmente que resulta difícil reconocer quién fue el autor original de esta. Todos los que integramos el Comité Editor reaccionamos con entusiasmo tal, que quizás cada uno de nosotros siente que tuvo la idea original. Lo cierto es

que era un deseo, aún no manifiesto, desde hace tiempo: solo había que dejarlo aflorar. La misma sensación probablemente sea compartida por todos y cada uno de los colaboradores que han dedicado su tiempo y esfuerzo a hacer realidad este empeño.

Pero esta espontaneidad, paradójicamente, no es, al menos en este caso, del todo espontánea. Ocurre como efecto reflejo, como reacción a quien es Jorge Avendaño. Es, entonces, una reacción natural ante un hecho que parece obvio: él merece ser homenajeado. Y lo merece porque durante su vida ha dejado claras huellas en muchas personas: su familia, sus amigos, sus alumnos, sus colegas, sus compañeros en el Congreso, la comunidad académica en general. Esas huellas están reflejadas en estas páginas, en las que distintas personas que han conocido a Jorge en variados aspectos de su vida, expresan, con mayor pausa y reflexión, los sentimientos que espontáneamente surgieron al saber que este libro se iba a editar.

Para entender los homenajes no solo debe verse su espontaneidad, sino el medio por el cual se reconocen los méritos de una persona. A veces se hacen ceremonias, se entregan recuerdos o platos recordatorios, se dedica una obra o se le coloca su nombre a una calle. En este caso, hemos optado por un libro.

La elección de la modalidad de homenaje refleja lo que piensan del homenajeado quienes rinden el tributo. Resulta difícil escoger un mejor medio que un libro en el caso de Jorge Avendaño. Un libro, como en el caso del nombre puesto en una calle o en un monumento, recoge y perpetúa a la persona a la que se reconoce. Pero hace muchas cosas más. Un libro tiene vida propia y se incorpora en la vida de los hombres de una manera más dinámica que un monumento. Un libro recorrerá las aulas en las que Jorge Avendaño enseña; estará en las bibliotecas de los estudios de abogados que litigaron de su lado o en su contra; será citado en dictámenes de leyes en el Congreso que conoció su trabajo y aporte a la actividad pública; estará en la mesa de noche de sus hijos o amigos, incluso de los que no son abogados; será citado en debates académicos análogos a los que Jorge sostuvo por años. En síntesis, vivirá en los lugares en los que vive Jorge Avendaño, en los lugares que ama y en los que, a falta del don de la ubicuidad, podrá estar presente por medio de estas y las siguientes páginas. A diferencia de un plato recordatorio o una placa en una pared, este libro se desplazará en el espacio y permitirá que incluso quienes no conocen a Jorge Avendaño participen del homenaje.

Un libro es, a su vez, una forma de convertir las ideas en conceptos tangibles. Permite volver concreto lo abstracto, algo que Jorge Avendaño hace muy bien. Para quien se ha caracterizado por su capacidad de participar en el mundo de las ideas, no hay mejor homenaje que recopilar ideas y pensamientos en los que, de una u otra manera, participó o inspiró.

No es otro el objetivo de este libro. Su verdadero valor está en la espontaneidad de los sentimientos que lo inspiran, en su posibilidad de vivir en el mundo y en aquellos lugares en los que Jorge vive y está presente, y en reflejar una de las cosas que él hace mejor: pensar.

Lima, marzo de 2004
El Comité Editor

Cronología de Jorge Avendaño

24 de mayo de 1933	Nace en Lima. Cursa estudios primarios y secundarios en el Colegio Santa María, en San Isidro.
1950 - 1951	Ingresa a la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde estudia en la Facultad de Letras.
1952 - 1956	Estudia en la Facultad de Derecho de la PUCP.
1954	Ingresa a trabajar al estudio del prestigioso jurista Manuel Vicente Villarán (1873-1958), en donde ejerce profesionalmente hasta 1963.
8 de septiembre de 1955	Obtiene el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas con mención sobresaliente.
23 de diciembre de 1956	Obtiene el título de abogado con mención sobresaliente.
Diciembre de 1956	Publica «La publicidad del registro mobiliario». *Revista de Derecho*, n.° 15, año XIII.
1957	Se inicia en la enseñanza universitaria dictando la cátedra de Derecho Civil (Derechos Reales) en su alma máter, la cual continúa impartiendo hasta la fecha.
1958	Dicta la cátedra de Derecho Procesal Civil en la PUCP.
1960 - 1965	Dicta la cátedra de Derecho Registral en la PUCP.

Diciembre de 1960	Publica «Apuntes de Derecho Registral». *Revista de Derecho*, n.° 19, año XVII.
Diciembre de 1961	Publica «La Posesión y sus elementos». *Revista de Derecho*, n.° 20, año XVII. Asiste a la Segunda Conferencia de Facultades de Derecho de Latinoamérica, Lima.
1962	Dicta la cátedra de Derecho Civil (Personas) en la PUCP.
Junio de 1962	Dicta la conferencia *Transmisión de la propiedad inmueble por convención* en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
1963 - 1965	Ejerce la abogacía de manera independiente.
Abril de 1963	Asiste a la Tercera Conferencia de Facultades de Derecho de Latinoamérica, Santiago, Chile.
Mayo de 1963	Pronuncia el discurso «La Personalidad de Manuel Vicente Villarán» en el Colegio de Abogados de Lima (publicado posteriormente ese mismo año en la *Revista del Foro*, n.° 3).
Noviembre de 1963	Asiste al Seminario sobre Asuntos Jurídicos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, Montevideo, Uruguay.
1964	Integra la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima ocupando el cargo de Secretario. Publica «En memoria al doctor Luis Echecopar García». *Revista de Derecho*, n.° 23, año XXI.
30 de marzo de 1964	Es graduado de Doctor en Derecho Privado por la PUCP con mención sobresaliente.
Abril de 1964	Es elegido Decano de la Facultad de Derecho de la mencionada casa de estudios, cargo en el que permanece hasta 1970.
Diciembre de 1964	Publica «La Prenda». *Revista de Derecho*, n.° 23, año XXI.
1965	Es designado miembro de la Junta Directiva de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Publica el libro *La expropiación en las Américas, acápite correspondiente al Perú*. Nueva York: Inter

	American Law Center, Columbia University. Es socio fundador del Estudio de Abogados Rodrigo, Avendaño & Elías hasta 1970.
Mayo de 1965	Dicta la conferencia «Las afectaciones mobiliarias sin entrega en el Colegio de Abogados de Lima», publicada en la *Revista del Foro*, n.° 2. Publica «Títulos Supletorios y acción declarativa de prescripción». *Themis*, n.° 1, año 1, 1.ª época.
1966	Dicta la cátedra de Derecho Civil (Sucesiones) en la PUCP, dictado que repite en 1967. Integra la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, de la que formará parte hasta 1984. Pronuncia el discurso «Plan de Estudios». Fundamentación (publicado posteriormente en la *Revista de Derecho*, n.° 25).
Julio de 1966	Publica «In memorian, Ismael Bielich Flórez». *Themis*, n.° 3, 1.ª época.
Febrero – marzo 1966	Visita las Facultades de Derecho de las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y New York, en Estados Unidos, invitado por la Fundación Ford.
Julio de 1967	Publica «Los Títulos Valores». *Themis*, n.° 5, 1.ª época.
1968	Visita la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, Estados Unidos. Esta visita se repite en 1969, 1970 y 1971, asistiendo en todas las ocasiones a seminarios sobre educación legal auspiciados por la Fundación Ford, con la presencia de los profesores peruanos que estaban perfeccionándose en dicha Universidad.
Febrero de 1968	Visita la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, invitado por la Fundación Ford.
1969	En la apertura del año académico de la PUCP pronuncia el discurso «Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho» (publicado en la *Revista de Derecho*, n.° 27 y en separata de la Oficina de Publicaciones de la Universidad).

Enero de 1969	Visita las Facultades de Derecho de las Universidades de Chile, Católica de Santiago y Católica de Valparaíso, invitado por la Fundación Ford.
Febrero de 1970	Participa en Washington D.C., Estados Unidos, en la reunión consultiva organizada por el Banco Interamericano de Desarrollo para la creación del Instituto Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.
Julio de 1970	Es miembro del Estudio Avendaño hasta octubre de 1974.
Diciembre de 1970 a enero de 1973	Es Pro-Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1971	Publica *Derechos Reales* (materiales de enseñanza, primera edición). Publica el libro *Las empresas públicas en los países de la ALALC (sección correspondiente al Perú).* Buenos Aires: INTAL.
Abril de 1971	Asiste a la Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, realizada en Valparaíso, Chile.
Julio de 1971	Preside el Comité sobre Reforma de la Enseñanza del Derecho en los Países en Desarrollo con sede en Nueva York, cargo en el que permanece hasta 1975. Asiste en Santiago, Chile, a la asamblea de creación del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.
Octubre de 1971	Publica «Nuestra reforma de la enseñanza del Derecho» con Fernando de Trazegnies y Armando Zolezzi (*Revista de Derecho*, n.° 29).
Diciembre de 1971 a enero de 1973	Preside el Centro Inter Universitario de Desarrollo Andino (CINDA).
Febrero de 1972	Asiste al Seminario Mundial sobre educación legal en la Universidad de Poona, India.
Mayo de 1972 - 1989	Miembro de la Junta Directiva del International Legal Center (luego International Center for Law in Development).

1973	Participa en la 1.ª Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y Desarrollo, realizada en Lima.
Enero de 1973 - 1983	Presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Organiza por primera vez en el Perú los seminarios para la capacitación de jueces a nivel nacional.
1974	Dicta el curso Garantías en la PUCP, haciendo luego lo propio en 1975, 1978, 1979, 1980, 1982, 1983 y 1992.
Enero de 1974	Visita la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador para participar en las discusiones sobre docencia del Derecho, invitado por la Fundación Ford. Realiza una Estadía en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin a título de Honorary Fellow, hasta junio del mismo año, conduciendo un seminario de Derecho y Desarrollo en América Latina e investigando por cuenta propia.
Junio de 1974	Visita la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Caracas, con el fin de dictar conferencias sobre temas varios invitado por esa casa de estudios.
Julio de 1974	Visita la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, para dirigir un seminario sobre docencia jurídica para profesores. Participa en el Seminario sobre Docencia Jurídica en Ibarra, Ecuador, organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador.
Noviembre de 1974	Funda el Estudio Jorge Avendaño V.
Enero de 1975 a diciembre de 1976	Miembro del Comité Asesor de Investigación y Docencia del International Legal Center.
Septiembre de 1975	Participa en el Seminario de Problemas Jurídicos del Desarrollo en Caracas, Venezuela, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

Octubre de 1976	Es nombrado Profesor Honorario de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga, Ica, Perú.
1976 - 1979	Dicta Seminario de Propiedad en la PUCP (curso electivo).
Marzo de 1977	Participa en el Seminario sobre Asesoría Legal a Personas de Escasos Recursos, Barbados.
Octubre de 1977	Asiste a la IV Conferencia de América Latina sobre Derecho y Desarrollo, en Buenos Aires.
Mayo de 1979	Participa en el Seminario sobre Asesoría Legal a Personas de Escasos Recursos, Santo Domingo.
Septiembre de 1979	Participa en el Seminario sobre Derechos Humanos en el Agro del Área Andina, realizado en Bogotá, Colombia.
1980	Publica con otros autores el libro *La Nueva Constitución y su Aplicación Legal* (Ediciones CIC). Publica con otros autores *Auto-gestión y Participación Laboral en la Toma de Decisiones como factor de Cambio Social y Progreso Económico en los Países de Desarrollo*. Ljubljana, Yugoslavia: Centro Internacional de Empresas Públicas en Países en Desarrollo.
Agosto de 1980	Participa en la V Conferencia de América Latina sobre Derecho y Desarrollo, en San José, Costa Rica.
1981	Dicta el curso de Derecho Civil en el Programa de Especialización Judicial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en el I Curso de Actualización en Legislación Peruana de la Universidad de Lima.
1984	Publica *La posesión en el Código Civil de 1984.*
Diciembre de 1984	Publica «Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil». *Themis*, n.° 2.
1985	Publica *Libro Homenaje a José León Barandiarán.*
Julio de 1986	Publica «La posesión ilegítima o precaria». *Themis*, n.° 4.
1987 - 1993	Es elegido por segunda vez Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1989	Publica *Garantías* (materiales de enseñanza, primera edición).
Diciembre de 1989	Publica «*Themis*, cinco años de su segunda época». *Themis*, n.° 15.
Junio de 1991	Participa en Conferencias sobre la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, organizadas por la Facultad de Derecho de la PUCP.
1992 - 1994	Dicta Derecho Civil (Reales) en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Julio de 1993	Publica «El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos». *Themis*, n.° 26.
1993 y 1994	Es elegido y reelegido, respectivamente, Decano del Colegio de Abogados de Lima.
1994	Es nombrado Profesor Honorario de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
Mayo de 1994	Es designado Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Arequipa.
Octubre de 1994	Es declarado Huésped Ilustre de la ciudad de Arequipa.
Noviembre de 1994	Publica «El Derecho de Propiedad en la Constitución». *Themis*, n.° 30.
Abril de 1995	Es elegido miembro del Congreso de la República por el período de julio de 1995 a julio de 2000. Expone el tema *Constitucionalidad Democrática y Balance de Poderes* en la XI Reunión Diálogo por la Democracia, INTERCAMPUS (Universidad del Pacífico).
1995	Es elegido miembro de las Comisiones Parlamentarias Encargadas de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984 y de revisión del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades.
Junio de 1995	Interviene en el Seminario «Resolución de Conflictos en Materia Civil: Personas, Familia, Propiedad y Contratos», organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Agosto de 1995	Interviene en el II Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
Septiembre de 1995	Interviene en la IV Convención Nacional Académica de Derecho, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo.
Diciembre de 1995	Interviene en el II Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
1995 - 1999	Es miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI).
Marzo de 1996	Interviene en el Foro «Gobernabilidad del Diálogo Interamericano (Inter-American Dialogue)».
Enero 1996	Interviene en el Forum «Evaluación y Tendencias de la Licitación y Contratación de Obras Públicas», organizado por la Cámara Peruana de la Construcción con ocasión de los XV Años del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP.
Agosto de 1996	Interviene en el curso Capacitación de los Magistrados del Distrito Judicial de Lima, organizado por la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC).
Octubre de 1996	Expone el tema *La reelección presidencial* en la Facultad de Derecho de la PUCP.
Noviembre de 1996	Interviene en la Conferencia Internacional Arbitraje Comercial, organizada por la Cámara de Comercio Internacional de París. Expone sobre *El nuevo derecho de autor en el Perú* en un evento organizado por Perú Reporting.
1996 - 1998	Dicta el Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil (curso de integración) en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Marzo de 1997	Expone el tema *Reformas del Libro de Reales del Código Civil* en el Curso Superior de Actuali-

	zación sobre el Código Civil Peruano, organizado por el Colegio de Abogados de Lima.
Abril de 1997	Interviene en la Conferencia Interparlamentaria realizada en Seúl, Corea. Interviene en el Seminario «El Código Civil de 1984: Reformas o Enmiendas - Nuevas Corrientes en el Derecho Civil», organizado por *Themis*, Revista de Derecho, y realizado en dos sesiones, en abril y mayo.
Agosto de 1997	Expone sobre *Aspectos básicos de la garantía prendaria* en el Fórum Prenda Global y Flotante, organizado por el Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero.
Octubre de 1997	Expone sobre el *Tratamiento de los Derechos Reales en el Código Civil y sus Posibles Reformas* en el III Seminario sobre la Propiedad y su Función en una Economía de Mercado, organizado por la Dirección de Proyección Social de la PUCP.
Diciembre de 1997	Expone sobre *Características esenciales de la conciliación: obligatoriedad y función no jurisdiccional* en el Foro Internacional sobre la Ley de Conciliación, organizado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
Junio de 1998	Expone sobre *Derechos Reales* en el I Congreso Nacional de Derecho Civil sobre Reforma del Código Civil Peruano organizado por el Instituto de Investigación Jurídico Notarial - INDEJ y la revista *Scribas* (Arequipa).
Agosto de 1998	Expone sobre *Derechos Reales* en el I Congreso Nacional de Derecho Civil sobre Reforma del Código Civil Peruano organizado por el Instituto de Investigación Jurídico Notarial – INDEJ y la revista *Scribas* (Arequipa).
Septiembre de 1998	Expone el tema *Democracia y Estado de Derecho*, en los Ciclos Culturales organizados por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo y la Universidad Particular de Chiclayo.

Octubre de 1998

Interviene en el Vigésimo Foro Anual Parlamentario de las Naciones Unidas realizado en Nueva York, Estados Unidos.
Expone el tema *Derechos Reales, registro y reforma del Código Civil* en el I Congreso Nacional de Derecho Registral organizado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
Expone en el Seminario sobre El Derecho del Consumidor a no ser Discriminado organizado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Noviembre de 1998

Expone sobre *Posesión y Propiedad* en el Segundo curso de Postgrado de Derecho Registral, Propiedad Inmueble, Registro Mercantil y Vehicular de la Oficina Registral Regional de Arequipa.
Asiste a las Sesiones de las Comisiones de Asuntos Jurídicos y de Asuntos Políticos del Parlamento Latinoamericano, en Sao Paulo, Brasil.
Interviene en el Congreso Nacional de Casación Civil, evento organizado por la Asociación No Hay Derecho, con el auspicio académico de la PUCP.
Expone *El Abandono de la Propiedad en el Derecho Peruano* en el III Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial organizado por Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1999

Es miembro de la London Court of International Arbitration - Consejo de Usuarios de América Latina, el que integra hasta la fecha.
Publica «Servidumbres Mineras y Expropiación», en la revista *Cathedra*.
Publica «Las personas impedidas para adquirir concesiones», en el *Libro Homenaje a José León Barandiarán* (Fondo Editorial del Congreso de la República).
Dicta cursos en el Diplomado Internacional en Banca sobre Derecho Bancario y Bursátil, Asociación de Bancos del Perú.

Abril de 1999	Interviene en la Conferencia Interparlamentaria realizada en Bruselas, Bélgica.
Mayo de 1999	Expone la *Reforma al Libro de los Derechos Reales* en el Foro Jurídico del Congreso Nacional de Reformas al Código Civil y Código de Comercio, organizado por la Universidad Nacional de Trujillo.
Mayo a junio de 1999	Interviene en el Seminario «Reformas del Código Civil y del Código de Comercio: resultados legislativos y propuestas», organizado por *Themis*, Revista de Derecho y la Comisión Reformadora de Códigos del Congreso de la República.
Julio de 1999	Expone en el Seminario «El Código Civil 1984 – Libro V: Derechos Reales: Proceso de Reforma Legislativa», organizado por la Escuela Académico Profesional de Derecho y Ciencias Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho.
Agosto de 1999	Interviene en el II Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la Ley de reforma del Código Civil del Congreso de la República del Perú, Arequipa.
Septiembre de 1999	Expone sobre *Derechos Reales* en el Congreso Internacional 15 años del Código Civil peruano. Hacia su reforma, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Participa en el Vigésimo Primer Foro Anual Parlamentario de las Naciones Unidas, realizado en Nueva York, Estados Unidos.
Octubre de 1999	Expone sobre la *Reforma del Libro de los Derechos Reales*, en el Seminario Reforma del Código Civil y del Código de Comercio, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Expone sobre *La eficacia constitutiva de los Registros Públicos*, en el Seminario Los Registros Públicos frente a la Reforma del Código

	Civil, organizado por *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.
Noviembre de 1999	Expone sobre *La reforma de los Derechos Reales*, en las charlas sobre la Reforma del Código Civil organizadas por el Centro Federado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expone sobre *Transferencia de propiedad y saneamiento registral* en el Seminario «¿Por qué hay que modificar el Código Civil?», organizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Expone sobre *Derechos Reales de Garantía y Registros Públicos* en las Mesas Redondas: Jornadas sobre la Reforma del Código Civil, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República.
Diciembre de 1999	Expone *Vida y Pensamiento de José León Barandiarán* en las Conferencias Magistrales La Ciencia Jurídica en el umbral del milenio (Balance y Perspectivas) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2000	Publica «El Congreso de la República: vicios y reformas», en la revista *Brújula* de la Asociación de Egresados y Graduados de la PUCP. Publica «El contrato de underwriting». *Revista Jurídica – Normas Legales*, 2000.
Mayo de 2000	Participa en la Conferencia Interparlamentaria realizada en Amman, Jordania. Expone sobre *Sistemas de Garantías* en evento organizado por el Centro Cultural de la PUCP. Dicta curso en materia de arbitraje en un evento convocado por la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud del Perú y el Centro de Conciliación del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación – IPRECON.

	Expone sobre *El Derecho de Propiedad, Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil* en la Mesa Redonda organizada por Folio Real, revista peruana de Derecho Registral y Notarial.
Junio de 2000	Expone sobre *Las Garantías Reales* en el Seminario «Algunos temas que deben modificarse en el libro de Derechos Reales», organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Julio de 2000	Expone sobre *Derechos Reales* en el Diplomado Derecho Civil Patrimonial, organizado por *Scribas*, Revista de Derecho, y el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial - INDEJ, Arequipa.
Octubre de 2000	Publica el libro *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República*. Es nombrado Profesor Honorario de la Universidad Privada de San Pedro de Chimbote (Ancash).
Noviembre de 2000	Es nombrado Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa).
Marzo de 2001	Dicta conferencia sobre *Derechos Reales* en las Primeras Jornadas Peruanas de Derecho Civil Patrimonial, organizadas por Palestra Editores.
Mayo a julio de 2001	Integra la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, nombrada por el gobierno de Valentín Paniagua.
Julio de 2001	Dicta conferencia sobre *Derecho de Propiedad y seguridad en el tráfico inmobiliario*, en el IV Congreso Nacional de Derecho Registral, organizado por los Registros Públicos de Arequipa.
Abril de 2002	Expone sobre *Estructura del Estado* en la Cuarta Mesa Redonda sobre Reforma Constitucional, organizada por el diario *El Comercio* y Canal N.
Mayo de 2002	Expone sobre *Garantías Bancarias* en la Mesa redonda organizada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Agosto de 2002	Expone *Regulación de los lobbies en el Sistema Jurídico Peruano* en la Audiencia Pública «La Regulación de los lobbies en el Perú: Transparencia en las gestiones de interés» organizada por el Congreso de la República.
Octubre de 2002	Es nombrado Presidente de la Comisión que elabora el Anteproyecto de la Nueva Ley de Garantía Mobiliaria.
Noviembre de 2002	Publica «El Caso Yanacocha. Diálogo con la Jurisprudencia», en la *Gaceta Jurídica*.
Diciembre de 2002	Es nombrado Presidente de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (ley 26394).
2003	Publica en el libro *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, de Gaceta Jurídica.
Febrero de 2003	Expone sobre *Régimen de garantías en el marco del sistema financiero. La hipoteca, prenda, warrant y la fianza. Aspectos generales, características, principales problemas y su aplicación en el contexto de la garantía sábana,* en la Primera Jornada de Asesoría Jurídica del Banco Continental.
Marzo de 2003	Expone sobre *Régimen de Propiedad* en el Forum «Reforma Constitucional: Régimen Económico», organizado por la PUCP y el Ministerio de Justicia.
Abril de 2003	Es nombrado Profesor Honorario de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Expone *Hacia una Ley de Reformas del Código Civil de 1984 y las propuestas de Reforma al Libro de los Derechos Reales* en el I Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Diserta sobre *la Reforma del Libro de Derechos Reales* en el evento «Aspectos Relevantes en las Relaciones Jurídico Patrimoniales», organizado por la Asociación Civil Derecho y Sociedad.
Agosto de 2003	Dicta conferencia sobre *Garantías*, en el Seminario «Desarrollo de los Mercados Financieros y de Capitales», organizado por el Banco

Central de Reserva del Perú. Participa en el Conversatorio Internacional sobre Experiencias de Reforma de la Administración de Justicia, organizado por el Poder Judicial y el Banco Mundial.
Expone *Organización Financiera Internacional y Crisis Bancarias* en el Programa de Actualización Financiera para Congresistas y Asesores, organizado por el Congreso de la República y el Instituto de Formación Bancaria.

Octubre de 2003

Participa en el Seminario «La nueva ley de Garantías Mobiliarias - Implicancias jurídicas», financieras y registrales, organizado por *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Noviembre de 2003

Participa en la 41.ª Conferencia Anual de Ejecutivos – CADE 2003. Interviene en el tema *¿Se puede reformar el Sistema Judicial?*

Marzo de 2004

Publica, conjuntamente con Shoschana Zusman T., *«Calidad Total» en la enseñanza del Derecho.*

CAPÍTULO PRIMERO
JURISTA Y MAESTRO

Jorge Avendaño, un realizador

Javier de Belaunde López de Romaña

La participación en el libro de homenaje a Jorge Avendaño es para mí motivo de profunda satisfacción personal, no solo por la antigua vinculación que me une con el doctor Avendaño, iniciada en los claustros de la Universidad Católica cuando él era profesor y Pro-Rector y yo alumno y dirigente estudiantil, sino porque es una oportunidad para destacar —más allá de cualquier afecto personal— la significativa trayectoria al servicio del Derecho y del país de un reformador por convicción y de un realizador por temperamento.

¿Cuáles son las características de esta rica trayectoria personal que han llevado a Jorge Avendaño a ser elegido en dos etapas Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Congresista de la República y ser uno de los más destacados líderes de opinión?

En primer lugar, Avendaño es un abogado en el más cabal y amplio sentido del término. Graduado en la Universidad Católica, ha ejercido la profesión como consultor y como defensor por más de 45 años.

No obstante, si bien es cierto que el ejercicio profesional ha significado para Avendaño la columna vertebral de su interés y actividad, su continuada presencia en la Universidad, como maestro y como autoridad, ha sido particularmente trascendente. Profesor desde el año 1957 del curso de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, ha incursionado también a lo largo de estos años en la enseñanza de otras materias como Derecho Registral, De-

recho de las Personas, Sucesiones, Garantías Reales y el Seminario de Propiedad. La Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos ha sido también ámbito de su actividad académica. Profesor respetado y querido por sus alumnos, ha alentado en ellos su sentido crítico dando prioridad a una formación que siempre intentó trascender la exégesis de la ley.

El curso de Derechos Reales ha constituido y constituye en la formación universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica un hito para sus estudiantes, no solo por el contenido del mismo, sino por la metodología y personalidad de un profesor esencialmente motivador, plenamente consciente que en la enseñanza del Derecho no basta la transmisión de conocimientos, sino que lo fundamental está en el desarrollo de las habilidades que el futuro abogado debe poseer.

Elegido Decano de la Facultad en 1964 cuando solo tenía 31 años de edad, ejerció por primera vez dicho cargo hasta 1970, oportunidad en la que impulsó y dirigió una profunda reforma en la enseñanza del Derecho, fruto de la cual se incorporaron por primera vez a la Universidad profesores a tiempo completo y a medio tiempo, a quienes se preparó en virtud de un convenio con la Universidad de Wisconsin; se reformó totalmente el currículum y contenido de los cursos; se creó un instituto de investigaciones; se introdujo la metodología de enseñanza activa; se elaboraron materiales de enseñanza mediante la reformulación a la aproximación del Derecho, con el objetivo de estudiarlo no solo en sus aspectos normativos —como había primado hasta entonces—, sino en su vigencia social efectiva.

Jorge Avendaño, en su discurso de inauguración del año académico de 1969, formuló los lineamientos de la reforma. Denunció que el Derecho enseñado en las aulas estaba desvinculado de la realidad y que esta desvinculación consistía en qué se enseñaba y cómo se enseñaba. Asimismo, llamó la atención sobre la necesidad de vincular estos temas con una concepción nueva del Derecho. Como afirma Avendaño en la ponencia que conjuntamente a los profesores Fernando de Trazegnies y Lorenzo Zolezzi presentaron en 1971 en la Conferencia de Valparaíso sobre la Enseñanza del Derecho:

> [La nueva noción del Derecho que propició la reforma se apoyó] en la idea que el Derecho es ante todo una forma de estructuración social y no un mero orden formal contenido en Códigos y Leyes [...]. El Derecho no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social,

> vive entretejido en ellos y es, al mimo tiempo, causa y efecto de ellos. Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social.

Ello desembocó en un estudio del Derecho

> [...] tal como efectivamente vive en la sociedad a través de las decisiones judiciales, de la interpretación habitual de sus normas por quienes están sometidos a ellos [...]. Interesó estudiar el Derecho superando su análisis abstracto —como afirman en dicha ponencia—, reinterpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado. Por ese motivo era imprescindible encontrar métodos de enseñanza más ajustados a la realidad, flexibles, carentes de toda rigidez o dogmatismo, en los que tuviera cabida una actividad cuestionante.

Existía la plena convicción de que «[...] un cambio en la enseñanza produciría un nuevo tipo de hombre de Derecho, y dentro de las limitaciones propias de las relaciones entre Derecho y Sociedad, un nuevo tipo de hombre de Derecho contribuiría a formar un nuevo tipo de sociedad».

No es propósito de estas líneas ahondar en esta temática, pero es oportuno destacarla porque la reforma realizada en la Universidad Católica tuvo una importante repercusión nacional e internacional y significó, en su momento, un cambio profundo de la manera como se había venido enseñando el Derecho. Fue una prioridad capacitar profesores jóvenes en el extranjero y conseguir el concurso de la cooperación técnica internacional para este propósito. Si bien otros profesores concurrieron a este esfuerzo, la decidida presencia de Avendaño en el Decanato de la Facultad como cerebro y nervio de la reforma fue fundamental. No debe extrañar, pues, que quien propició una ruptura en la manera de ver y enseñar el Derecho, años más tarde en el Colegio de Abogados de Lima propiciara el acercamiento y presencia en la comunidad y sus problemas, actitud que marcó un hito importante en la vida institucional del Colegio.

La presencia de Avendaño en las décadas 1970 y 1980 en diversas instituciones internacionales preocupadas en los problemas jurídicos que plantea el proceso de desarrollo económico y social es intensa. Desde 1971 hasta 1975 presidió el Comité sobre Reforma de Enseñanza del Derecho en los Países en Desarrollo. Este comité creado por el International Legal Center con sede en Nueva York, estuvo integrado por quince miembros representantes de los cinco continentes.

Desde de 1971 hasta 1973 fue Presidente del Centro Interuniversitario de Desarrollo Andino, institución de carácter científico y académico cuyo objetivo es analizar, promover y orientar el aporte de las universidades de la Región Andina al proceso de integración y al desarrollo político, económico y social de América Latina.

Desde mayo de 1972 hasta 1989 fue miembro de la Junta Directiva del International Legal Center (luego International Center for Law and Development) y entre 1973 y 1983, Presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Desde enero de 1975 hasta diciembre de 1976, miembro del Comité Asesor de Investigación y Docencia del International Legal Center.

La activa presencia de Avendaño en estas y otras instituciones llevó la presencia académica peruana a una comunidad internacional interesada en vincular el derecho y el desarrollo, y que, por entonces, brindó una especial atención al tema de la educación legal.

Esta preocupación por el papel del Derecho y del cambio social hace también a Jorge Avendaño promotor de una actividad particularmente trascendente. Al final de la década del setenta, como Presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, impulsó, mediante un convenio con la Corte Suprema del Perú, los primeros programas de capacitación para jueces. Fui protagonista de los mismos y testigo del enorme impacto nacional que tuvieron los denominados Seminarios-Taller. Doscientos ochenta jueces y vocales participaron en un programa destinado a propiciar un análisis de su rol social y a reciclar sus conocimientos. Nunca antes los jueces habían participado en programas de capacitación. En muchos distritos judiciales jamás siquiera se habían reunido.

Los Seminarios-Taller para magistrados realizados entre 1977 y 1981 no solo son el origen de la Asociación Nacional de Magistrados, sino el antecedente de la Academia de la Magistratura; pues a partir de entonces la capacitación fue percibida por los jueces como una necesidad orgánica.

Como integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil, su aporte al Libro de Derechos Reales en el Código Civil de 1984 es reconocido. La noción de bienes registrados y no registrados, que si bien no se acogió expresamente, está reconocida en no menos de quince artículos en todo el Código. Hoy nadie discute esta clasificación. Temas como la ejecución extrajudicial de la prenda, la transferencia de propiedad de los bienes muebles mediante tradición y la posesión ilegítima, merecieron la atención y propuesta del codificador Avendaño y sus aportes adquirieron indudable importancia con el tiempo.

Después de una sostenida actividad docente volvió en 1987 a ser elegido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, cargo que ejerció hasta 1993 y en la que realizó una exitosa labor, no solo en la modernización curricular. Su obra como realizador es impactante. Fruto de la crisis económica de la Universidad y del país, la Facultad de Derecho no contaba con un local adecuado. La gestión del doctor Avendaño —entre otras actividades— hizo posible la construcción de un moderno y amplio local que implicó movilizar personas y recursos para una obra que parecía tan necesaria como imposible. La estructura del auditorio de Derecho, que luego la Universidad concluyó, fue obra también de su eficiencia gestora.

Estos son algunos de los antecedentes que hicieron que un nutrido grupo de abogados propusiera a Jorge Avendaño para el Decanato del Colegio de Abogados de Lima; reto que él aceptó y que tuvo como punto de partida no solo la elaboración de un Plan de Acción que entrañó visitar a centenares de abogados en sus lugares de trabajo para conocer sus expectativas, sino la conformación de una lista de candidatos a la Junta Directiva que reunió a personas de singular calidad, y capacidad personal y académica. Puntualizo esto pues considero que ello fue un factor importante del éxito alcanzado en la gestión como Decano y porque, además, expresa una de las características más destacables de Avendaño: su capacidad para congregar y movilizar en torno a proyectos a las personas idóneas para llevarlos a cabo.

A continuación, me refiero con especial énfasis a su labor en el Decanato del Colegio de Abogados de Lima (CAL); pues estimo que, más allá del claustro universitario de su alma máter, Avendaño logró convertir al Colegio de Abogados de Lima, en una institución con presencia social en la defensa de la institucionalidad y de valores esenciales, en un momento crítico de la vida republicana.

Jorge Avendaño fue elegido Decano del CAL a fines de 1992 y reelegido en 1993 con cerca del 90% de los votos. El momento en el cual la Junta Directiva que él presidió asumió por primera vez la dirección del Colegio de Abogados en enero de 1993 fue particularmente difícil.

A la honda y crónica crisis de confianza ciudadana en el sistema legal y en el servicio de justicia, se sumaba el reciente quebrantamiento del orden constitucional por el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. El Congreso Constituyente Democrático había sido convocado y elegido, la ciudadanía esperaba que esa fuera la vía para recobrar la

normalidad democrática. Al mismo tiempo, exigía y esperaba reformas institucionales profundas.

A esta difícil situación, se sumaba una creciente masificación de la profesión legal. Desde la sociedad y desde el Estado, se exigía a los colegios de abogados que cumplieran adecuadamente con su papel de control deontológico. No obstante, entre la elección y la asunción del mando por Avendaño, el CAL, como el resto de colegios profesionales, fue privado de sus rentas.

En los dos períodos, Avendaño y sus directivas alcanzaron importantes logros, algunos de los cuales resulta oportuno destacar porque expresan la importancia y el especial significado del paso y de la huella de Jorge Avendaño en el Colegio de Abogados.

1. El problema de las rentas y la colaboración con el Poder Judicial

Como he referido, pocos días antes de asumir Avendaño el Decanato, se promulgó el Decreto Legislativo 26092 que de manera inconstitucional privó de las rentas que la ley, en acatamiento al Artículo 33 de la Constitución entonces vigente, había asignado a los colegios profesionales. Era una de las vías que el gobierno autoritario había encontrado para minar las instituciones gremiales.

El Colegio de Abogados de Lima no solo cuestionó mediante una acción de amparo la aplicación de la inconstitucional norma, sino que afrontó con imaginación la difícil situación que se creaba. De manera rápida había que idear mecanismos de financiamiento que, sin elevar a montos imposibles las cuotas de los colegiados, les permitieran seguir cumpliendo con sus funciones básicas, así como prestando los diversos servicios que el Colegio brinda. Estimo que no se ha recalcado suficientemente lo que significó afrontar de forma exitosa tan difícil situación. El Colegio tuvo que idear mecanismos de financiación —compatibles con su esencia— para subsistir. Los planes y programas de la Junta Directiva recién elegida no resultaban viables si este problema no se resolvía.

En esta línea, es importante destacar cómo este propósito se hizo compatible con los objetivos vinculados a la esencia misma del Colegio de Abogados. Creo importante resaltar la celebración del convenio con el Poder Judicial para que sea el Colegio quien efectúe las notificaciones judiciales en los procesos civiles. Este convenio que de-

bió ser negociado y discutido cuidadosamente, permitió al Colegio no solo agenciarse de rentas, sino coadyuvar al servicio de justicia. El reiterado problema de la certeza y regularidad de las notificaciones judiciales fue asumido por el Colegio; esta decisión significó contraer una responsabilidad en la solución de tan antiguo como complejo problema, pues se superó el nivel de la mera denuncia. De esta manera, el Colegio asumió la responsabilidad de efectuar la primera notificación a las partes en el domicilio correspondiente. Adicionalmente, el Colegio obtuvo que se dispusiera que, en el desarrollo del proceso, el resto de notificaciones sean hechas en las casillas que los abogados deben tener en el local del Colegio.

Toda esta tarea no fue nada fácil; trajo consigo poner de acuerdo voluntades e intereses disímiles, afectar a intermediarios que en el entorpecimiento de la justicia obtenían beneficios y diseñar un sistema operativo que funcionara adecuadamente. Superados los problemas iniciales, el Colegio pudo conjugar un servicio al Poder Judicial, a los justiciables, a los abogados y, además, generar una fuente de recursos para superar la situación antes descrita.

El convenio celebrado con el Indecopi para recibir por delegación las funciones propias de la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida al Mercado, en el marco de la Ley de Reestructuración Empresarial, se insertó también en esta confluencia de intereses. El Colegio obtuvo rentas y, de otro lado, constituyó una comisión de primer nivel para coadyuvar a la adecuada implementación de la referida Ley.

2. Una voz democrática

En el contexto del debate constitucional y de una situación general que requería superar los nocivos efectos del golpe de Estado de 1992, el Colegio de Abogados de Lima se constituyó en una plural voz democrática. A través de los pronunciamientos, foros y declaraciones públicas, el CAL y su Decano con absoluta independencia, lo que dio fuerza a su opinión, señaló permanentemente el rumbo del regreso a la constitucionalidad y reafirmó el predominio de los valores democráticos.

La defensa de los derechos humanos, la necesidad de la separación y contrapeso de poderes y la independencia del Poder Judicial, fueron algunos de los temas que la atenta Junta Directiva presidida por Jorge Avendaño puso permanentemente de manifiesto.

Debe destacarse la acción de inconstitucionalidad que el CAL interpuso ante la Corte Suprema contra la denominada Ley Cantuta, que se dictó cuando en el Supremo Tribunal se produjo una discordia sobre si era el fuero civil o el militar el competente para conocer el caso. Dicha Ley, dictada para aplicarse en un caso ya votado en la Corte, fue cuestionada por el CAL. Más allá de la suerte que dicha acción corrió, la actitud del CAL sirvió para mostrar coherencia entre la voz democrática de sus pronunciamientos principistas y su accionar.

Alguna vez, por entonces, un observador extranjero me preguntó cómo explicaba la audiencia que tenía en la comunidad el CAL y su Decano. Creí entonces, y creo ahora, que sobre la base de una institución que goza de prestigio, en gran medida por una trayectoria de seriedad y respetabilidad de quienes ejercieron antes el Decanato, el período de Avendaño había tenido una especial cercanía con la comunidad, no solo a través de algunos programas, sino de un mensaje comunicado con sencillez y llanura que sostenía que una sociedad solo tiene destino cuando el sistema jurídico es suficientemente defendido.

El auditorio del CAL se convirtió en un permanente foro de todo tipo de conferencias. En él, se debatieron planteamientos constitucionales, normas legales y problemas nacionales. El auditorio abierto al público, fue un punto de encuentro de posiciones y de debate democrático. No solo tuvieron relevancia diversos programas de actualización dirigidos a los abogados, como los realizados sobre el nuevo Código Procesal Civil, sobre el Código Penal y sobre las nuevas leyes que regulaban la competencia, sino los diversos debates sobre la gobernabilidad e institucionalidad democrática. El Colegio de Abogados se constituyó en el centro del debate jurídico más importante del país.

A este mismo propósito respondió el nombramiento de una Comisión Especial de Análisis y Crítica de la Jurisprudencia, que orientó su trabajo, no a la revista especializada, sino al gran público. El decano Avendaño celebró un convenio con el diario *El Comercio* para publicar, quincenalmente, una sección de crítica de la jurisprudencia. El CAL quiso así contribuir al control social de la administración de justicia y, al mismo tiempo, poner al alcance del público comentarios que enriquecieran la cultura jurídica. Esta labor iniciada en el período de Avendaño y continuada por Felipe Osterling cumplió dos años de publicaciones y fue posible gracias a la colaboración de más de casi cuarenta especialistas.

3. El aporte a la Constitución

Pero donde ciertamente la presencia del CAL y de su Decano resultó particularmente relevante fue en el debate constitucional. Desde su discurso de instalación en 1993, Jorge Avendaño trazó diversos lineamientos de importantes reformas constitucionales relacionadas, principalmente, con el servicio de justicia. Con posterioridad, el CAL participó en el debate constitucional, organizó una reunión de especialistas para hacer un planteamiento coherente que se presentó al Congreso Constituyente Democrático como un aporte de singular importancia en los temas de Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo de la Magistratura, Defensoría del Pueblo y Tribunal Constitucional.

El CAL quiso contribuir al diseño de un sistema de administración de justicia que sirviera para crear un marco constitucional adecuado para su reforma.

El Colegio postuló y propuso la Defensoría del Pueblo como un órgano autónomo del Ministerio Público; pero quizá la mayor relevancia de su aporte constituye consistió en haber coadyuvado a lograr la configuración de un Consejo de la Magistratura apolítico. El CAL luchó hasta el final porque los jueces sean nombrados, no solo propuestos, por el Consejo de la Magistratura y postuló que dicho Consejo estuviera integrado por funcionarios a tiempo completo y dedicación exclusiva que no representaran a los poderes políticos, sino a instituciones de la sociedad civil.

Hasta el final, y cuando parecía que una tendencia adversa se impondría, el CAL sostuvo la conveniencia de que exista un Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad, diferente del Poder Judicial.

Los aportes del Colegio tuvieron enorme relevancia para el diseño constitucional que, en estas materias, contienen aspectos indudablemente positivos.

4. Proyecto de educación cívica de la población

La Junta Directiva del CAL presidida por Avendaño tuvo conciencia que su responsabilidad abarcaba a la sociedad en su conjunto. Por ello, en virtud de un Convenio con el AID, se buscó vigorizar la educación cívica de la población en torno a conceptos tales como Democracia, Estado de Derecho, Legalidad y Derechos Humanos. Entre

octubre de 1993 y octubre de 1994, se desarrolló un programa piloto en los cuatro conos de Lima para profesores y líderes de la comunidad, destinado a tratar los temas mencionados desde una perspectiva jurídica pero aplicados a la vida cotidiana. Se trataba de prácticas que recogieran en la vida diaria estos conceptos.

La acogida fue enorme y, para quienes trabajaron en el proyecto, fue estimulante encontrar que el acceso a la ciudadanía se debía, en gran medida, a la credibilidad del CAL.

5. Reactivación del sistema del control deontológico

Jorge Avendaño afirmó en su discurso de instalación en el CAL que la responsabilidad de los abogados en el sistema de administración de justicia no podía ser soslayada y que la crítica social a la administración de justicia nos involucraba frontalmente. Por ello, era indispensable acabar con la imagen de abogados intermediarios de corrupción. Ello explica que la Junta Directiva se abocara a la reactivación del sistema de control deontológico como una manera de responder a esta exigencia social y a la razón de la consagración constitucional de los colegios profesionales.

6. Ley de las elecciones presidenciales

Es también destacable el aporte del CAL a la viabilidad de las elecciones de 1995. La Junta presidida por Jorge Avendaño sirvió de brújula en un momento de confusión y entrampamiento para decidir el camino para la realización de las elecciones. La nueva Constitución había diseñado un sistema electoral diferente al precedente, basado en tres organismos autónomos y con funciones específicas, cuya conformación y puesta en marcha requería de una serie de pasos, un mecanismo complejo y un tiempo extenso para su cabal cumplimiento. Dicho sistema pretendía ser implementado antes de las elecciones generales, lo que en la práctica ponía en riesgo la viabilidad misma de las elecciones.

El CAL no se limitó a fomentar el debate, de suyo trascendente, sino que presentó un proyecto de ley al Congreso Constituyente Democrático para resolver el entrampamiento y conciliar la realidad jurídica con la realidad política en un momento de transición constitu-

cional. El CAL había encontrado y diseñado una salida. Ante la sorpresa de muchos, el proyecto fue acogido y se convirtió en la Ley 26304 que dispuso que el Jurado Nacional de Elecciones, íntegramente renovado, condujera las elecciones para Presidente de la República, Vice-Presidentes y congresistas el año 1995.

Un aporte de gran repercusión nacional, que constituyó una muestra significativa de lo que fue un Decanato atento al acontecer nacional y a las necesidades sociales; plenamente consciente de la responsabilidad del CAL y de los abogados para con la sociedad; siempre dispuesto, sin segundas intenciones, a usar la imaginación para ofrecer soluciones desde esa maravillosa herramienta que es el Derecho.

Por ello, Jorge Avendaño concluyó sus dos períodos como Decano de los abogados de Lima en medio de un gran reconocimiento. Es claro que supo, en un difícil contexto, servir a los abogados, poner el CAL al servicio de la sociedad, convertirlo en una ancha casa de todos y, sobre todo, en activo agente de los valores democráticos.

Llamado por la política, fue elegido congresista en 1995 en la lista de Unión por el Perú que postuló a la Presidencia a un ilustre peruano, don Javier Pérez de Cuéllar. Formó parte de la combativa minoría parlamentaria que en el período 1995-2000, intentó cerrar el paso al proyecto político autoritario que se impuso desde el Poder Ejecutivo atropellando el Derecho y las instituciones. Las intervenciones de Avendaño en el Congreso resultan particularmente esclarecedoras de lo que debe ser la defensa del Estado de Derecho y la condena del proceso implacable de desconstitucionalización que vive el país, en el cual, a través de prácticas y de leyes abiertamente contrarias a la Constitución escrita, ésta es paulatinamente vaciada de contenido.

Con el título *A la luz del Derecho. Cinco Años en el Congreso de la República*,[1] Jorge Avendaño publicó, al finalizar su periodo legislativo, una especie de rendición de cuentas de su labor. En él, podemos apreciar no solo la valía de sus propuestas, dictámenes e intervenciones, sino su convicción democrática que lo hace estar presente en todos los momentos importantes de la tenaz lucha por la democracia que esa valerosa minoría parlamentaria libró. No creo que fuera inútil la permanente batalla que sostuvieron esos congresistas que encarnaron la decencia política y la fe democrática en su intento por evitar el colapso de la constitucionalidad. La historia reconocerá en este grupo

[1] Avendaño, Jorge. *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República*. Trujillo: Normas Legales, 2000.

la antorcha que mantuvo la luz en uno de los periodos más tenebrosos de la República y, sin duda, el fuego que alentó el derrumbe del gobierno autoritario que en el 2000 pretendió perpetuarse en el poder.

Avendaño forma parte de ese grupo al que el país le debe aún un reconocimiento. Su labor parlamentaria es múltiple. Destacan sus propuestas para el desarrollo legislativo y defensa de las instituciones que conforman el sistema de justicia (Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Ministerio Público y Consejo Nacional de la Magistratura), así como la Defensoría del Pueblo. Su oposición a las normas que la mayoría parlamentaria fue proponiendo y aprobando para permitir en el año 2000 la segunda reelección presidencial fue aguda. La defensa de los magistrados del Tribunal Constitucional absurda y arbitrariamente destituidos por el Congreso, el apoyo a mecanismos que permitan la libertad de inocentes condenados injustamente a prisión por terrorismo, su defensa al debido proceso respecto del tema de los jueces y tribunales sin rostro y su oposición al retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron algunos aspectos de la destacable participación de Avendaño en la defensa de la democracia.

Concluido su periodo parlamentario, Avendaño decidió no volver a postular. Quizá, como le he oído decir, decepcionado del Congreso mas no de la política, opta por volver con pasión al ejercicio profesional, sin descuidar su interés por la cosa pública, entendiendo que su aporte al país está en los claustros universitarios y en el contacto con la comunidad.

Por ello, en estos últimos años no solo es destacable su participación en el 2001 en la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional que creó el Gobierno de Transición del doctor Valentín Paniagua y el singular impulso con el que presidió a partir de diciembre de 2002 la Comisión Revisora del Código Civil, sino, una vez más, su compromiso universitario. Jorge Avendaño, con renovados ímpetus juveniles, encabeza por encargo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Armando Zolezzi, una comisión que viene renovando contenidos y métodos en la enseñanza del Derecho. Como hace 35 años, Avendaño lidera un ambicioso plan de reforma y modernización de la enseñanza del Derecho en la Universidad Católica. Para quienes nos formamos y comprometimos como profesores en la reforma de los años 70, es estimulante y ejemplar comprobar la constancia, dedicación y entusiasmo con el que Jorge impulsa el auscultamiento y análisis de la realidad, la renovación permanente de conte-

nidos y métodos, el aliento que brinda a los jóvenes y la conmovedora pasión con la que defiende sus ideas. Del mismo modo, participa de la convicción de que la reforma del sistema judicial y la vigencia del sistema legal se juegan en gran medida en lo que se hace hoy en las facultades de Derecho, en la calidad de la formación universitaria. Por ello, impulsa con vehemencia el compromiso y la responsabilidad de la universidad peruana en la formación de los futuros jueces y abogados.

Por otro lado, numerosos artículos en diarios y revistas, frecuentes apariciones en radio y televisión, opinando y orientando en temas políticos, constitucionales y judiciales, han hecho de Jorge Avendaño en los últimos años uno de los líderes de opinión más reconocidos. Con una especial habilidad para la divulgación, Jorge ha sintetizado su experiencia política, sus dotes de maestro y hombre de Derecho, para encontrar en el aula de la opinión pública un ámbito mayor para ejercer la docencia.

El libro de homenaje resulta así un testimonio de aprecio de sus colegas y discípulos a la trayectoria múltiple de alguien que, en plena actividad, está profundamente comprometido con el desarrollo del país y de sus instituciones. Su compromiso universitario, su paso por la dirección del CAL y por la política, son en Avendaño experiencias que enriquecen su presencia en la vida pública y en la docencia cívica.

Por ello, por su entusiasta compromiso con la vida y con su tiempo, por ese afán de hacer, de convocar, de emprender y de innovar, nos atrevemos a decir que este joven de 70 años promete y que podemos esperar mucho de él.

Jorge Avendaño en el recuerdo

Domingo García Belaunde

La invitación para participar con una colaboración en un libro de homenaje a Jorge Avendaño me llegó relativamente hace poco tiempo. En todo caso, no con la anticipación debida, porque hubiera sido mi deseo preparar para esa ocasión, algo más orgánico y de más vasto alcance. Pero no ha sido así, y no tengo más remedio que limitarme, a vuelapluma, a esbozar algunos lineamientos sobre lo que pueden ser mis recuerdos de hace algunos años en relación con el homenajeado.

Debo señalar, sin embargo, que a quien primero conocí fue a su padre, Jorge Avendaño Hübner, médico destacado y profesor universitario, a quien vi muchas veces en casa de mis padres y a quien recuerdo, sobre todo, por su fino sentido del humor y por sus anécdotas, algunas muy picantes. Eso ocurrió durante mi etapa escolar y, más tarde, cuando fue mi profesor en el curso de Medicina Legal, no hice más que confirmar mi impresión inicial.

Pues bien, en esa época, yo no conocía a Jorge *junior*, por así llamarlo ahora. Recuerdo que mi padre se refería a *Coco*, que no era otro que el hijo de su amigo y lo que recuerdo inicialmente en mi memoria es el nombre de *Coco*, y nada más que eso.

Pasó el tiempo e ingresé a la Universidad Católica en 1961 y, por cierto, a la Facultad de Letras, entonces ubicada en la Plaza Francia, en el viejo local de la Recoleta, tan típico y tan lleno de recuerdos. Cuando pasé a la Facultad de Derecho, lo que hice fue mudarme unas cuantas cuadras más arriba, pues esta Facultad funcionaba, en aquel

entonces, en los altos de la vieja casona que había pertenecido a Riva Agüero, en la cuarta cuadra del jirón Camaná, que todavía algunos conocían como Lártiga.

Mi ingreso a Derecho fue en cierto sentido un trauma. Del diletantismo sano de Letras, pasamos a una disciplina férrea en Derecho, que se encargaba de recordarnos su fiero secretario, Xavier Kieffer-Marchand, con rostro adusto, pero que encerraba, o mejor dicho escondía, una gran bondad y una extraordinaria eficiencia.

En esa época (1963) era Decano de la Facultad de Derecho, Raúl Ferrero Rebagliati, con quien años después iba a tener una gran amistad y quien me inició en lo que después sería el centro de mis inquietudes intelectuales. Ferrero acabó su período a principios de 1964, momento en el cual fue elegido Jorge Avendaño como Decano de la Facultad. A este último lo había conocido desde inicios de ese año, pues era nuestro profesor en el segundo curso de Derecho Civil, dedicado a los Derechos Reales. De él, como profesor, puedo decir que fue modélico. No faltaba nunca a clase —salvo quizá por algún imponderable— era riguroso en el control, pero tolerante y siempre estimulando a los alumnos. Pero, sobre todo, era claro, con una claridad que parecía cartesiana. Y, además, con una exposición brillante que disimulaba en veces la dificultad de la materia. Fue ese el primer curso de Derecho Civil que seguí con verdadera dedicación, pues se unía al interés de la materia, la excelencia del profesor.

Con el tiempo, el decanato de Jorge Avendaño dejó sentir su mano. Habían pasado muchos años desde la fundación de la Universidad y era necesario hacer cambios con nuevas perspectivas. Un gran rector, Felipe Mac Gregor, asumió esa tarea en el momento indicado y creo que ese fue el segundo gran paso que dio la Universidad desde su creación. No viene a cuento criticar a las anteriores autoridades, pues cada una hizo lo que pudo dentro de su medio y de sus limitaciones. En ese contexto se desarrolló el decanato de Jorge Avendaño, que hizo lo que en su momento era necesario hacer.

Así pues, su período, algo intenso pero lleno de posibilidades, inició un cambio total en todas las áreas: dictado de cursos, implementación de servicios, reforma del currículo y de los sistemas de enseñanza, renovación de la biblioteca y, sobre todo, incorporación de nuevos elementos a la docencia, en especial de jóvenes. Me parece, sin exagerar, que cambió todo y que a partir de ese momento la Facultad de Derecho no fue la misma. Considero que, en realidad, nuestra Facultad tiene tan solo dos períodos: el fundacional y el que inicia

Jorge Avendaño a mediados de los sesenta. Es cierto que luego se han dado algunos cambios, pero se han hecho sobre la huella de los anteriores. Llegará por cierto algún momento en que se inicie un nuevo giro copernicano, pero no ha llegado aún.

La reforma de Derecho, de su enseñanza y de la manera de impartirla, no fue fácil. Tuvo oponentes y resistencias, y en el camino hubo muchos incidentes que no son del caso rememorar ahora. Son acontecimientos que ocurren cuando hay cambios y que, además, el tiempo se ha encargado de matizar y afinar. Hacer un balance de todo lo ocurrido es algo que puede esperar para otra ocasión.

Debo recordar también con cariño esa época, porque, aparte de las experiencias académicas y las buenas amistades que forjé desde entonces, tuve la iniciativa, que cuajó al poco tiempo, de fundar la revista *Themis*, que tuvo un total de siete números entre 1965 y 1969. Luego se extinguió y renació, con otras gentes, en 1984, y continúa hasta ahora en la denominada segunda etapa.

Dentro del conjunto de reformas que movilizó el decano Avendaño, se encontraba un programa de intercambio con la Universidad de Wisconsin, que estuvo financiado por la Fundación Ford y que había sido objeto previo de análisis y estudio por parte del decano Avendaño y de otros profesores de la Facultad (en especial de Carlos Fernández Sessarego, quien por encargo del Rector, el padre Mac Gregor, diseñó un plan integral de reformas).

El programa de intercambio e investigaciones se inició en 1968 y continuó durante cuatro años más. La idea de ese programa era enviar profesores por períodos largos (un año) y profesores por períodos cortos (un mes). Lo que se buscaba, sobre todo, era el conocimiento de otra realidad, de otro sistema jurídico, y replantear cada uno los propios cursos de los que se encargaba académicamente cada uno de dichos profesores y, como consecuencia de ello, preparar materiales de enseñanza. Para ello se escogió a la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, que proporcionó todo lo necesario en aquel momento: un cuerpo docente acreditado y deseoso de ayudar y apoyar los esfuerzos de una Facultad extranjera como la nuestra; un profesor encargado del programa, Zigurds L. Zile, que resultó acertadísimo (aparte de su gran calidad humana); grandes facilidades materiales-locales y biblioteca adecuada, con gran material jurídico latinoamericano y peruano; y, sobre todo, un campus relativamente pequeño y con una belleza natural impresionante (dos lagos, el Mendota y el Monona estaban en los dos extremos de la ciudad de Madison, de

manera tal que a ambos se les podía observar desde un punto alto de la ciudad).

Los años que duró ese programa, y luego las extensiones parciales que de él se hicieron, dieron sus frutos. Puedo dar fe del período correspondiente al año 1969, pues ahí me tocó participar junto a Baldo Kresalja Rosselló y Luis Carlos Rodrigo Mazuré. Quizá sea bueno recordar que en ese programa estaba prevista y aceptada la participación de Valentín Paniagua Corazao, que acababa de ingresar a la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y a quien se encargó la preparación del curso de Derecho Constitucional. Siendo mayor que yo y con mayores pergaminos, Paniagua escogió Constitucional y yo me quedé con un curso o programa de Urbanismo o Municipal, no por ello menos interesante, y que si a él me hubiera dedicado, otra hubiera sido seguramente mi vida académica. Pero el golpe de Estado de octubre de 1968, desalojó a Paniagua de su curul parlamentaria y cambió totalmente sus planes de vida, por lo que decidió declinar ese ofrecimiento. Así pues, gracias a Paniagua, pude dedicar mis fuerzas al estudio del Derecho Constitucional, lo que probablemente no hubiera ocurrido de no mediar esa circunstancia. Paniagua, sin embargo, ya estaba enrumbado en la materia, y nunca se desentendió de ella.

Recuerdo también que ese año, a fines del mes de julio, llegaron a Madison, la capital del estado, el decano Avendaño, con dos profesores, Carlos Fernández Sessarego y Fernando de Trazegnies Granda, ambos con sus respectivas esposas, quienes nos acompañaron durante una semana. Se trataba de una visita corta que programaba el Decano para fines de *inspección*, por así decirlo. Este periodo semanal se repitió durante toda la duración del programa con la Universidad de Wisconsin y permitía muchas cosas; por un lado, que el Decano tomase el pulso a los profesores que ahí estaban; además, intercambiar ideas sobre las investigaciones realizadas y tener algunos contactos con profesores del área, y, adicionalmente, realizar algunas investigaciones en la bien provista Biblioteca de la Universidad.

Esos días finales del mes de julio fueron una experiencia estimulante. Había un sol espléndido que nos convocaba en las oficinas del equipo peruano, ubicada en un lugar contiguo a la Biblioteca de la Facultad, desde las nueve de la mañana, tanto los que estábamos por el año completo, como los visitantes. Terminábamos por lo general al medio día e íbamos a almorzar en el *Union*, que así se llamaba el inmenso comedor de estudiantes ubicado frente a uno de los lagos, que,

en realidad, era tres comedores distintos en donde había un autoservicio realmente cómodo y con comidas variadas y bien preparadas, que sin ser espléndidas, eran un adecuado sustento para el resto del día. El mismo edificio contaba además con otras instalaciones de expansión universitaria, entre ellas, un cine club.

Las tardes eran más tranquilas y cada uno veía sus propios asuntos, y muchas veces, cuando el calor era muy fuerte, acabábamos en el lago tomando unos baños de agua no muy fría, pero refrescante.

En las noches siempre había algo que hacer, pero normalmente nos reuníamos en alguna casa para programar algo o ir a algún restaurante de la localidad, para romper la monotonía del comedor de estudiantes. Una de esas noches nos tocó sufrir una tormenta de verano, sin consecuencias, pero muy ruidosa.

Fueron días de trato frecuente y de donde salieron muchas ideas y muchas propuestas, que eran de gran provecho para el equipo peruano que ahí estaba. Y este ritual de una semana se repitió todos los años, con dedicación admirable por parte del decano Avendaño, que no sólo incorporó a gente joven a este proyecto, sino que comprometió a otros profesores mayores que se identificaron con estas ideas.

Después de esa semana activísima y de ambiente peruano, nuevamente nos quedábamos solos con nuestros problemas y, sobre todo, con nuestros proyectos, que pudimos desarrollar en el otoño, anunciado por la caída de las hojas de los árboles *(the fall)*, y luego en el crudo invierno, que en noviembre dejaba la ciudad a oscuras a partir de las cuatro de la tarde, en medio de un montón de nieve.

A nuestro regreso a Lima, meses después, todos nos dedicamos a lo nuestro y los cambios en la Facultad de Derecho siguieron adelante. Quizá se avanzó muy rápidamente y eso originó algunas resistencias, que a la larga no tenían que ver necesariamente con el proyecto de reformas emprendidas. Esto obligó, como era de esperar, a algunos replanteos.

Pero es necesario ver las cosas de lejos y con calma. Apreciar lo que se hizo y avanzó en la década del sesenta, precisamente cuando Jorge Avendaño era un decano joven y emprendedor.

Años más tarde (en 1987), Avendaño ha vuelto al decanato de la Facultad de Derecho, pero en situación distinta. Lo básico ha sido hecho ya, y lo que quedaba por hacer eran afinamientos y precisiones de todo lo existente.

Así hemos llegado hasta nuestros días, y a los inicios del siglo XXI. Nuestra Facultad de Derecho, desde aquella época, no ha hecho más

que crecer, asentarse y acrecentar su prestigio. Han salido algunos competidores, muy respetables y empeñosos, pero que todavía nos quedan muy atrás.

El que seamos lo que somos, es algo que se debe a muchos. Más aun en el caso de la Facultad de Derecho. Pero, entre ellos, la figura de Jorge Avendaño destaca con relieve singular y, seguramente, con acento decisivo. Un aspecto importante en la labor de Avendaño y que aquí toco marginalmente, es la de codificador; pues, a la muerte de Ismael Bielich, integró la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, nombrada en 1965. En ella laboró varios años e introdujo saludables propuestas, aun cuando algunas no prosperaron, como la relativa a la nueva clasificación de los bienes, que sin lugar a dudas era la más trascendente. Con todo, en semanas pasadas, se ha reactivado una comisión reformadora del actual Código Civil de 1984, que esta vez él preside y que lo hará con el dinamismo y la sagacidad que le son característicos.

¿Qué podemos decir, en síntesis, de Jorge Avendaño, hoy en día, después de tantos años de actividad docente? No tiene caso resaltar sus calificaciones como abogado; pues es, sin lugar a dudas, un profesional de gran brillo y prestigio. En lo personal, es hombre afable, cordial y respetuoso de los demás. En lo académico, es persona que tiene un nivel internacional, no solo por su sapiencia, don de gentes y brillo como expositor, sino porque es hombre que sabe lo que dice y sabe decirlo. Estas cualidades son las que precisamente lo llevaron a la curul parlamentaria, de la que ha dejado claro como ineludible testimonio.[1]

Algunos le han reprochado no tener obra escrita o, en todo caso, ser muy escueta. Pero este reproche es injusto. A nadie puede exigírsele que sea lo que nunca pretendió. Lo importante en Avendaño es esa obra no escrita que es haber hecho, casi a pulso, una excelente Facultad de Derecho. Haber impuesto la seriedad en la defensa profesional, haber promocionado a jóvenes de todas las ramas y no solo del Derecho Civil, y haber permitido que otros hagan cosas que era necesario hacer. En otras palabras, haber sido maestro en la profesión, en la cátedra y en la vida. Esto, de por sí, es más que suficiente como para justificar este homenaje que justicieramente le tributan sus antiguos discípulos, sus amigos y sus colaboradores.

---

[1] Cf. *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República*. Trujillo: Normas Legales, 2000.

Jorge Avendaño, abogado

Mario Pasco Cosmópolis

Jorge Avendaño es abogado; no solo porque tiene un título expedido a nombre de la Nación por la Pontificia Universidad Católica del Perú y por estar registrado como tal en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, del cual fue elegido Decano en 1993 y reelegido en 1994, sino porque lo es en el sentido más cabal y eminente del término: es un abogado que ejerce activamente. Así pues, en estas líneas trataremos de hacer una semblanza de esta faceta, una de las más significativas de su vida.

Jorge Avendaño, quien había cursado sus estudios escolares en el Colegio Santa María, postuló a la Universidad Católica e ingresó directamente para seguir estudios en las facultades de Letras y de Derecho. Se graduó de Bachiller en Derecho el 8 de septiembre de 1955, cuando recién cursaba el cuarto año de estudios en la facultad, con una tesis sobre «Perfeccionamiento de títulos de dominio inscritos», aprobada por unanimidad, con el calificativo de sobresaliente, por el jurado integrado por los maestro Ismael Bielich Flores, Domingo García Rada, Ernesto Perla Velaochaga, José Merino Reyna y Carlos Carrillo Smith. Obtuvo el título de abogado en diciembre de 1956, al día siguiente de haber culminado los exámenes de 5.° de Derecho. ¡Todo un récord! En su jurado, que también lo calificó con sobresaliente, estuvieron Ismael Bielich, Hugo Piaggio, Raúl Vargas Matta, Andrés León Montalbán y José Rosell. Se inscribió en el Colegio de Abogados el 9 de enero de 1957, con el número 1819.

Es algo más que una anécdota rememorar que, antes de postular a la carrera de Derecho, Jorge había querido ser fotógrafo. Tenía méritos para ello. Trabajando para el diario *La Crónica* había conseguido dos fotografías sensacionales, ambas primicias exclusivas: a la juvenil edad de 15 años, fue el único en ingresar al Real Felipe, cuando la sublevación del 3 octubre de 1948, para registrar los singulares testimonios gráficos del interior de la fortaleza; por otra parte, y como fotógrafo deportivo, fue también el único en aprehender el instante nefasto en que se produjo el autogol que nos hizo perder 1 a 0 frente a Bolivia, nada menos que en la inauguración del Sudamericano de 1953: todos sus experimentados colegas, seguros de que no solo ganaríamos el partido, sino que lo haríamos por goleada, se fueron optimistas al arco rival. Jorge fue el único en permanecer, intuitiva y premonitoriamente, detrás del arco fatal.

Pero su destino era otro, por cierto. Su debut en la abogacía se inició con su práctica en el Estudio del doctor Manuel Vicente Villarán, a la sazón, uno de los más prestigiados del Perú. Lo integraban en aquel entonces, además del propio ex candidato presidencial, autor de un renombrado proyecto de Constitución Política, maestro universitario y ex rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, juristas de la talla de los doctores Manuel Gallagher y José Quesada, ambos también en su momento candidatos presidenciales, Héctor y Eduardo Marisca, Víctor Villarán y Augusto Villarán Duany, Daniel Olaechea Álvarez Calderón, Ernesto Figari y José María Pagador Puente, Juan Otero Villarán y Enrique Moncloa Diez Canseco, quien fue su maestro de prácticas, y su coetáneo Daniel Aljovín Swayne.

En su primer bufete propio —situado en el jirón Huancavelica 139, 5.° piso—, participaron, como practicantes primero y, alguno de ellos, como abogados después, profesionales de la talla de Guillermo Gulman Checa, Max Isola Cambana y Juan Luis Avendaño, su hermano menor. En forma simultánea, asumió la asesoría general del Banco Internacional del Perú, toda una proeza si se advierte que, por un lado, los bancos presentan una problemática legal de las más complejas de la vida empresarial, porque abarcan cuestiones que tienen que ver con prácticamente todo orden de cosas del mundo jurídico; y, por otro, que el flamante asesor tenía apenas 29 años de edad, aunque ya era canoso, lo que le confería ese aire de autoridad que nunca le ha abandonado.

Había asumido, también de manera precoz, la cátedra de Derechos Reales en la Facultad de Derecho y, a la asombrosa edad de 31

años, fue elegido en 1964 su Decano. Previamente había obtenido, el 30 de marzo de ese año, el grado de Doctor, con su tesis «La prenda civil y las especiales».

En 1965, y en junto a los doctores Luis Carlos Rodrigo Mazuré y Enrique Elías Laroza, emprendió una de las experiencias más fructíferas y que causara el máximo impacto en la apacible vida de los bufetes limeños: constituyó el *Estudio Rodrigo, Avendaño & Elías*, que inició formalmente sus actividades el 1.° de julio de ese año en la avenida Wilson 810, 3.er piso.

Había ya para entonces despachos de gran prestigio, entre los que destacaban, aún con riesgo de omisión, los estudios de los doctores Olaechea, Cisneros, Echecopar, Lavalle, Romero y Navarro. Pero la forma del ejercicio, concentrada en la contratación, los estudios de títulos inmobiliarios y el litigio civil, correspondía a una ciudad, como la Lima de entonces, tradicional, reposada y de ínfulas aristocráticas. Por eso, la jornada de trabajo del abogado comenzaba a media mañana, se detenía prolongadamente al mediodía, para dar paso a un almuerzo copioso y una siesta reparadora, y se reanudaba avanzada la tarde, sin tener hora cierta de término, salvo cuando un compromiso social venía a interrumpirla.

Los socios del flamante nuevo Estudio se habían percatado, sin embargo, de que ese clima plácido estaba evolucionando a pasos acelerados. Una nueva burguesía, asentada sobre todo en la floreciente industria y en la pesquería, estaba desplazando a los viejos terratenientes y latifundistas, y grandes corporaciones extranjeras iban asumiendo con vigor la producción minera y petrolera. Los empresarios de nuevo cuño se estaban forjando no a la sombra de ancestros y herencias, sino en la lucha cotidiana en los nuevos establecimientos fabriles, que estaban transformando también los suburbios de la capital. Esos nuevos empresarios empezaban a trabajar con las primeras luces del alba y se impacientaban si sus consultas no eran atendidas con la rapidez vertiginosa que los nuevos tiempos también imponían.

El Estudio RAE innovó profundamente en los usos y costumbres: por un lado, se integró por especialidades —civil, comercial, tributario, procesal, laboral— como una suerte de compartimentos interconectados; por otro, impuso una jornada que, no obstante iniciarse a las ocho en punto de la mañana, se prolongaba sin pausa —como preanuncio de los horarios corridos— hasta bien entrada la noche. Además, implementó un sistema de registro, control y seguimiento de los asuntos a través de un despacho en el que participaban todos los

abogados, quienes debían rendir cuenta diaria del avance de los casos a su cargo; y, finalmente, rompió con el sistema tradicional de fijación y cobro de honorarios, sustituyendo los pactos de monto fijo o por asunto, por el entonces novedoso sistema de cobro por tiempo, con la aplicación de tarifas específicas por hora de socio, de asociado o de asistente. Las novedades estrictamente profesionales fueron acompañadas por una planta fija ultramoderna, un equipamiento de avanzada, sofisticados métodos de archivo, de seguimiento documentario y de biblioteca doctrinaria y legal.

El impacto que la aparición de este Estudio tuvo en el medio limeño fue espectacular. En poco más de tres años, su plantilla profesional se había triplicado; su clientela, multiplicado por cinco; la facturación, por diez. Bancos, compañías de seguros, empresas mineras, pesqueras, industriales, se disputaban sus servicios, atraídas por una nueva forma de asesoría profesional, alerta a los cambios profundos que se iban produciendo en el empresariado nacional y muy eficaz en su atención.

No todas fueron flores, sin embargo, porque este extraordinario éxito fue acompañado por un cada vez más notorio distanciamiento entre el abogado y el cliente. Avendaño, de modo imperceptible, había ido dejando de ejercer en la forma habitual —en la soledad de un despacho, rodeado de libros y con tiempo para la reflexión y el análisis en profundidad—, para entrar en una vorágine en la cual por una puerta ingresaba un cliente, antes de que terminara de salir otro por otra puerta. El abogado socio tenía tiempo apenas tiempo para derivar el asunto a un asociado o a un asistente, y su trabajo consistía cada vez más en revisar y firmar los informes que otros preparaban, y cada vez menos en prepararlos él mismo. Avendaño iba dejando de ser primer violín para convertirse en director de orquesta.

Motivado por la idea de recuperar una forma de ejercicio más personal, Avendaño y cinco de los seis asociados decidieron independizarse. Nació así, el 1.° de enero de 1970, el *Estudio Avendaño, Abogados* —situado en el jirón Camaná 780, oficina 405—, bajo pautas distintas: todos sus integrantes eran socios. Su vida fue corta, en gran medida por la turbulencia política bajo cuyo signo había nacido.

Se trataba de un momento histórico muy especial. Poco más de un año atrás, el presidente Fernando Belaunde había sido derrocado por un golpe militar encabezado por el general Juan Velasco Alvarado, quien emprendió un conjunto de reformas revolucionarias que cambiaron la faz del Perú para siempre. Fueron tiempos de aguda con-

frontación ideológica y política, ya que el gobierno militar se rodeó de asesores de marcada inclinación izquierdista y no vaciló en perseguir o deportar a todo aquel que se le pusiera al frente.

Avendaño vivía en esos momentos una forma particular de desgarro, ya que su ejercicio profesional lo acercaba más a las posiciones empresariales, severamente maltratadas por los actos del Gobierno, mientras sus inclinaciones ideológicas lo aproximaban rápidamente a simpatizar con los cambios que se estaban produciendo. La cuestión no tardó en hacer crisis al interior del flamante Estudio cuando hubo que tomar la decisión de aceptar o rechazar el patrocinio de un diario que había sido *socializado*.

Jorge, quien en esa época había comenzado un proceso de revisión de todos sus valores —ideológicos, académicos, profesionales, religiosos y hasta familiares—, se independizó, al tiempo que sus antiguos discípulos y ya para entonces sus socios inauguraban el Estudio Delfino, Pasco, Ísola, Avendaño & Castañeda, Abogados.

Poco tiempo después Jorge reclutaba nuevos colaboradores y reconstituía su bufete, aunque con una perspectiva profesional ligada, en los primeros tiempos, de forma intensa, a actividades como la propiedad social y otras formas innovadoras —y a la larga fallidas— que trajo consigo ese régimen político.

En esa primera etapa, sus colaboradores fueron Fernando de la Flor y Guillermo García Montúfar y, por algún tiempo, Ricardo La Hoz Lora, todos ellos profesionales de gran prestigio y que han alcanzado altas posiciones en la vida política y profesional.

En la actualidad, integran el *Estudio Jorge Avendaño V., Abogados* —situado en San Ignacio de Loyola 160, Miraflores— Francisco Avendaño Arana, Julio A. Fernández Cartagena, Martín Mejorada Chauca y Cecilia O´Neill de la Fuente, como socios, y José Miguel Cárdenas Mares, Andrea Madueño Di Laura, Fernando Nakaya Vargas Machuca, Zoyla Horna Zegarra y Carlos Hernán Martínez Ebell, como asociados, y goza de gran prestigio en el medio forense, por la variedad de materias en las que brinda servicios y por su alta calidad.

Otras semblanzas, sin duda más ricas en contenido y estilo que esta, habrán de resaltar y desarrollar el que, mientras todo esto acontecía en el terreno profesional, él era también profesor universitario y, desde el decanato de la Facultad —que desempeñó en dos periodos distintos: 1964-1970 y 1987-1993—, impulsó la profunda reforma que la transformó desde sus raíces y que llegó al Vicerrectorado de la Universidad también como impulsor de los cambios. Lo impactante, lo

resaltante, es que todos esos grandes méritos académicos se daban al mismo tiempo que los éxitos profesionales, y que el ejercicio de la cátedra y de la autoridad administrativa no iban en desmedro, sino que daban lustre a su actividad como abogado que concitaba por doquier admiración.

Jorge Avendaño es experto en Derecho Civil y, sin ápice de duda, el más calificado en el área de los derechos reales, de la que es catedrático hace más de 45 años, habiendo sido ponente del articulado respectivo en el Código Civil vigente. Su actividad profesional, sin embargo, solo toca incidentalmente esas materias, estando centrada más en los temas obligacionales y contractuales, no siéndole ajeno, sino más bien parte vital, el litigio civil, en el que brilla con luz muy propia.

A título exclusivo o integrando equipos polivalentes o, lo que es más frecuente, encabezándolos, Avendaño ha participado de casi todos los grandes problemas litigiosos llevados a cabo en nuestro país y los resultados obtenidos han sido, también en la mayoría de los casos, positivos para los intereses que representaba o patrocinaba. Baste recordar un par de ellos, solo por ser muy recientes y para tener idea de las dimensiones: los casos Yanacocha y Backus. En el primero, se discutía la titularidad y el valor de un grueso paquete accionario en la empresa que habría de explotar la mina de oro más grande del Perú y una de las más importantes del mundo, responsable del ingreso de divisas por un monto superior a los mil millones de dólares por año; la posición que él contribuyó a cimentar obtuvo un éxito clamoroso en todas las instancias, refrendado por un resultado también favorable en la impugnación que se pretendió hacer ante estrados arbitrales en París. Backus, el otro caso notable, es el grupo industrial de mayor importancia nacional; al ser transferidas las acciones de los inversionistas locales a grupos extranjeros, se desató una sañuda disputa entre dos de ellos, que se trasladó a diversos escenarios, en especial el de la opinión pública. Él formó parte del equipo que logró que los dos grupos mayoritarios conservaran su posición de dominio frente a la arremetida del tercer grupo no nacional. Aunque el caso se cerrara con acuerdo entre las partes, mucho contribuyó a que ello así sucediera el peso específico de los asesores de una y otra parte.

Una gran dosis de la eficacia profesional de Jorge Avendaño se basa en su poder de convicción, sustentado a su vez en una penetrante capacidad expositiva. Su prosa es tersa, límpida: no se excede en adverbios, es más bien avara en adjetivos y va a lo esencial sin alardes

ni fuegos de artificio. Leer un dictamen suyo —por lo general muy breve, apenas dos o tres páginas— es un deleite, porque no tiene desperdicio y hace gala de dos dones inefables: claridad y concisión.

Algo semejante puede decirse de sus alegatos ante los tribunales, que lejos de ser un ejercicio de oratoria grandilocuente, son modelo de precisión y eficacia, lo que le permite darse el lujo de expresar siempre lo medular dentro de los cortísimos tiempos que se suelen conceder a los abogados para sus presentaciones.

Lo significativo, sin embargo, es que siempre, sea en forma oral o escrita, dice todo lo que se debe decir, sin omitir nada importante ni añadir nada superfluo, virtud que sin duda los primeros en agradecer son los propios magistrados, para quienes cada informe suyo es recibido como si fuera una clase magistral. Esas artes han sido adquiridas y pulidas a través del largo ejercicio de la docencia universitaria, pero no es esta la única explicación, ya que no todos los profesores las alcanzan, lo que denota que en Avendaño son dotes naturales que él ha sabido cultivar con esmero.

Limitar por necesidad esta semblanza a lo que se refiere a su ejercicio profesional impide iluminar ángulos muy importantes de su vida, como su fulgurante paso por la Facultad de Derecho, de la que ha sido Decano en varios momentos separados en el tiempo, o su labor en el decanato del Colegio de Abogados de Lima, su intervención decisiva en la redacción del Código Civil vigente y en muchos otros instrumentos normativos, así como su paso por la política, como senador de la República. Muchos de estos rasgos serán, sin duda, abordados en otros ensayos, que como en un mosaico podrán completar la visión de una personalidad poliédrica.

Alguien podrá quizá destacar sobre las otras la figura del Avendaño-maestro, o del Avendaño-autoridad, o del Avendaño-político. Estamos persuadidos, sin embargo, que el registro que de él guardará la historia será el de Avendaño-abogado, porque es en esa faceta donde radica y refulge la esencia de su rica personalidad profesional.

Jorge Avendaño, defensor del orden jurídico

Martín Belaunde Moreyra

QUIERO AGRADECER, EN PRIMER TÉRMINO, la oportunidad que se me ha dado de participar en el *Libro Homenaje* a mi dilecto amigo Jorge Avendaño, brillante profesor universitario, distinguido abogado del foro nacional, ex Decano del Colegio de Abogados de Lima, también ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Vicerrector de la misma y ex Congresista de la República. Pero, por encima de todos sus títulos y pergaminos profesionales e intelectuales, más allá de sus renombrados éxitos, debe destacarse que es y ha sido, a lo largo de su trayectoria, una personalidad comprometida con la vigencia del Estado de Derecho en su sentido más profundo de afinidad con un estado libre, democrático y auténtico.

Conozco a Jorge Avendaño desde hace mucho tiempo, para ser preciso, algo más de medio siglo, cuando estando yo en cuarto de primaria del Colegio Santa María, nuestro homenajeado terminaba el quinto de secundaria o media, como entonces se decía. No sé si Jorge Avendaño, Coco para sus amigos, prestara atención a un joven *primarioso;* pero lo cierto es que los menores generalmente sí se fijan en los mayores, particularmente cuando apreció que Jorge Avendaño alternaba sus estudios escolares con la práctica de la fotografía en el viejo Estadio Nacional de la calle José Díaz. Para un joven de esa época, como también de ahora, el espectáculo futbolístico era, como se dice, *lo máximo* y, ciertamente, llamaba la atención que un alumno del último año de mi colegio se desempeñara como eficaz hombre de prensa en el mundo deportivo.

Así las cosas, desconozco cuánto tiempo Jorge Avendaño se dedicó al oficio de fotógrafo en el Estadio Nacional; pero pasaron los años, algo así como diez, y en 1959 volvimos a encontrarnos en la vida, él como juvenil y didáctico catedrático de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y el autor de estas líneas como alumno del segundo año. Todavía recuerdo sus lecciones, en especial cuando enfatizaba el entronque y la diferencia entre la posesión y la propiedad. La posesión como acto material que refleja el ejercicio efectivo de la propiedad y esta última como «interés jurídicamente protegido» según la frase del jus filósofo Jhering, que legitima la posesión y la eleva a un grado superior cuando se reúnen los títulos y requisitos para ser considerado propietario. Este *corsi* y *ricorsi* entre la posesión y la propiedad, entre el poder de hecho que es la posesión y el poder de derecho que es la propiedad, representa uno de los factores fundamentales de la vida jurídica y también de la vida política en el Perú y en el mundo. Pues una requiere de la otra y juntas, no solo se complementan, sino que configuran una tremenda sinergia. La posesión por sí sola resulta incompleta en cuanto garantía de derecho, pero la propiedad sin posesión puede convertirse en un derecho sin contenido. No en vano en el mundo anglosajón se dice que la posesión constituye las nueve décimas partes del derecho.

Pasó más tiempo y me gradué de abogado. Jorge Avendaño fue miembro del jurado, tanto de mi tesis como de mi grado. No recuerdo exactamente qué me preguntó en ambos actos académicos, en los que el graduando pone esfuerzo y no poca emoción, pero sí tengo la vaga noción de que discrepó cordialmente con alguna de mis respuestas. Eran temas doctrinarios sobre algún punto de Derecho Internacional Privado o de Derecho Civil, y Jorge Avendaño juzgó generosamente que constituían materias opinables, sobre las que no cabía trazar líneas rígidas, sino más bien desplazarse en el piso incierto y movedizo del área gris.

Ya como abogados, en el curso de las décadas del sesenta al noventa, nos encontrábamos ocasionalmente en las escribanías, juzgados, tribunales y oficinas administrativas como corresponde al afán de los hombres de derecho en su diario trajinar por la vida. A fines de 1992, voté por su candidatura al Decanato del Colegio de Abogados de Lima y, poco después, pude apreciar que se desempeñó correcta y tesoneramente en la defensa del orden jurídico, permanentemente amenazado por la dictadura del binomio Fujimori-Montesinos, en esos momentos ya claramente identificables por su afán de perpetuarse en el poder a través del mecanismo de la re-elección presidencial indefinida.

En las elecciones generales de 1995 ambos coincidimos como candidatos en la lista parlamentaria de Unión Por el Perú (UPP), agrupación política aglutinada en torno a la candidatura presidencial de Javier Pérez de Cuéllar. Los resultados electorales favorecieron largamente a las fuerzas oficialistas en unos comicios que estuvieron plagados de irregularidades, desde el famoso *huanucazo* de Víctor Joy Way, hasta la descarada interceptación telefónica a toda la oposición, y muy en especial, a Javier Pérez de Cuéllar. Con los eficientes métodos del fenecido Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el aparato político del gobierno fujimontesinista, conoció al centímetro las actividades y planes de la principal candidatura de oposición, que sin duda era la de Javier Pérez de Cuéllar. Fue como si un jugador de una partida de naipes conociera mediante la vista larga de allegados y aparatos electrónicos la baraja de su rival, que por cierto él mismo se encargaba de repartir y marcar. Así es muy fácil ganar y, efectivamente, Fujimori ganó con lo que nos dio un anticipo de lo que sería el fraude electoral del año 2000.

No obstante, Jorge Avendaño logró ser electo al Congreso y en el Poder Legislativo; fiel a su compromiso electoral, se convirtió en un puntal de la pequeña, y en momentos disminuida, pero no por ello menos aguerrida, bancada de la UPP. Quien escribe estas líneas no tuvo la suerte de ser elegido al Congreso de 1995, pero sí pudo seguir de cerca las actividades legislativas de Jorge Avendaño. En 1997 el suscrito fue designado por Javier Pérez de Cuéllar para integrar el Comité Político Nacional de la UPP, suerte de directorio de esa agrupación política, que bajo la presidencia interina de Alfonso Grados Bertorini y del propio Javier Pérez de Cuéllar cuando él retornaba al Perú de sus periplos del exterior, se empeñó en llevar a cabo una tenaz campaña opositora a los afanes continuistas del régimen fujimontesinista. Jorge Avendaño con alguna frecuencia se integraba al Comité Político Nacional en su condición de parlamentario. Sin embargo, advertí en él un cierto desencanto por la actividad política partidaria, sin duda ocasionado por la frustración que en ese momento significaba la cerrazón oficialista a toda muestra de apertura que hubiera evitado el fraude electoral del año 2000.

Comprendo que no es grato estrellarse contra un muro que no era el de la indiferencia, sino más bien de la vergüenza, porque el Congreso del período 1995 al 2000, estuvo digitado desde afuera con el propósito, ya no diríamos inconfesable, sino abierto y descarado de asegurar la famosa re-reelección de Fujimori, no solo por un período

más sino quizás por un tiempo indefinido. Era una lucha desigual e injusta, como suelen ser las confrontaciones con los poderes hegemónicos. Sin embargo, tuvo momentos de extraordinaria brillantez y de incomparable argumentación. En ambas destacó Jorge Avendaño por su palabra precisa, parca, pero no menos firme en la defensa de una Constitución, nacida de un golpe de estado, pero a la cual el propio mandatario que la había promulgado estaba empeñado en despojarla de la más elemental vigencia real. En ese sentido, la famosa ley de interpretación auténtica del artículo 112 de la Carta Política de 1993 constituyó uno de los exponentes de la voluntad de fraude, decididamente no el único, sino quizá el eslabón más notorio en la cadena del engaño.

En el libro de nuestro homenajeado, *A la Luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República,* que publicó para dar cuenta a sus electores de su labor parlamentaria, se describe con el mayor detalle sus actividades como congresista. Tuve la suerte de auspiciar la presentación de ese libro cuando ejercí el Decanato del Colegio de Abogados de Lima en el período del 2000 al 2002. Esta sólida publicación me impresionó muy favorablemente, no sé si por la modestia de Jorge Avendaño al describirlo o por la enjundia de los trabajos consignados en esa publicación. Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, gran amigo y pariente del suscrito, lo califica de «valiosísimo testimonio de una tenaz lucha por la vigencia del Estado de Derecho, lo cual resulta de particular valor e interés en tiempos en que la urgencia de restaurarlo se ha tornado una prioridad para los peruanos y para la comunidad internacional». Esta frase de Javier de Belaunde fue escrita en septiembre del año 2000, cuando todavía el régimen fujimontesinista disparaba sus baterías mortales con el propósito de aferrarse al poder. Pero el famoso *vladivideo* del Congresista Kouri en el que se le mostró aceptando gustoso el soborno del todopoderoso asesor, determinó la ignominiosa caída del hoy ciudadano japonés Alberto Kenya Fujimori Fujimori. Montesinos huyó, regresó y volvió a Lima, para volver a huir y ser capturado al año siguiente, a pesar del apoyo encubierto que recibió de ciertas autoridades venezolanas. El resto es historia contemporánea del ayer inmediato y se proyecta como el gran espectáculo político-jurídico de los próximos tiempos. Formulemos votos para que el proceso a Montesinos contribuya a fortalecer el régimen democrático, que no debe convertirse en un espectáculo circense destinado a desprestigiar la institucionalidad constitucional, tal cual parece ser la intención manifiesta de Montesinos y de sus encubiertos allegados. El

mantenimiento de la gobernabilidad democrática debe ser, como bien afirma Javier de Belaunde, una prioridad de los peruanos.

Pero volviendo a Jorge Avendaño, creo que es de elemental justicia resaltar el trabajo desempeñado en el Congreso durante el infausto quinquenio de 1995 al 2000. En la presentación del mismo, Jorge Avendaño nos señala que lo dedica a los ciudadanos que lo eligieron congresista. Luego añade que agradece su voto pero, además, cumple «con la obligación elemental que tiene todo representante de rendir cuenta a quienes le otorgaron su confianza».

Y, en esa rendición de cuentas, Jorge Avendaño incluye sus principales intervenciones ante el Pleno del Congreso, su defensa de los defenestrados magistrados del Tribunal Constitucional, sus dictámenes en minoría, las propuestas de ley que presentó que se convirtieron en ley y hasta una somera relación de los proyectos igualmente presentados por él que no se convirtieron en ley. Termina relatando sus trabajos encaminados para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo, la labor desarrollada por la Comisión de Homenaje al insigne maestro José León Barandiarán, su análisis en la Mesa Redonda convocada para estudiar la Violencia Juvenil y, finalmente, sus informes de los viajes que realizó al exterior en representación del Congreso de la República. El libro de Jorge Avendaño es completo y prolijo, como corresponde a una rendición de cuentas, donde se tiene que relatar lo que se ha hecho, logrado y no logrado, no por un afán de vanidad sino por un espíritu de servicio a la ciudadanía.

En ese contexto creo que es pertinente hacer la exégesis de la defensa hecha por Jorge Avendaño de los magistrados Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry, cesados del Tribunal Constitucional por la arbitraria decisión de la mayoría fujimontesinista del Congreso del quinquenio de 1995 al 2000. Actualmente nadie discute que se trató de un mayúsculo despropósito jurídico encaminado a posibilitar la segunda reelección presidencial inmediata de Alberto Fujimori. Pero en ese momento el oficialismo y sus allegados se llenaron de sofismas y pretextos para ultimar ese atropello. En su defensa, Jorge Avendaño descubrió lo que debe ser la actitud de un juez cuando tiene en sus manos los destinos de otros hombres. Los congresistas entonces se ungieron en jueces, pero no asumieron a cabalidad la tarea que Jorge Avendaño describió «como una seria responsabilidad sobre sus hombros».

¿Cómo describió Jorge Avendaño la correcta actitud de un juez? Vale la pena citar sus palabras:

> ¿Qué es esencial en un juez? La imparcialidad. ¿Qué significa ser imparcial? Significa encontrarse en un estado neutro, con los oídos abiertos, dispuesto a escuchar los argumentos de la acusación y de la defensa. Esto es esencial en un juez. Un juez parcial es la negación del juez. Y se es parcial cuando se tiene una idea preconcebida o cuando en el criterio del juzgador influyen factores extralegales, extrajurídicos, ajenos a la eventual responsabilidad de aquella persona a la cual se está juzgando.

Cuando se leen estas palabras, que por cierto no se limitan al caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, es posible vislumbrar la tarea que reside en un juzgador de apreciar los argumentos de las partes para luego decidirse por la causa de una de ellas. Avendaño sostiene con razón que el juez debe ser imparcial y lo tiene que ser, tal como él indica, desterrando ideas preconcebidas o ajenas a la realidad del proceso; pero, no obstante, cabe destacar que hay un momento en la actividad reflexiva del juez, en el cual inevitablemente tiene que tomar partido por una de las partes. El juicio implica un proceso metodológico en donde progresivamente se descubre la verdad de los hechos, respecto de la cual se aplicarán las normas jurídicas pertinentes y relevantes. Por ello, al momento de sentenciar, el juez tiene que dejar de ser imparcial para inclinarse por la causa de uno de los litigantes. Entonces, la imparcialidad, que se identifica con la objetividad, tiene un límite en el tiempo, que a su vez coincide con el momento en el que se materializa la voluntad ponderada de la sentencia.

Esta ponderación es la reflexión interna del juez unipersonal o la deliberación, vale decir el sopesar los pros y los contras, de un tribunal colectivo. En todo este proceso no cabe la aplicación automática e irreflexiva de la ley sobre un hecho mal configurado, sino la actividad, a veces agónica, de quien ejercita el raciocinio o saca lo mejor de sí para tomar una decisión que puede tener graves consecuencias sobre sus destinatarios.

Quisiera referirme a un informe oral de Jorge Avendaño ante el Tribunal Constitucional, poco tiempo antes de la defenestración de los magistrados antes aludidos. En dicho informe, nuestro homenajeado defendió una acción de inconstitucionalidad presentada por un grupo de congresistas para dejar sin efecto la absurda regla que

señalaba que solo se podía dictar sentencias favorables con 6 de los 7 votos de los magistrados de dicho Tribunal.

En ese informe, Jorge Avendaño refutó la arbitrariedad de exigir seis votos para dictar una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, norma que acertadamente ya no rige. Estas fueron las palabras textuales de Jorge Avendaño:

> Se dice que la Corte Suprema decide con cuatro votos de cinco miembros. El señor Presidente del Tribunal —no le voy a contar nada— ha integrado e incluso presidido la Corte Suprema durante varios años. Pero, ¿qué ocurre cuando no hay decisión, cuando no hay cuatro votos? ¿Acaso cuando el resultado es uno a favor y cuatro en contra, se declara infundada la demanda? Eso sería inaceptable y es lo que ocurre en el Tribunal Constitucional. Sería una inaceptable imposición de la ley frente a la autonomía del Poder Judicial. Si no hay cuatro votos en un sentido, en la Corte Suprema se siguen llamando vocales hasta que finalmente haya cuatro votos conformes. Entonces ¿Quién ha resuelto? No la ley, como se pretende en el caso del Tribunal. Ha resuelto el órgano jurisdiccional. Eso es precisamente lo que debe pasar acá.

Desgraciadamente, como era de esperar en ese momento, el punto de vista defendido por Jorge Avendaño no prosperó por el voto de los magistrados influidos por el oficialismo fujimontesinista.

Quisiera, por último, referirme a un proyecto de ley presentado por los congresistas Jorge Avendaño y Alfonso Grados, que fue en realidad una iniciativa del suscrito como Decano del Colegio de Abogados de Lima, cuando en abril de 2000, pocos días después de la primera vuelta, se luchaba contra el fraude perpetrado en esos comicios. Ese proyecto de ley, tal como se comentó en la página *La República del Derecho*, y se indica en la página 618 del libro de Jorge Avendaño, buscaba «derogar y modificar diversos dispositivos orientados a asegurar la re-reelección de Alberto Fujimori». El proyecto fue presentado el 19 de abril de 2000 con el número 563 y pasó a la Comisión de Constitución del Congreso, que como era de esperar no le dio trámite alguno en esa ocasión. Tanto Alfonso Grados como Jorge Avendaño señalaron que en ese frustrado proyecto, elaborado con el aporte jurídico del suscrito, se buscaba destituir a José Portillo de la Jefatura de la ONPE y, al mismo tiempo, se contemplaba la recomposición de la Sala Plena de la Corte Suprema y de la Junta de Fiscales, para que solo los vocales y fiscales titulares tengan la opción de elegir a sus

representantes ante el Jurado Nacional de Elecciones y ante el Consejo Nacional de la Magistratura. Si bien el proyecto de ley no tuvo éxito cuando se presentó, las circunstancias políticas posteriores, gracias a la mediación de la OEA y a los famosos *vladivideos*, hizo que se logre en el segundo semestre del año 2000, lo que en abril del mismo año parecía imposible. De manera que ese proyecto, en el que tuve el honor de participar, fue un instrumento precursor, si bien poco conocido, de la restauración democrática del Perú y de la derrota de la dictadura fujimorista.

He tratado de narrar, así fuere de manera muy imperfecta e incompleta, algunas de las principales tareas cumplidas por Jorge Avendaño a lo largo de su vida profesional y pública. Y en ese contexto debo reiterar que su mayor, y sin duda mejor característica, es la de ser un abogado en el más pleno y profundo sentido de la palabra, reuniendo en su persona el conocimiento y la prudencia de los viejos juristas, en la tradición de los pretores del antiguo Derecho Romano.

¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?

Alfredo Bullard González[1]

A FINALES DEL AÑO 1989 sostuve una conversación con Jorge Avendaño. Yo era un profesor joven que recién había dictado por primera vez el curso de Derecho Civil I en la Pontificia Universidad Católica. Jorge Avendaño era en ese entonces Decano de la Facultad de Derecho.

En dicha conversación le pedí a Jorge Avendaño que apostará por algo nuevo. En ese entonces, hace ya casi quince años, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) comenzaba tímidamente a sonar como una perspectiva distinta de enfocar lo jurídico. Así, una tendencia que había aparecido con fuerza a comienzos de los sesenta en los Estados Unidos, recién comenzaba a mencionarse casi treinta años después, en uno que otro trabajo académico aislado o en algunas investigaciones como las llevadas a cabo por el Instituto Libertad y Democracia de Hernando de Soto.

El pedido que le hice fue poder dictar, justo antes de irme a realizar una maestría en los Estados Unidos, un curso de AED. Era una apuesta arriesgada. Se trataba de un tema nuevo, del que Jorge Avendaño tenía muy pocas referencias y se lo pedía un profesor inexperto que ni siquiera había estudiado a profundidad esta nueva perspectiva.

Pero el doctor Avendaño mostró algunas de las cualidades que lo han caracterizado: capacidad de innovar, apertura de criterio y au-

[1] El autor desea agradecer la colaboración de Alejandro Manayalle y Gerardo Solís en la preparación del presente trabajo.

dacia para apostar por lo nuevo. El ciclo siguiente, bajo la denominación de Temas de Derecho Civil, se dictó por primera vez un curso de AED en una universidad peruana.

Así, el desarrollo que el AED ha alcanzado en los últimos años en el Perú, y que ubican a nuestro país entre los más desarrollados en el área en Latinoamérica,[2] se debe, en gran parte, a la audaz apuesta de Jorge Avendaño.

Quizá era suficiente para él visualizar su Facultad de Derecho abierta a nuevas tendencias y a una discusión interdisciplinaria para apostar por un curso de AED. No es extraño que el propio Jorge Avendaño fuera impulsor y protagonista, algunos años antes, de la reforma llevada a cabo por los llamados *Wisconsin Boys*, la que incluía también posiciones en ese entonces novedosas e interdisciplinarias, como era el caso de la vinculación de Derecho y sociedad, y el cambio radical de la metodología de enseñanza.

Sin embargo, creo que hay algo más involucrado en la coincidencia entre Jorge Avendaño y el AED. La forma de pensar el Derecho de Jorge Avendaño lleva implícita parte del razonamiento que sirve de base al método académico. Él es, además de un académico, un hombre práctico; es un abogado con visión y perspectiva de realidad, que comprende el Derecho como un sistema de regulación de conductas dirigido al cumplimiento de fines sociales específicos. Su pensamiento es funcionalista. Esto quiere decir que visualiza el sistema legal desde la perspectiva de la función que las instituciones legales están llamadas a desarrollar.

Para quien parte de esa perspectiva, el AED no le suena extraño. Por el contrario, complementa lo que piensa y las coincidencias en los razonamientos y en las conclusiones serán evidentes. Por un lado, la lógica funcionalista permite ver el Derecho más allá de su frío texto legal. Dado que el AED puede considerarse una aproximación funcionalista, las condiciones para que surjan las anotadas coincidencias son evidentes.

Pero, además, el AED requiere de una fuerte dosis de sentido común, algo que los académicos con visión práctica suelen tener para poder escapar de lo etéreo del razonamiento meramente dogmático.

---

[2] Para una descripción más detallada del nivel de desarrollo alcanzado por el AED se puede revisar BULLARD, Alfredo. «Esquizofrenia Jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». *Themis-Revista de Derecho*, n.° 44, 2002.

Jorge Avendaño es una persona con mucho sentido común. Tiene la capacidad de convertir lo complejo en razonamientos simples, siempre relacionados con los efectos prácticos. El AED es sentido común entrenado, de allí que haya una segunda razón que explique las coincidencias que vamos a analizar más adelante.

Este trabajo pretende, por tanto, apartarse de la línea de otros de los trabajos que contiene este volumen. Mientras los demás destacarán las habilidades y méritos de Jorge Avendaño como profesor, como académico, como abogado, como jurista y hasta como político, ocupaciones o actividades que abiertamente ha desarrollado en su vida, trataré de evaluar el pensamiento económico inherente a su pensamiento legal, es decir, evaluaré su desempeño como economista, desempeño que, quizás, ni él mismo sospecha ha desarrollado. Esto implica determinar qué tan consistentes son sus ideas con el razonamiento económico.

Evidentemente, este objetivo enfrenta una serie de límites que el espacio disponible impone. Es difícil evaluar en unas pocas páginas todo el pensamiento jurídico de una persona con la trayectoria de Jorge Avendaño (he identificado artículos académicos escritos por él en 1956, el mismo año en que egresó de la Facultad de Derecho de la promoción que está próxima a cumplir sus bodas de oro[3]) que además de larga es variada en temas y aproximaciones. En ese sentido, me concentraré en dos temas específicos y daré prioridad a su pensamiento más reciente, aquel que muestra la vehemencia de sus ideas atemperadas en el contexto de la experiencia y la elaboración de toda una vida.

El lector concluirá conmigo que Jorge Avendaño es un muy buen economista, pues sus ideas jurídicas reflejan la visión de alguien que entiende cómo funcionan los mercados y cuál es el rol de los derechos reales para su adecuado funcionamiento. Ideas como la seguridad en el tráfico, presente a lo largo de todo su trabajo, no son sino la otra cara de la función de reducción de costos de transacción y control de las externalidades que los economistas encuentran en instituciones como la propiedad o los sistemas de transferencia de titularidades.

Sin embargo, su propia visión de la enseñanza del Derecho lo muestra como un académico *economicista*, como alguien que entiende la necesidad de que el abogado entienda el sistema jurídico no splo como

[3] Véase, por ejemplo AVENDAÑO, Jorge. «La Publicidad del Registro Mobiliario». *Revista de Derecho*, n.° XV, 1956, pp. 49-53.

un regulador de conductas, sino que pueda predecir las consecuencias de tales regulaciones.

Por ello me concentraré en dos aspectos de su pensamiento. El primero de ellos es su visión de la enseñanza legal para descubrir cómo ella refleja la visión de un abogado que entiende de economía y que está en capacidad de usar métodos y herramientas adicionales al mero razonamiento jurídico.

El segundo será una evaluación económica de, quizá, su propuesta académica más conocida y a la que ha dedicado más esfuerzo en sustentar: la de la clasificación de los bienes en registrados y no registrados, y su impacto en el sistema de transferencia de propiedad. Como veremos, su propuesta no solo tiene sólidos fundamentos legales, sino que tiene, además, fuertes fundamentos en la búsqueda de la eficiencia económica.

1. La enseñanza legal y la visión económica del Derecho

El aporte sobre la enseñanza del Derecho que nos sigue entregando Jorge Avendaño demuestra quizá la más feliz coincidencia entre su pensamiento y el AED. Él comprendió hace tres décadas que un Derecho que se encierra en sí mismo para explicarse no da al abogado las herramientas que necesita para enfrentar el mundo real.

El Derecho, a diferencia de otras ramas del conocimiento, no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos, antes que una ciencia. Es creado por el hombre, y su *naturaleza* y la de las instituciones cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura».[4]

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», comentaba esos esfuerzos por encontrar *naturalezas jurídicas:* «El saldo es desconsolador: tales empresas —las afanosas pesquisas de *naturalezas jurídicas*— están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe».[5]

---

[4] Citado por Hernández Gil, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica.* Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 17.

[5] Bulygin, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, p. 7.

En términos de Felix Cohen:

> Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres porque contienen un principio somnífero.
>
> Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si «principio somnífero» es definido física o químicamente. De otra manera solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.
>
> [...] Los conceptos jurídicos [...] son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.[6]

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante: «Preguntarse respecto de cada enunciado [...] qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas».[7]

Cuando analiza cómo se enseña Derecho en nuestro país, Jorge Avendaño da cuenta de este mismo problema:

> Al estudiante se le enseñó definiciones, conceptos, teorías y clasificaciones. Los temas jurídicos son clasificados de acuerdo con el sistema legal formal y no a partir de la estructura de la realidad. Los exámenes, por otro

---

[6] Cohen, Félix. *El Método Funcional en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962, pp. 46-48.

[7] Citado por Cohen, Felix. *Op. cit.*, pp.131-132.

> lado, cuestionan al estudiante en estos temas teóricos, sin ninguna referencia a las posibilidades de su uso práctico.[8]

En ese sentido continúa diciendo:

> [...] la antigua formación no le permitía al abogado entender las causas de los cambios legales: toda investigación en ese sentido ha sido sistemáticamente dejada de lado de sus estudios, y ha sido considerada «extra-legal».[9]

El AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto solo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar y que preocupaban a Avendaño, motivando sus reflexiones. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen «[...] definir somnífero en base a un principio químico o físico» o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta sobre qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptara precisamente el contrario.

En ese sentido, Avendaño sugiere darle al abogado herramientas que van más allá de comprender el Derecho formal:

> Es necesario confrontar al Derecho con otras prácticas sociales para verificar si el orden legal concuerda no solamente de manera formal con su propia racionalidad, pero además, con las demandas, necesidades y requerimientos de la sociedad en el cual se desarrolla. El Derecho es entendido como un instrumento social que promueve o detiene el cambio forzándonos a estudiar sus causas y efectos sociales.[10]

Así, nos plantea «romper los círculos viciosos» usando herramientas que salgan del Derecho sin que ello implique renunciar a ser abogados.

Como el propio Avendaño sugiere a lo largo de su trabajo, la presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptada con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la

---

[8] AVENDAÑO, Jorge y otros. «Reform of Law Teaching at the Catholic University of Peru». En *Legal Education in India, Problems and Perspectives*, 1973, pp. 96-104, p. 96 (traducción libre).

[9] *Ibid.*, p. 98 (traducción libre).

[10] *Ibid.* (traducción libre).

aplican y luego evalúan qué pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, cómo reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el paciente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados *operamos* la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a *nuestro paciente* para, de manera sistemática, saber qué pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el *jurista* tuviera la responsabilidad de revisar al *paciente*, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su *operación*. El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su *operación* mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de *operado el paciente*, evaluar si tuvo éxito o no. Así, al explicar la necesidad de incluir cursos de otras disciplinas como Economía o Desarrollo Económico, Avendaño lo sustentaba en el intento de «[...] añadir una explicación en las causas y efectos económicos de las leyes bajo estudio, la importancia social de las instituciones, etc.».[11]

Como el propio Avendaño señala, parafraseando a Harry W. Jones:

> Pretender que los abogados podamos hacer solos una reforma legal integral, que por tanto comprenda objetivos sociales, políticos y económicos, equivaldría a haber exigido a la medicina que alcanzara sus casi milagros sin contar con el avance de las ciencias biológicas, o que la tecnología industrial lograra sus maravillas sin valerse del desarrollo de las ciencias físicas.[12]

Y luego, al continuar criticando la visión tradicional, lanza un enunciado que podría ser perfectamente encontrado en un académico del AED:

> Si se analiza con detenimiento, esta concepción del derecho como fenómeno aislado y separado de las ciencias sociales, está de acuerdo con aquella otra, mencionada anteriormente, del derecho desvinculado de la realidad. ¿Por qué hemos concebido —y por tanto enseñado— el derecho

[11] *Ibid.*, p. 100 (traducción libre).
[12] Avendaño, Jorge. *Op. cit.*

> prescindiendo de su función social reguladora? ¿Por qué hemos estudiado el derecho solo, sin atender a su dinámica? Pues simplemente porque lo hemos desvinculado de la realidad. Si los juristas hubiésemos ligado permanentemente la noción de derecho con la realidad, como consecuencia inevitable lo habríamos visto dinámico e integrado.[13]

Coincidentemente, y de manera premonitoria, uno de los más célebres jueces norteamericanos, Oliver Wendell Holmes, a finales del siglo XIX, cuando ni siquiera se vislumbraba la posible existencia del AED, sostenía:

> Para el estudio racional del derecho, es posible que el hombre del portafolios sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocimiento de la economía [...]. Sabemos que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que estamos haciendo cuando elegimos.[14]

¿Cómo así el AED nos ayuda a encontrar remedios más allá de la estructura formal o dogmática del Derecho?

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo, los últimos avances han llevado a una redefinición del objeto de esta ciencia. Así, en palabras de Gary Becker,[15] Premio Nóbel de Economía, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana. Ello reforzó la capacidad explicativa del impacto del Derecho en la realidad que Avendaño, continuamente y por años, viene reclamando:

---

[13] *Ibid.*, p. 11.

[14] Holmes, Oliver Wendell. «The Path of Law». *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 457 (traducción libre).

[15] Becker, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». *Información Comercial Española*, n.° 557, 1980.

> Al enseñarse la ley de reforma agraria, por ejemplo, el profesor examina el articulado mediante un análisis sistemático. Explica las diversas hipótesis que el texto legal plantea y llega a conclusiones, aunque generalmente en el plano lógico. En este proceso recurre con frecuencia al estudio comparativo de la ley agraria de países vecinos o más adelantados jurídicamente [...]. Pero el profesor no desciende a la realidad de la vida. Omite plantear a los estudiantes estas cuestiones fundamentales: ¿Se aplica la ley de reforma agraria en las distintas zonas del Perú? En caso afirmativo, ¿el resultado de su aplicación satisface y alcanza los objetivos de orden social y económico que la ley persigue? En caso negativo ¿por qué no se aplica y qué medidas se podrían sugerir para que se la aplique?
>
> [...]
>
> No hay comprobación de lo ocurrido con la realidad. No hay verificación de la eficacia de la ley para el logro de sus fines, en nuestra realidad y en esta fecha presente. No hay cotejo del derecho con la realidad.[16]

El AED ha planteado precisamente las herramientas que permiten verificar y evaluar la eficacia del Derecho, al menos en el cumplimiento de ciertos fines. El punto de partida del AED es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir, llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir, llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así. Ello se reflejaba ya en la cita de Holmes hecha líneas arriba.

En pocas palabras, el AED es una herramienta de predicción de conductas, tal como lo refieren Cooter y Ulen:

> [...] podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de

[16] Avendaño, Jorge. *Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho: apertura del año académico 1969*. Lima: PUCP, 1969, p. 7.

> las leyes. Esta teoría rebasa a la intuición, así como la ciencia rebasa al sentido común.[17]

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos conscientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse el comportamiento de millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta solo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permiten predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios sino, en general, todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

---

[17] Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 12.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos, a los que solemos llamar «consecuencias jurídicas», descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa, o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá a alcanzar o no los fines que nos proponemos o a determinar por qué los mismos no se llegaron a cumplir en la realidad.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que, a mayor precio, menor cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas *demanden* cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta solo la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no solo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa esperada es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuente de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del Derecho, como por ejemplo el Derecho Penal, incorporan ese factor. Es común encontrar en los códigos penales como una agravante

que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, lo que tiene un efecto de descuento en la sanción esperada. El aumento de la sanción trata de compensar el incentivo a cometer delitos amparados por factores que dificultan su detección.

Como se puede apreciar, la herramienta del análisis costo-beneficio permite resolver varios de los problemas que preocupaban a Avendaño. Por ello, no debe llamarnos la atención que él haya sido el propulsor del dictado del AED en el Perú.

Por ejemplo, al analizar la enseñanza del Derecho, Avendaño se cuestionaba sobre la forma En la que era bordada una institución —tomada del Derecho Comparado— como el Hogar de Familia por nuestro Código Civil de 1936, norma que dedicó 13 artículos a esta institución:

> ¿Qué ha ocurrido, sin embargo, en los treinta años de vida que tiene el Código? ¿Cuántos hogares de familia se han constituido en el país? Ante esta sola interrogante surge de inmediato otra: ¿Por qué razón el hogar de familia no es utilizado, a pesar de las ventajas que presenta en el papel, y que dieron lugar precisamente a que nuestra ley lo acogiera? Simplemente ignoro la respuesta. El profesor universitario —y en esto me acuso porque enseño el hogar de familia en mi curso de Derecho Civil— explica a los alumnos en qué consiste el hogar de familia, cómo se constituye, cuáles son sus caracteres y cómo se extingue. Para esto examina con criterio sistemático el articulado del Código Civil. Allí termina. Olvida averiguar por qué esa ley no se aplica. Omite promover entre sus alumnos esa verificación.[18]

Precisamente el AED nos permite contar con herramientas para comenzar a responder este tipo de preguntas. Un economista diría que, si un acto jurídico no se da con frecuencia en la vida social, a pesar de revestir teóricamente una utilidad para quien lo celebre, ello se debe a la existencia de lo que Ronald Coase, Premio Nóbel de Economía en 1991, llamó costos de transacción, y que no son otra cosa que los costos que se enfrentan para celebrar un acto determinado.[19]

---

[18] *Ibid.*, p. 8.

[19] Para un análisis más detallado de lo que son los costos de transacción puede revisarse Coase, Ronald. «The Problem of the Social Cost». *Journal of Law and Economics*, octubre 1960, pp. 1-44; Bullard, Alfredo. «Al Fondo Hay Sitio ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público». En *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: ARA Editores, 1996, pp. 137-156.

Los costos de transacción pueden tener orígenes muy diversos. Una explicación posible es que los requisitos legales para celebrarlo son muy onerosos (costos de abogados, trámites judiciales, etc.). Otra posibilidad es que la celebración de este acto genera costos de transacción en otros mercados, como podría ser el mercado de crédito. Así, por ejemplo, podría ser que en un país donde el crédito es escaso, y el patrimonio para respaldarlo también lo es, la gente no esté dispuesta ha sustraer su poco patrimonio de la posibilidad de usarlo como respaldo a operaciones de crédito. En el país de la informalidad es posible que el problema sea cómo incorporar propiedades inmuebles al mercado, antes que excluirlas. En ese contexto, es de esperar que esa institución (el hogar de familia) sea usada con más frecuencia por familias relativamente pudientes, que reservan solo una parte de su patrimonio para sustraerla de los negocios, pero que cuentan igual con un patrimonio significativo para no verse privados de crédito. Por el contrario, las personas más pobres se abstendrán de usarlo. Ello parece consistente con el relativamente buen funcionamiento de esta institución en países más desarrollados y, por tanto, con importantes segmentos de la población con mayor riqueza. En ese sentido, el poco uso del hogar de familia en el Perú podría ser consecuencia de la conjunción de la escasez de bienes valiosos para respaldar créditos, sumado a los ya altos costos de transacción en dichos mercados.

Es importante señalar que nuestra hipótesis requiere de confirmación sobre la base de *data* empíricamente obtenida. Pero el AED nos muestra el camino para identificar las causas y efectos del Derecho en su rol económico-social, y explicar su eventual falta de eficacia y vigencia en el mundo real.

Otro ejemplo de cómo las inquietudes en los años sesenta y setenta de Jorge Avendaño pueden encontrar respuestas en el AED está en el planteamiento que el propio Avendaño hace respecto de la comprensión de los efectos de la Ley del Inquilinato en la sociedad peruana:

> [...] no conocemos estudio alguno que haya planteado y resuelto, durante la vigencia de esas leyes o al momento de su derogatoria, las siguientes cuestiones: ¿las leyes mencionadas estimularon o detuvieron la edificación de inmuebles? Si fuera el primer caso ¿para qué clase de inmuebles hubo mayor estímulo, locales comerciales o casas-habitación? La disposición que autoriza el corte del juicio mediante el pago [...] ¿ha contribuido a una mayor puntualidad de los inquilinos en el pago de la renta, o al contrario? ¿no es verdad que las leyes de inquilinato dieron lugar a ven-

tas simuladas para lograr una desocupación interpósita persona?, y otras muchas interrogantes.[20]

Lo que Avendaño reclama ha sido hecho por académicos hace muchos años en otras latitudes. Así pues, muchas de las preguntas de Avendaño han sido respondidas usando la aproximación económica al problema. Quizá uno de los ejemplos más notables del uso de la economía para analizar el problema de las leyes del inquilinato esté en el trabajo de otro premio Nóbel de Economía, Milton Friedman, en coautoría con George Stigler.[21]

En dicho trabajo, los autores muestran cómo las leyes de inquilinato en 1946 generaban una escasez de vivienda en San Francisco mucho más seria que la ocasionada por el terrible terremoto en dicha ciudad en 1906 que dejó sin vivienda a cerca de 200 mil personas, la mitad de la población. Para este análisis utilizaron como herramienta el número de avisos que solicitaban alquilar una vivienda publicados en los diarios de San Francisco.

La explicación económica dada en el trabajo era relativamente sencilla. Luego del terremoto de 1906 se usó un sistema de racionamiento de vivienda vía precios. Los precios altos mandan señales sobre el nivel de escasez de ciertos bienes (por ejemplo, vivienda). Al hacerlo, se consiguen dos efectos. El primero es un uso más racional de la vivienda. Algunas personas se mudaron fuera de la ciudad en busca de viviendas más baratas o para economizar espacio en las viviendas existentes y obtener un uso más racional sea para la familia o para obtener un ingreso adicional vía el alquiler de un espacio. El segundo efecto es el incentivo para construir: los precios más altos motivan a la entrada de nuevos inversionistas dispuestos a ofrecer viviendas. El resultado es un aumento de la oferta que termina por regresar los precios a niveles más bajos cuando se mitiga la escasez.

Friedman y Stigler no dejan de sorprenderse cuando constatan que los niveles de precios de los alquileres, tremendamente escasos luego del terremoto, eran más bajos que los precios generados por la escasez que trajeron las leyes de inquilinato en los cuarenta.

---

[20] AVENDAÑO, Jorge. *Op. cit.*, 1969, p. 14.

[21] FRIEDMAN, Milton y George STIGLER. *Techo o Control de Alquileres.* Traducido de Popular Essays on Current Problemas. Vol. II, n.° 2. Nueva York: The Foundation for Economic Education Inc., 1946.

El trabajo demuestra con números y datos los problemas que el sistema de racionamiento por control de alquileres y protección a los inquilinos genera. Se demuestra la falacia de que esas leyes protegen a los pobres, señalándose que son precisamente ellos quienes pagan los costos más altos del sistema al no poder acceder a una vivienda. El sistema, en lugar de acabar con los privilegios, los agudiza y hace que solo las personas que puedan evadir las normas (por ejemplo, pagando poco por el alquiler de la casa y mucho por el alquiler de los muebles que en ella se encuentran) pueden acceder a una vivienda. Las familias pobres, con pocos ingresos y muchos hijos, eran precisamente las que no podían encontrar la casa que sí encontraban en las épocas de racionamiento vía precios.

Como quien responde a las preguntas de Avendaño (aunque lamentablemente para una realidad distinta a la peruana), Friedman y Stigler concluyen cuál es su explicación a la aguda escasez de vivienda en el año 1946:

> Dos factores explican por qué la escasez de vivienda parece más desesperada en la actualidad, en comparación con 1940, a pesar de que el número de viviendas por persona es prácticamente el mismo:
>
> a. El ingreso monetario agregado de público norteamericano se ha duplicado desde 1940, de tal manera que la familia promedio podría pagar por viviendas más grandes y mejores de las que habitan actualmente, aun cuando los alquileres se hubiesen elevado substancialmente.
> b. Los alquileres se han elevado muy poco. Entre junio de 1940 y septiembre de 1945, estos se han incrementado en menos de 4%, mientras que los otros rubros del índice de costos de vida han subido en alrededor de 33%.
>
> De esta manera, tanto la estructura de precios como el aumento de ingreso incentivan a la familia promedio a procurarse mejores viviendas que antes de la guerra. El éxito de la DPA en regular los alquileres ha sido el que ha estimulado la demanda de vivienda y, por lo tanto, ha contribuido a la escasez, dado que las viviendas se han vuelto más baratas con relación al resto de bienes y servicios.[22]

[22] *Ibid.*, p. 300.

Y luego añaden:

> Los controles de alquileres no hacen nada para aliviar esta escasez. Parecen más bien contribuir a perpetuarla, dadas las implicancias nefastas que producen sobre las nuevas construcciones. Los alquileres son el único rubro importante del costo de vida que no ha aumentado rápidamente. A no ser que haya una deflación violenta, que nadie desea ni tampoco puede permitir ningún gobierno, los alquileres estarán a la zaga de los demás precios y costos significativos, incluyendo los costos de construcción. Las nuevas construcciones deben ser por lo tanto descorazonadamente pocas en volumen [...].[23]

Uno puede discrepar con las ideas de los autores citados. Puede buscar otra interpretación a sus números o puede pensarse que descartan en su análisis otros objetivos sociales relevantes. Sin embargo, no puede dejarse de reconocer la diferencia de perspectiva y la capacidad que otras herramientas distintas al Derecho tienen para comprender, curiosamente, a las propias instituciones jurídicas. Es ello lo que viene reclamando Avendaño con tanta insistencia desde hace treinta años.

En ese contexto son premonitorias sus palabras cuando explica la relación del Derecho con otros sistemas de regulación de la conducta humana, que van dejando espacio al primero como forma eficaz de alcanzar ciertos objetivos:

> El derecho no es un fin en sí mismo. Tiene un papel regulador del comportamiento social. No es desde luego la única forma de control social, pero las normas sociales son por lo menos difícil e imperfectamente entendidas si se estudian en total desvinculación del orden legal. Hoy más que nunca el derecho tiene que jugar un rol importante como fuerza social y de estabilidad, debido a la influencia declinante de la familia y otros controles extralegales de la conducta social.[24]

---

[23] *Ibid.*, pp. 300-301.

[24] AVENDAÑO, Jorge. *Op. cit.*, 1969, p. 10. Es importante destacar la coincidencia entre el pensamiento de Jorge Avendaño respecto del decaimiento de otras formas de organización social para regular conductas como la familia o las formas comunitarias, frente al desarrollo económico moderno, y las ideas de otro de los grandes cultores del AED, Richard Posner. Este autor señala en su libro *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 1983, pp. 146 y ss.) cuál es la lógica de la regulación social en las sociedades llamadas primitivas, como reacción a la existencia de un mundo de

Nótese cómo esta posición es coincidente con la forma como Cooter y Ulen entienden el AED y su utilidad:

> Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del Derecho y de las políticas públicas. Las leyes no son solo argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes en esas metas, los jueces y otros legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que es siempre mejor el logro de cualquier política a un costo menor [...].
>
> Además de la eficiencia, la economía pronostica los efectos de las políticas sobre otro valor importante: la distribución. [...] Más que otros científicos sociales, los economistas entienden cómo afectan las leyes a la distribución del ingreso y de la riqueza entre clases y grupos.[25]

Esta comprensión del Derecho como un medio para entender y mejorar la convivencia social es un punto en común entre el pensamiento de Jorge Avendaño y la lógica que inspira al AED. Por ello, no debe extrañar que el mismo Decano que expresara hace cerca de treinta años la necesidad de capacitar abogados en herramientas que le permitan tender puentes entre la estructura formal del Derecho y la realidad sea el mismo Decano que incorporara la enseñanza del AED no solo en la Universidad Católica, sino en la Universidad Peruana, como una forma de ver plasmadas sus persistentes y continuas propuestas de reforma en la enseñanza del Derecho.

El propio Jorge Avendaño reconoció esta relación en una entrevista dada en el año 2001 al historiador Teodoro Hampe, comentando las épocas de los *Wisconsin Boys* y la importancia de esa Universidad en la reforma:

---

información escasa y altos costos de transacción, y cómo el desarrollo de mecanismos de información va llevando a la sustitución de relaciones personales y familiares, por relaciones impersonales como las que caracterizan no solo a los mercados, sino al Derecho moderno.

[25] COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. cit.*, p. 14.

> Se trataba de una universidad pública, muy seria, pero sin la fama de Harvard, Yale, Columbia o Stanford; estaba, sobre todo, en la línea del movimiento entonces prevaleciente de Law and Society (Derecho y sociedad).

Hoy día ese movimiento ha sido reemplazado por el de Law and Economics (Derecho y Economía), cuyos vientos arrancan desde la Escuela de Derecho de Chicago.[26]

Y luego continúa diciendo:

> Hoy, con la imposición de la economía de mercado, el Derecho debe regular la economía y brindar seguridad jurídica para que la gente tenga certeza de que sus derechos van a ser respetados. Por ello es necesario una justicia eficaz y pronta, cosa que en el Perú no hemos alcanzado. Muchos de estos conceptos han sido vertidos en artículos publicados en nuestra revista Derecho, uno de los cuales «Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho», era explícito sobre dicho rol novedoso.[27]

En esa línea, Jorge Avendaño, sin ser un converso y menos aún un practicante del AED, es claramente un propulsor, no solo por su decisión de incorporarlo al currículo de estudios de la Universidad Católica, sino porque siempre estuvo en búsqueda de herramientas que le permitieran comprender el Derecho desde fuera del Derecho.

2. Bienes registrados y no registrados, y la transferencia de titularidades

Quizá una de las propuestas académicas más importantes de Jorge Avendaño sea aquella referida a cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados. Esa propuesta llegó a plantearse incluso en un Anteproyecto durante el proceso de reforma que culminó con la dación del Código Civil de 1984.

---

[26] Hampe Martínez, Teodoro. «Jorge Avendaño Valdez». Entrevista publicada en la *Revista Abogados*, n.° 5, año III, 2001, p. 98.

[27] *Ibid.*, pp. 98-99.

Lamentablemente, la propuesta fue rechazada. Sin embargo, el debate que la rodeó (y que aún hoy la rodea), mostró que la diferencia entre quien la planteó y quienes la cuestionaron era de visión y perspectiva. En la discusión, las respuestas en contra fueron realmente curiosas y se encerraron en meros razonamientos circulares en los que, como bien anota Fernando de Trazegnies[28] criticando a los opositores del cambio, los principales argumentos fueron la tradición, la naturaleza y los romanos. Así, se usaron argumentos tales como «por qué cambiar las cosas si siempre hemos clasificado en muebles e inmuebles», «la naturaleza de las cosas es clara: hay cosas que se mueven y cosas que no se mueven» o «eso nos viene desde la época de los romanos».

Ninguno de los argumentos usados en esta época se centra, sin embargo, en el tema principal que motivó a Avendaño: el buen funcionamiento del sistema de transferencia y constitución de titularidades. Las definiciones legales no tienen como fin hacernos sentir *conceptualmente felices;* sirven para resolver problemas. No clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia tranquila con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con Olaechea y los demás autores del Código de 1936 o para que Justiniano descanse en paz. Lo hacemos para resolver problemas de la vida diaria, de seres de carne y hueso que tienen que interactuar entre ellos y que son, finalmente, a quienes se debe el legislador.

La defensa de la clasificación sobre la base de naturalezas y tradiciones es tan absurda que quienes la defendían no advertían que la clasificación del Código es, de alguna manera, *contra natura*, pues incluye dentro de la clasificación de inmuebles a bienes como las aeronaves y naves, precisamente, los bienes inventados por el hombre que más se mueven. Y lo hace por motivos prácticos: poder darlos en hipoteca y no en prenda, lo que implicaría la desposesión del propietario. Y ello sin siquiera advertir que en el Código de 1984 la existencia de la prenda con entrega jurídica hubiera permitido, sin problema, prendar aviones y barcos, sin evitar, por la desposesión que su titular los destine a su objeto económico.

Esto se debe a que las críticas no entendieron lo importante de la propuesta y de su perspectiva funcionalista. La razón que explica la

[28] De Trazegnies, Fernando. «Bienes, naturaleza y romanos». *El Comercio*, 21 de diciembre de 1982.

idea de Avendaño no es su gusto por las clasificaciones nuevas, sino la comprensión de cómo debe funcionar un sistema de transferencia de titularidades en la reducción de costos de transacción.

Esto se refleja claramente en el nuevo proyecto que se viene trabajando para reformar el Código Civil y que, nuevamente, contiene la propuesta de Avendaño, relanzada, reforzada, con mayor aceptación que hace 20 años, y con muchas más posibilidades de ser aceptada e incorporada a nuestro ordenamiento civil.[29]

Cuando Avendaño explica su idea no lo hace en abstracto, planteando la clasificación como una mera constatación de lo que existe (efectivamente, hay bienes que están registrados y otros que no lo están), sino que lo hace a la luz de algo más importante: cómo transferir y constituir titularidades sobre bienes. Esto quiere decir que se aproxima al problema desde una perspectiva funcionalista. El cambio de clasificación no es un fin en sí mismo, sino un medio para darle coherencia a un sistema de oponibilidad de derechos.

Así, Avendaño nos señala al comentar su propuesta:

> El nuevo criterio es, pues, el de bienes registrados y no registrados, estableciéndose que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no solo al de propiedad inmueble, sino a todos los registros. Un paso muy importante para la seguridad jurídica y una consolidación muy significativa de los diversos registros que cada vez se van unificando y mejorando su servicio en la SUNARP, que es el sistema registral. Entonces ¿cómo se transferirán los bienes registrados, ya sea un edificio o un caballo de carrera, sean muebles o inmuebles, sean corporales e incorporales? Con registro constitutivo. Y ¿cómo se transferirán los bienes no registrados, bien sea una casa no inscrita, un terreno no registrado, hasta un vaso o un reloj? Con la tradición, la entrega, se limpia el asunto; ni siquiera habrá concurso de acreedores. Como ocurre con la hipoteca desde el siglo pasado, su inscripción es obligatoria. Los bienes inmuebles no inscritos se han ido incorporando al Registro poco a poco, con lo cual ha ido mejorando la situación registral en general y esos son los bienes que se pueden hipotecar. Así será en el futuro.
>
> [...]

---

[29] AVENDAÑO, Jorge. «La Clasificación de los Bienes en Función del Registro». *Revista Jurídica del Perú*, año XLVII, n.° 10, enero-marzo 1997, pp. 36-37.

> La gran modificación en materia de Derechos Reales en el proyecto del Código, es la clasificación de bienes registrados y no registrados, lo cual no solo cambia el régimen de transferencia de la propiedad, sino también el régimen de garantías, que es lo que está discutiendo actualmente la Comisión Revisora.[30]

Como ya dijimos, Avendaño no cultiva sistemáticamente el AED, pero lo cultiva intuitivamente. Su pensamiento y los argumentos que usa para defenderlo pueden ser enmarcados perfectamente dentro de la doctrina económica.

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo a lo que los economistas llaman costos de transacción. En el mercado de bienes y derechos, los costos de transacción dependen de una serie de factores.[31] Pero uno de los principales factores es la propia definición de los derechos y titularidades.

La definición de derechos no es un tema meramente teórico. Ni siquiera es un tema principalmente teórico. Es un tema esencialmente práctico. Una de las cosas que los economistas comprenden es que lo importante es, antes de cómo son las cosas, cómo son percibidas. Los individuos toman decisiones de conducta a partir de lo que perciben, independientemente de que las cosas en la realidad sean distintas. Por ello, no interesa que el Código Civil diga que uno es propietario, con facultad de excluir a los demás, por el simple consenso. Las personas se sienten propietarios no cuando el Código lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura. En consecuencia, el sistema debe responder a las percepciones de manera práctica y dar disposiciones que creen no propiedades teóricas, sino propiedades percibidas como seguras.

---

[30] Avendaño, Jorge. «El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil». *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año I, n.° 2, agosto 2000, pp. 106-107.

[31] Ronald Coase («The Problem of the Social Cost». *Journal of Law and Economics*, octubre 1960, pp. 1-44) define los costos de transacción en los siguientes términos: «Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos».

Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Cuando contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. El *precio de la incertidumbre* es menor, los costos de transacción son menores, entonces hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y, con ello, mayor bienestar. Este es el principio que está detrás de la primera formulación del Teorema de Coase.

Según la primera formulación del Teorema de Coase, si los costos de transacción son iguales a cero (o son bajos), no importa la regla legal a aplicarse para llegar a la solución eficiente; esto equivale a decir que no importa a quién le des la propiedad, pues mediante intercambios en el mercado esta llegará a manos de quien más la valoriza. Así, si le das un libro a un analfabeto, este se lo venderá a alguien que sepa leer, y en particular a alguien que sabe leer que aprecia el contenido del libro. Ese es el objetivo principal de un sistema de transferencia de propiedad: antes que decidir a quién se le da originalmente la propiedad, se debe determinar como esta se reasigna a sus usos más valiosos. Sin embargo, la frase de que no importa la regla legal no debe ser leída en el sentido de que no importa cómo se define el derecho. El Teorema de Coase parte del presupuesto de la necesidad de que los derechos estén bien definidos, es decir, que todos percibamos hasta dónde y desde cuándo puedo excluir a los demás. En palabras sencillas, todo esto quiere decir que no es posible que el mercado funcione si la propiedad no está definida de manera clara. El analfabeto requiere que su facultad de excluir esté bien definida y el interesado por el libro requiere que el sistema le deje claro cómo se le transfiere esa facultad de excluir de manera segura para que la adquisición sea posible y el libro tenga un uso socialmente más valioso. Esto se desprende de la siguiente cita de Coase:

> [...] si las transacciones de mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar.[32]

---

[32] *Ibid.*

Por el contrario, si el derecho está mal definido y no se puede pronosticar el resultado de un juicio (por ejemplo, no es fácil saber quién será declarado propietario), los costos de transacción se elevan. Si adquiero un predio de quien no tiene su derecho inscrito, siempre habrá el riesgo de que aparezca un tercero alegando un mejor título y que hoy, al momento de contratar, no puedo identificar. Entonces la incertidumbre crece, con ello su *precio* y, por aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada de esa propiedad cae. Mayores costos de transacción (menor seguridad en el tráfico en los términos usados por Avendaño) significa menor circulación de la riqueza y menor bienestar.

Esto se refleja en un hecho que es fácil de constatar empíricamente: el valor de un predio sube cuando se inscribe. Su precio es mayor porque el adquirente asigna una valorización superior a la seguridad que el registro le da. Por el contrario, el bien no inscrito conduce a un castigo en el precio, es decir, al traslado de los costos de transacción al enajenante del derecho.

Y ello no solo tiene relación con la cantidad de transferencias que se den (circulación de la riqueza), sino con el nivel de inversión en el predio. Si un agricultor tiene problemas de linderos con sus vecinos, es posible que siembre al centro del terreno y no en los bordes donde el conflicto existe para evitar que sus vecinos se queden con su inversión si el conflicto se resuelve de manera desfavorable para él. Ello reduce la productividad porque habrá menos tierras cultivadas.

En una ocasión, conversando con personal de COFOPRI, entidad encargada de entregar títulos registrados a los propietarios originalmente informales, me comentaban que era evidente que cuando entraban a titular una zona, el resultado era que el nivel de construcción se incrementaba. Por ejemplo, comenzaban a construirse edificios de varios pisos cuando se entregaban títulos debidamente inscritos, porque la seguridad (menos costos de transacción) motivaba la inversión.

Pero si cortáramos allí el argumento, estaría incompleto. Si bien es cierto que definir un derecho reduce los costos de transacción, a su vez la propia definición del derecho tiene costos y es, paradójicamente, un costo de transacción.

Registrar una propiedad permite definir el derecho de manera más precisa y completa, pero el propio registro tiene un costo. Este tiene que ser organizado y requiere de una infraestructura y un personal que alguien tiene que pagar. Pero, además, acceder a él tiene un cos-

to; porque hay que pagar a abogados, notarios y tramitadores. Y eso es un costo de transacción.

Esta aparente paradoja puede graficarse con un ejemplo. Hay automóviles más seguros que otros. Algunos tienen una estructura débil, materiales no muy bien ensamblados o de deficiente calidad. Un accidente los convierte en una trampa mortal. Otros automóviles en cambio pueden resistir el impacto brindando una seguridad sorprendente. Tienen aditamentos como barras de seguridad o bolsas de aire que reducen sustancialmente el riesgo de morir en un accidente de tránsito.

La seguridad automotriz reduce un costo: el costo de los accidentes. La mayor seguridad hace que invirtamos menos en gastos médicos, en sepelios y en el costo humano que de los daños a la integridad física o la vida se deriva. Pero, a su vez, los mecanismos de seguridad de los automóviles también son un costo que hay que pagar. Un automóvil Tico es más barato si se mide por el precio, pero más caro si se mide por el costo de los accidentes. Por el contrario, un Volvo es barato en costos de accidentes, pero la factura que refleja su precio no está al alcance de todo bolsillo.

Como la seguridad, mayor precisión en la definición de derecho reduce el costo de la inseguridad, pero implica gastar en la seguridad misma. Un análisis costo beneficio permite definir en qué caso la seguridad vale lo que cuesta. Uno puede construir un auto como un tanque de guerra a un costo muy superior, pero habría que preguntarse si la inversión está justificada por la seguridad adicional que brinda.

Cuanto más valioso sea un bien, mayores incentivos habrán para gastar más en asegurar su propiedad. Si un bien es muy barato (como un lapicero descartable) gastar en tenerlo en un registro podría costar más que el propio valor del bien. En esos casos incurrir en los costos de una mejor definición de derecho no se justifica en los beneficios que se obtendrían.

Por el contrario, un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una perdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero. Entonces gastar en un registro aparece como justificado.

Este simple razonamiento explica por qué no hay registros de lapiceros y sí registros de predios.

Este problema es claramente explicado por Cooter y Ulen:

> El derecho de propiedad debe elaborar entonces algunas reglas que balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad, con el costo del mantenimiento de un sistema de verificación. Para los bienes costosos tales como casas y automóviles, la ley reduce las incertidumbres que afectan al comercio proveyendo de un sistema para el registro de los títulos y, por lo general, obliga a que todas las ventas se hagan mediante el proceso de registro negándose a proteger las transacciones de estos bienes que no se registren. Pero en el caso de transacciones pequeñas, el costo de mantener un sistema de verificación superaría al beneficio derivado de la reducción del riesgo.[33]

Sin embargo, la posibilidad de discriminar entre cuándo gastar mucho en seguridad y cuándo poco puede ser compleja. Una posibilidad es decir que los bienes por encima de cierto valor (por ejemplo 20 UITs) se registrarán y los que estén por debajo de ese valor se transferirán por simple tradición, un sistema menos seguro pero claramente más barato. Pero las reglas no solo deben ser buenas, sino simples de aplicar. Una regla basada en valorizaciones implica complejas discusiones sobre qué valor tienen las cosas.

Otra alternativa es la de usar otros criterios como la movilidad. Pero es un criterio equívoco. Si bien originalmente podría pensarse que lo que no se mueve (por sus dimensiones o características) tenderá a valer más que algo que se puede mover, ello, gracias al desarrollo tecnológico, no es cierto. Un avión o un barco valen más que muchos predios, pero se mueven. Y un pequeño predio puede valer mucho menos que un automóvil. Ello es lo que originó excepciones para que la Ley sostuviera que los aviones y los barcos *no se mueven* (son inmuebles).

Pero soluciones como esas solo reflejan la dictadura de un Derecho que declara que las cosas son como quiere que sean, incluyendo la absurda declaración de que los aviones son inmóviles pero se mueven. Se pierde así la importancia práctica del sistema en la rigidez de una declaración meramente legal.

La aparición de la propuesta de Avendaño, inspirada sin duda en la visión práctica de su autor, rompe con la dictadura de un Derecho que cree encontrar la solución del problema en una mera declaración legal. Quizá el secreto está en lo evidente. ¿Por qué dejar que la oponibilidad en la transferencia de una titularidad quede en manos

---

[33] Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Op. cit.*, p. 184.

de una declaración fría y abstracta de la Ley? ¿No es mejor dejar sujeta a la autonomía privada la definición de cuándo oponer un derecho y cómo hacerlo? Finalmente, el valor de las cosas proviene no de la esencia de los bienes sino de cómo éstos son valorizados. De la misma manera como dejamos a los individuos calcular qué carro se comprarán en función a cuánto aprecian la seguridad y en relación a cuánto aprecian pagar como precio y renunciamos a que sea el Derecho el dictador absoluto de cuanta seguridad tenemos que comprar obligándonos a que todos los automóviles sean Volvo. ¿Por qué no hacemos lo mismo respecto de la seguridad de las titularidades que adquirimos?

Si uno revisa el Anteproyecto que preparó la Sub-Comisión a cargo del Libro de Reales encontrará, en primer lugar, en el artículo 889, cómo se clasifican los bienes según esta nueva perspectiva:

> Artículo 889.- Bienes registrados o no registrados.
> 1. Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.
> 2. Los bienes no registrados pueden ser registrables o no registrables. Son registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a algún registro de carácter jurídico.

El nuevo papel de la autonomía privada es el *quid* de la propuesta de Jorge Avendaño. Nótese que su propuesta no parte de organizar el sistema de transferencia de bienes entre registrables y no registrables, sino registrados y no registrados. Si bien la registrabilidad está recogida en el segundo párrafo del artículo, este tema está subordinado a lo que aparece como más importante: que el bien esté o no registrado.

¿Por qué es esa diferencia importante? La declaración de mueble o inmueble no es una declaración contra la que se pueda pactar. La autonomía no tiene un rol que jugar, y queda amarrada a la definición legal. Nadie puede por acto jurídico declarar que su casa es un bien mueble o que un lapicero es un bien inmueble. Por tanto, no puede decidir cuánta seguridad quiere adquirir. Solo queda sujeto, para oponerlo, a la declaración que el sistema jurídico ya ha hecho sobre la naturaleza del bien.

Si la propuesta de Avendaño fuera partir de la clasificación de los bienes en registrables y no registrables, no habría mucha diferencia con la clasificación entre muebles e inmuebles. La declaración de registrabilidad es también una declaración legal y una declaración

dictatorial. Un predio es registrable fuera del hecho de la decisión de su titular de registrarlo.

Pero al definirse la transferencia de la titularidad en función a que el bien esté o no registrado, se deja la decisión del grado de oponibilidad en el campo de la autonomía privada del titular. Que el bien esté o no registrado es decisión del propietario, sea porque él mismo lo inscribió o sea porque él tomó la decisión de adquirir un bien registrado y descartó adquirir uno que no estaba registrado. En otras palabras, él escoge qué tan «exclusiva y excluyente» va a ser su propiedad.

Esto se refleja en el que es quizá el artículo más importante del Anteproyecto del Libro de Reales, y es que define la forma de transferir derechos y titularidades sobre bienes:

> Artículo 885.- Inscripción. Tradición.
> 1. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.
> 2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente.

La propuesta significa una tremenda ventaja en términos de la decisión de cuánto nos beneficiamos con la oponibilidad frente a cuánto nos cuesta la oponibilidad. Dicho en otros términos, el análisis costo beneficio de los dos impactos que el registro tiene en términos de costos de transacción (costo de transacción-incertidumbre reducido vs. costo de transacción-mecanismo de oponibilidad elevado) deja de ser propiamente del legislador para pasar a los particulares en cada caso.

Esto tiene, sin embargo, algunos límites legales. Dado que los lapiceros no son registrables, no podrán ser registrados y, por tanto, no podrán llegar las titularidades sobre los mismos a ser oponibles por un registro, así la voluntad del titular lo desee. Pero ello puede explicarse en la identificación de supuestos claros en los cuales la registrabilidad resulta a todas luces más costosa que beneficiosa.[34]

El único problema que quedaría es determinar qué ocurre con los problemas que surjan en caso de signos de *recognosibilidad* imprecisos

[34] Esta es una afirmación relativa, cuyo relativismo se deriva, nuevamente, de los aportes de Avendaño. En la fecha de elaboración de este artículo se viene reuniendo una Comisión nombrada para redactar una nueva Ley de Garantías; dicha Comisión

como la posesión, es decir, el caso en el que alguien adquiere del poseedor no propietario en la creencia de que quien le transfiere es el propietario. El problema ya no se presentará con los bienes registrados donde la precisión de la publicidad registral resuelve el problema. Pero en el caso de los bienes no registrados, la salida es la adquisición a *non domino*. Esto se encuentra recogido en el Anteproyecto en los siguientes términos:

> Artículo 886.- Adquisición de un no titular.
> 1. Quien de buena fe y como titular de un derecho real recibe de otro la posesión de un bien no registrado, adquiere el derecho transmitido, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal.
> 2. Los bienes muebles no registrados respecto de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda.
> 3. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los contratos de arrendamiento, comodato u otros de naturaleza análoga respecto de bienes no registrados.

Es importante notar que el sistema extiende la protección incluso a derechos tradicionalmente considerados personales como el arrendamiento o el comodato, reforzando la idea que lo importante no es la

---

está presidida por Jorge Avendaño. De aprobarse la propuesta que viene trabajando la Comisión, podría llegarse a oponer (con algunos límites) a la constitución de derechos de garantía sobre bienes hoy no registrables como un lapicero, por medio de un registro reconceptualizado. Entraríamos así a una segunda fase, más audaz aún, del pensamiento de Avendaño que permitiría la creación, por decisión de autonomía privada, de derechos oponibles de garantía por inscripción sobre bienes tradicionalmente considerados no registrables. El secreto de la propuesta es la creación de un registro personal de contratos, que incluya la afectación de bienes de todo tipo y sin excepciones. Este concepto avanza en un sentido que se desprende del pensamiento de Jorge Avendaño pero que él aún no se ha atrevido a expresar, que es el fin del concepto de *numerus clausus*, el que permite que la autonomía privada cree relaciones jurídicas con distintos grados de oponibilidad y que se escapen de la clasificación bipolar de derechos reales y obligaciones. Sin embargo, lo novedoso de la propuesta y el hecho que se encuentra en proceso de definición nos impide tratarla en detalle en este trabajo.

naturaleza real, sino la existencia de un *signo de recognosibilidad* que haga oponible la relación jurídica correspondiente.

Resumiendo lo expuesto, un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes. ¿Cuál de los objetivos debería preferirse?

Lo que se desprende de lo que hemos dicho es que la respuesta a esa pregunta no es fácil. Ambos objetivos reducen costos de transacción. Por un lado, poner pocas exigencias para transferir la propiedad facilita la contratación pues reduce el costo de llevar a cabo la transferencia. Por ejemplo, un documento privado es más barato que una escritura pública o que una inscripción registral. Pero, por otro lado, mayores requisitos pueden ser necesarios para crear signos de recognosibilidad que permitan a los adquirentes saber que contratan sobre una base segura. Es lo que ocurre con los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes y reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son a su vez un costo de transacción (porque implican pagar al notario, al registrador, al abogado). Por ello se genera un conflicto que ha ocasionado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

Este dilema ha suscitado toda una discusión respecto de cuál es el sistema que debería adoptarse. En medio de esta discusión se encuentra la propuesta de Avendaño. Unos propugnan un sistema transferencia vía registro, es decir, el sistema registral constitutivo del derecho de propiedad; mientras que otros, como Gastón Fernández Cruz, proponen un sistema basado en el consentimiento,[35] que es el que recoge el Código Civil. Fernández Cruz sostiene que un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace

[35] Fernandez Cruz, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». *THEMIS-Revista de Derecho*, n.° 30, 1994, pp. 149 y ss.

más «barato» contratar. Se inclina, por tanto, en priorizar el primer objetivo señalado.

Como veremos, tal posición parte de una construcción incompleta de qué son los costos de transacción. Definitivamente, lo que Fernández Cruz plantea elimina ciertos costos. El problema es que, como hemos visto, genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato.

Por ejemplo, si a uno le dan la opción de cruzar una calle caminando por la calzada o la de cruzar por un cable tendido entre dos edificios de un lado a otro de la calle, es lógico pensar que mucha más gente va a pasar por la calzada que por el cable, por una simple razón: por la calle hay más seguridad, mayor certeza, mientras que por el cable se está siempre sujeto a la contingencia de que un tercero —adquirente de buena fe—, nos haga *caer*. Esta incertidumbre hará que menos gente pase por el cable y más pasen por la calzada.

Gastón Fernández Cruz indica que eso parte del presupuesto de decir que no toda la propiedad está registrada, pero eso no es así. Lo que se deriva de la propuesta de Avendaño es que podemos establecer un sistema por el que la transferencia de los bienes registrados sea por registro y la de los bienes no registrados sean por otro mecanismo, como la tradición, que genera cierta publicidad.

Para sostener su posición Fernández Cruz distingue entre seguridad dinámica y seguridad estática. Creemos que esa separación no contempla el fenómeno en su integridad. Asume que la seguridad es una calle de un solo sentido; cuando es de dos, es imposible entender una sin entender la otra. La seguridad dinámica es la seguridad de que haya transferencia mientras que la seguridad estática se da una vez que adquiero la propiedad, el propietario que siente que su derecho no puede ser atacado. Para ir a lo dinámico, tiene que haber seguridad en lo estático. Por ejemplo, si le decimos a una persona que nade porque detrás del horizonte hay una isla a la cual llegar, que uno desconoce, probablemente no se va a animar. La dinámica de moverse de una posición a otra se ve perjudicada por la incertidumbre. La falta de la seguridad estática —un lugar a donde llegar—, hará que decida no nadar, por más que nadar en sí misma sea una actividad fácil.

Por el contrario, un sistema basado en el registro tiene reglas más claras. Es como la isla que se ve a lo lejos. Sabemos que si el registro

dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me está vendiendo es el propietario, (2) que no le haya vendido a otro, (3) «o» que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello solo genera inseguridad.

Como estamos viendo, la propuesta de Avendaño tiene una concepción más completa del problema. El resultado de un sistema como el que él propone, que deje a los particulares la decisión sobre cuál es el nivel de oponibilidad que desean, salta a la vista. Dado que la relación entre los costos de la incertidumbre y los costos de creación de un sistema de oponibilidad que los reduzca varían según las circunstancias y las preferencias de las personas involucradas, un sistema que sujeta la decisión a la autonomía privada tiene la flexibilidad necesaria para que la decisión se tome caso por caso. Pongamos un ejemplo.

En el pueblo de Cora Cora en Puno, ubicado a varios días de jornada del registro más cercano, el propietario puede tener la disyuntiva de inscribir o no su predio agrícola. Si lo inscribe la transferencia de propiedad en el sistema de Avendaño quedará sujeto al registro. La decisión le reportará una serie de beneficios. Quizá el precio al que pueda vender en el futuro se incremente sustancialmente. Además, podrá ofrecer su predio en garantía para obtener crédito.

Pero a su vez su decisión le reportará una serie de costos. Si tiene suerte quizás exista un abogado en Cora Cora que le prepare los papeles para cualquier operación y si tiene más suerte aún habrá un notario. Pero lo más probable es que tenga que emprender una jornada de varias horas para llegar a un poblado donde existan los abogados y notarios y quizás la jornada sea más larga hasta llegar a un lugar donde haya una oficina receptora del Sistema de Registros Públicos.

Si la Escritura Pública llega a otorgarse luego de la pérdida de uno o dos días en el trámite, tendrá que esperar que los títulos presentados sean llevados en mula hasta la Oficina Registral donde el predio está registrado. Posiblemente solo haya un viaje a la semana para llevar los títulos presentados hasta el lugar respectivo.

Pero dado que los abogados y notarios a los que tiene acceso el campesino de nuestro ejemplo no son los mejores imaginables, o que quizá le toque un registrador poco preparado o caprichoso, su título será observado y la siguiente semana recién regresará el título con la observación a la oficina receptora. Cuando el campesino vaya a recogerla (con mucha suerte dos o tres semanas después de que dejó el

título por primera vez) se dará con la ingrata sorpresa que tiene que corregir algo.

Buscará nuevamente a su abogado y a su notario, y tratará de subsanar la observación. Ojalá tenga suerte y lo pueda hacer para no volver a pasar por todo el proceso una y otra vez. Pero igual habrá perdido muchas horas (o días) de trabajo a un costo excesivo para su capacidad de ingreso y para el valor de su predio.

¿Y cual sería su beneficio por inscribir? En el pequeño poblado de Cora Cora todos se conocen. Por tanto, todos saben quién es propietario de qué. Si alguien va a adquirir, basta preguntar a los vecinos para identificar al propietario. Una sociedad pequeña tiene menores costos de transacción que una sociedad grande, compleja e impersonal. El resultado es que el registro da pocos beneficios en términos de mejora en la seguridad de las transacciones. En pocas palabras, cuesta mucho para el valor agregado que da.[36]

Para el campesino de nuestro ejemplo, quizá sea económicamente más lógico confiar en un sistema menos eficaz de oponibilidad pero más barato, que se encuentra entre sus posibilidades económicas y que es razonable en función al valor de su predio. Quizá el uso de mecanismos de garantía menos eficaces, pero más razonables para su situación como la anticresis sean adecuados. Y entonces el tratamiento de su predio como un bien no registrado y transferible por simple tradición sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Claro está que la incorporación de Cora Cora a un mercado más integrado puede cambiar la situación. Por ejemplo, la llegada de una carretera a Cora Cora puede incrementar la actividad económica y el valor de los predios. Además, se puede reducir el acceso a los registros porque los títulos pueden llevarse en un par de horas y no en un día entero. Y como llega más gente, puede ser difícil o se puede perder la *memoria popular* de quién es propietario de qué. El cambio en la relación de costo-beneficio puede convertir el registro de ineconómico a perfectamente razonable y, por tanto, deseable para el campesino. Pero la decisión estará en función de la seguridad que desea tener en relación con el costo que tiene que asumir por ella.

Con la propuesta de Avendaño el sistema le permite «comprar un Tico», pero le da la opción de comprar un Volvo cuando las circunstancias se vuelvan propicias.

---

[36] Esa es de alguna manera la explicación de por qué en la relativamente pequeña sociedad romana los inmuebles se podían transferir por *traditio*.

En cambio el valor de una mansión en la zona más residencial de San Isidro, que tiene un acceso a registros relativamente económico, justifican la registrabilidad de ese inmueble pues los beneficios serán claros en relación a los costos. Si el propietario se comporta razonablemente correrá al Registro para revalorizar su propiedad con una inversión baja en conseguir que el predio se registre.

El sistema que propone Avendaño permite diferenciar situaciones disímiles y tratarlas de la manera adecuada. No todos los males deben tener los mismos remedios y algunos remedios pueden convertirse en males según las circunstancias.

En el fondo, el sistema de oponibilidad de derechos que se encuentra tras la propuesta de clasificación de bienes que propone Avendaño es el de un sistema dinámico, que potencia la autonomía privada como mecanismo para una asignación eficiente de recursos, pero reforzando la seguridad jurídica o seguridad en el tráfico, o en términos cousianos, reduciendo costos de transacción.

Bajo tal lógica, la propuesta de Avendaño refleja una adecuada comprensión del problema económico de base. Es una propuesta que sería hecha por un buen economista, lo que permite añadir a las virtudes de Jorge Avendaño como jurista, las que corresponden a un economista agudo que busca reducir los costos y maximizar los beneficios sociales de las decisiones legislativas.

3. El porqué de que Jorge Avendaño sea un buen economista

El célebre juez norteamericano Benjamín Cardozo decía, refiriéndose a las normas legales, que pocas reglas en nuestro tiempo están tan bien establecidas que puedan ser justificadas como medios para el cumplimiento de sus fines.[37] El Derecho es una forma de conocimiento lejana al pragmatismo necesario para resolver problemas. Como dice Richard Posner, la visión antipragmática del Derecho no se pregunta ¿qué funciona? Por el contrario, se hace preguntas como ¿qué reglas y resultados formales se relacionan en un vínculo lógico con una fuente del Derecho, como el texto de la Constitución o una doctrina que nadie pueda cuestionar?[38] En esas preguntas perdemos tiempo y esfuerzo que podría ser dedicado a conseguir que las cosas funcionen en realidad y no en teoría.

---

[37] Cardozo, Benjamín N. *The Nature of the Judicial Process*. 1921, p. 66.

[38] Posner, Richard. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995. p. 399.

No es la falta de inteligencia lo que muchas veces hace que los abogados pierdan de vista los efectos de las decisiones legales. Por el contrario, como el propio Posner sugiere, es a veces la aplicación de la inteligencia a categorías abstractas o formales lo que aleja al derecho del cumplimiento de sus fines:

> Abogados extremadamente inteligentes pueden crear intrincadas estructuras doctrinarias que, aunque ingeniosas, incluso en un sentido rigurosas, carecen de utilidad social. Por ejemplo, brillantes abogados crean, descubren o aumentan vacíos en las normas tributarias para eludir impuestos. Esta actividad es puramente redistributiva; no generan ganancia social. De hecho hay una nueva pérdida social neta, no solo porque el tiempo de los abogados tiene un costo de oportunidad, pero también porque sus actividades elusivas exigen códigos tributarios redactados con mayor cuidado y más complejos. El bienestar social podría incrementarse si el Coeficiente Intelectual de los abogados tributaristas pudiera ser reducido en un 10%.[39]

Lo mismo se puede decir de la inteligencia aplicada a otras ramas del Derecho cuando dicha inteligencia no se orienta a mejorar el Derecho, sino a hacerlo *doctrinariamente* más complejo.

Pero la misma crítica puede hacerse a los economistas. En la Economía, como ciencia de predicción, de nada sirven las premisas si ellas carecen de capacidad para hacernos entender el mundo real. Saber de Economía no es garantía de entender la realidad, como ser abogado no es sinónimo de estar perdido en el paraíso de los conceptos.

Los buenos abogados, como los buenos economistas, tratan de entender y explicar la realidad sobre la que actúan.

Discutiendo precisamente ese tema, Ronald Coase decía:

> Frente a elegir entre una teoría que predice bien pero que nos arroja pocas luces de cómo funciona el sistema y una que nos arroja luces pero predice mal, yo escogería la segunda, y me inclino a pensar que la mayoría de economistas debería hacer lo mismo.[40]

---

[39] *Ibid.*, p. 54.

[40] COASE, Ronald H. *Essays on Economics and Economist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 17.

En esa línea, Avendaño aporta al Derecho algo más que su inteligencia. Aporta su visión pragmática que enrumba sus capacidades hacia metas concretas dirigidas a mejorar el bienestar de la sociedad. Como Coase recomienda a los economistas, Avendaño prefiere *ir al grano* antes que perderse en las discusiones que convierten *al grano* en una abstracción. Le rehuye a la pregunta tonta que no conduce a nada y nos pide que hagamos preguntas con sentido y que las respondamos en *baño* de realidad. Eso es lo mejor que se puede decir de un economista y creo, también, lo mejor que se puede decir de un abogado.

Podríamos seguir analizando el pensamiento de Jorge Avendaño y encontrar otras felices coincidencias entre su lógica de jurista y su intuición como economista. Sin duda el proyecto de nueva Ley de Garantías que viene trabajando una Comisión por él presidida sería un buen ejemplo. Por otra parte, para quienes hemos sido sus alumnos el recuerdo de sus a veces ácidos comentarios en clase, y duros cuestionamientos a preguntas sin sentido, basado en una perspectiva práctica y orientada a lo mundano, es otra muestra de su capacidad para tender puentes entre el Derecho y la realidad económica que el Derecho tiene que regular. Por ello, no es extraño que hayamos encontrado coincidencias con la lógica económica en sus propuestas jurídicas, sino, y con mucho mayor claridad aún, en su visión de cómo debe enseñarse el Derecho.

Solo quise rendir homenaje en este artículo a una faceta no percibida de las habilidades de Avendaño. Una que se aleja, pero a su vez está cerca, de sus cualidades como abogado, como académico, como profesor y como político. He querido rendir homenaje a su capacidad para encontrar intuitivamente el camino hacia las soluciones eficientes. He querido rendir un homenaje a una visión que permita, en términos de Cardozo, que nuestras reglas legales sean aquellas que son consistentes como medios para cumplir sus fines y en la que nuestros abogados, aquellos que formamos en las escuelas de Derecho, juren no solo luchar por la justicia, sino por lograr un mayor bienestar y desarrollo para nuestra sociedad.

Jorge Avendaño, semblanza desde el congreso

Graciela Fernández Baca de Valdez

Cuando en 1994 el ilustre peruano, embajador Javier Pérez de Cuéllar, tomó la decisión de postular a la Presidencia de la República para el período 1995-2000, tuvo la brillante decisión de invitar al doctor Jorge Avendaño a participar como uno de los candidatos al Congreso de la República por el movimiento político Unión por el Perú (UPP).

Yo conocía a Jorge Avendaño desde los años setenta; sin embargo, desde octubre de 1994 nació entre nosotros una verdadera amistad. Tuve la grata satisfacción de trabajar junto a Jorge, por encargo especial del doctor Pérez de Cuéllar, revisando y ampliando el documento *Lineamientos del plan de gobierno de UPP*. A Jorge le correspondió preparar el Capítulo Primero, relativo a la «Institucionalidad Democrática», junto a un brillante equipo de profesionales a los cuales él convocó. Este importante tema se abordó en cinco subcapítulos: «Estructura y Función del Estado», «Administración de Justicia», «Moralización y Fiscalización de la Función Pública», «Derechos Humanos» y «Descentralización y Gobiernos Locales».

El capítulo indicado, junto a los de «Estabilidad económica y crecimiento», «Desarrollo Social para todos los peruanos», «Seguridad integral y Soberanía nacional» y «Visión del Perú en el mundo», formaron parte de un documento final para el cual el embajador Pérez de Cuéllar eligió una frase que sintetizó el objetivo del mismo: *Prosperidad y paz hacia el siglo XXI.*

En las elecciones generales, llevadas a cabo en abril de 1994, el doctor Jorge Avendaño fue elegido Congresista de la República para el período 1995-2000. La ciudadanía le dio su confianza en reconocimiento a sus brillantes cualidades profesionales, su prestigio como maestro universitario y su amplia preparación jurídica, así como por su vocación democrática.

De este modo, el 28 de julio de 1995, el doctor Avendaño prestó juramento en el Congreso de la República, formando parte de una selecta minoría compuesta por diecisiete representantes de UPP y otros veintiocho congresistas de otros grupos parlamentarios ajenos al gobierno que mayoritariamente reeligió el pueblo.

Quiero compartir una anécdota de los primeros días en los que nos iniciamos como congresistas. El 28 de julio de 1995, ni él, ni yo, ni muchos otros congresistas, disponíamos de una oficina donde realizar nuestras actividades. Decidimos entonces, Jorge y yo, iniciar nuestro trabajo desde un lugar que se encontraba muy cerca del Pleno del Congreso: el comedor de los congresistas. Es así como convertimos dos mesas en nuestros sendos escritorios durante varias horas y por muchos días.

Desde el 28 de julio de 1995, en el Pleno del Congreso, dispuse de un asiento al lado derecho del curul del doctor Avendaño. Por ello, tuve la oportunidad de poder apreciar, muy de cerca, su visión personal respecto de todos y de cada uno de los puntos de las agendas que se discutieron en el Hemiciclo, durante los cinco años que duró nuestra gestión.

Como confiesa en la presentación de su libro *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República*, él seguía una norma: «hablar y opinar sobre temas que sabía; descartando la improvisación; hablando solamente lo necesario». Esto es totalmente cierto respecto de sus presentaciones ante el Pleno. Sin embargo, en muchas ocasiones, como colega de bancada y vecina de curul, tuve la oportunidad de observar muy de cerca las consultas que le hacían otros colegas congresistas, incluyendo algunos de la entonces llamada mayoría parlamentaria. De cerca pude escuchar cómo expresaba sus fundamentos de hombre de ley, con mucha claridad y conocimiento jurídico.

Su mesura, pero a la vez su solvencia, se hacía más visible cuando sus proyectos de ley o sus dictámenes en minoría eran comentados negativamente en el debate durante el Pleno. Algunas veces, las observaciones provenían de congresistas de nuestro propio grupo político. Siempre con gran prudencia y serenidad, Jorge expresaba su opi-

nión demostrando seguridad en sus conceptos legales, además de una amplia cultura general. En diversas oportunidades, cuando debido a la tensión de las discusiones estas se ponían difíciles, Jorge sacaba a relucir su espíritu conciliador

Por reglas internas los congresistas teníamos, casi siempre, solo cinco minutos para hacer uso de la palabra. En diversas oportunidades, le cedí parte de mi tiempo para que ampliara su exposición. Siempre con gran rigurosidad, hacía uso estricto de los minutos cedidos e inmediatamente cortaba su palabra para dar tiempo a mi exposición.

Nuestro trabajo cercano no se limitó a los días jueves, en que se desarrollaba el Pleno del Congreso; también compartimos horas de trabajo como miembros del Consejo Directivo y de la Comisión Permanente del Congreso, en varias Legislaturas y en la Comisión de Reforma de Códigos. Asimismo, presentamos juntos varios proyectos de ley.

1. La gestión parlamentaria de Jorge Avendaño

Sería imposible presentar en cuatro páginas toda la obra del congresista Jorge Avendaño. Destacaré solamente aquello que considero como sus aciertos más destacables.

En julio de 1995, todo hacía suponer que el Poder Ejecutivo seguiría sometiendo la independencia del Poder Legislativo, pues disponía nuevamente de una mayoría parlamentaria sin independencia de criterio y que decidía de acuerdo a órdenes recibidas desde palacio de gobierno. Con un altísimo nivel moral e intelectual, Jorge Avendaño, en un clima políticamente adverso y autoritario, participó en el proceso de formación y aprobación de leyes, defendiendo los principios de la Institucionalidad Democrática.

Participó como miembro nato de las Comisiones de Justicia, de Reforma de Códigos y de Educación. Se abocó, principalmente, a presentar proyectos de ley y a intervenir en el Pleno en asuntos relativos al establecimiento de una democracia real, defendiendo el Estado de Derecho, la vigencia de la ley y el irrestricto respeto y protección a los derechos humanos. Propició la autonomía de los poderes públicos, su fortalecimiento y eficacia, para lo que promovió un clima de colaboración como vía para asegurar las funciones de la fiscalización de la función pública, la administración de justicia y el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos.

Así pues, centró su desarrollo legislativo en la defensa de la Constitución y de instituciones como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y en el fortalecimiento de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la defensa de la Constitución, destacó su oposición cerrada a la llamada ley de interpretación auténtica de su artículo 112, que permitió una segunda reelección presidencial en el año 2000. Se opuso cuando la mayoría parlamentaria mediatizó la institución del referéndum; entonces sostuvo: «No exagero cuando digo que hoy está en juego el sistema democrático del país [...]. Arrasar con el más importante mecanismo de democracia directa es arrasar con la democracia, y por tanto con el Estado de Derecho».

Participó como miembro de la Comisión Especial para la elección de candidatos a magistrados en el Tribunal Constitucional, renunciando a ella «por cuanto la mayoría del Congreso, en el Pleno del 18 de abril de 1996, no apoyó a ninguno de los doce idóneos candidatos propuestos por la Comisión, demostrando falta de interés en que exista un Tribunal independiente o, más aún, que no exista Tribunal alguno». Observó la ilegítima exigencia de seis votos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Reclamó constantemente por la intervención del Gobierno en el Poder Judicial y el control del Ministerio Público. Se opuso a la igualdad de derechos de los magistrados titulares y provisionales, por cuanto estos no habían sido nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Defendió la función del Consejo Nacional de la Magistratura, órgano constitucional, para elegir jueces y fiscales de la República, cuando se quiso dar esa función a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, más allá de lo ordenado por el artículo 150 de la Constitución. Defendió al Ministerio Público cuando se trató de retirarle facultades al Fiscal de la Nación.

En cuanto a la Defensoría del Pueblo, el doctor Avendaño apoyó, en todas las Legislaturas, la propuesta para que se le otorgara un mayor presupuesto con el fin de mejorar el cumplimiento de sus funciones, argumentando la importancia del organismo en su labor fiscalizadora, realizada con honestidad en defensa de los derechos de la sociedad civil.

En lo que refiere a la defensa de los derechos fundamentales de la persona, apoyó la creación de mecanismos que permitan lograr la libertad de los inocentes, condenados injustamente a prisión por terrorismo. Propuso alternativas respecto del tema de los jueces sin ros-

tro. Sustentó, con profundo fundamento jurídico y político, un brillante dictamen en minoría con el que opuso al retiro del Perú de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sustentó la moción presentada por todos los congresistas de UPP para nombrar una comisión encargada de investigar la intervención telefónica al entonces candidato a la Presidencia de la República, doctor Javier Pérez de Cuéllar, a través de una Comisión Especial. Sin embargo, la mayoría parlamentaria aprobó investigar esa interferencia a través de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno; así el tema quedó sin esclarecer.

En diciembre de 1995, atendiendo un pedido del doctor Avendaño, se realizó en el Congreso de la República una mesa redonda sobre «Violencia Juvenil. Causas y Alternativas» auspiciada por la Comisión de Justicia.

Con plena responsabilidad, el doctor Avendaño, en diversas oportunidades, en el Pleno del Congreso, cuestionó la forma arbitraria e irresponsable como la mayoría conduce el Congreso.

Mención especial merece su posición para la firma del Tratado de Paz con el Ecuador. En la sesión del Pleno del Congreso del jueves 15 de octubre de 1998, votó a favor del Proyecto de Resolución Legislativa de aprobación del procedimiento planteado por los países garantes del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro de 1942, para los tramos pendientes de fijación en el terreno de la frontera terrestre común entre Perú y Ecuador. Al cierre de su exposición precisó: «Yo no estoy hablando del arbitraje o la guerra. Pero sí puedo hablar del arbitraje o la continuación del entredicho [...].Con las seguridades jurídicas que existen [...] debo inclinarme por lo primero, por el arbitraje, por consiguiente, votaré a favor».

En representación del Congreso, en abril de 1997, asistió a la 97.ª Conferencia Interparlamentaria realizada en Seúl, Korea; en diciembre de 1998, a las Comisiones de Asuntos Jurídicos y Asuntos Políticos del Parlamento Latinoamericano, realizadas en Bao Paulo Brasil; en abril de 1999, a la 101.ª Conferencia Interparlamentaria, realizada en Bruselas Bélgica; y en Mayo de 2000, a la 103.ª Conferencia Interparlamentaria, realizada en Ammán, Jordania.

Cinco años al lado de Jorge Avendaño, compartiendo día a día un trabajo de «actores políticos», cultivando también una gran amistad, como cualquier otro ciudadano, me permiten decir: FELICITACIONES CONGRESISTA por lo que hiciste por el Perú durante tu gestión

parlamentaria. Gracias por defender el respeto al imperio de la ley. Gracias por luchar por un Estado democrático orientado a darle al país la estabilidad legal que se requiere en la búsqueda de un crecimiento económico sostenible que supere la pobreza y asegure la paz social. Gracias por ocuparte por la juventud. Gracias por haber aceptado el desafío de ingresar a la política, a la que debes regresar.

Jorge Avendaño en el Congreso de la República 1995-2000

Róger Guerra-García Cueva

Traté al doctor Avendaño durante los cinco años que fuimos congresistas de la oposición, de la bancada de Unión por el Perú que fue desgranándose a lo largo del tiempo hasta quedar reducida al tercio de su número inicial. En estas líneas describiré brevemente como lo vi en esos años que acentuaron nuestra amistad, pese a algunas diferencias políticas por encima de las cuales prevaleció el afecto. Somos de la misma edad, aunque él afirma que soy mayor por cuatro semanas, y hemos tenido carreras universitarias paralelas, él en la Universidad Católica, de la cual debió ser rector y fue innovador Decano de Derecho, y yo en Cayetano Heredia, universidad dedicada a la medicina y profesiones afines.

Los Avendaño en el Perú conforman una saga de médicos, el abuelo de Jorge, don Leonidas Avendaño, dirigió una excelente revista, *La Crónica Médica* cuando aún estudiaba el último año; la revisión de sus volúmenes revela una calidad que se evidencia en la reseña que de ella se hacía en publicaciones europeas. Don Leonidas dedicó muchos años e interés a la Academia Nacional de Medicina, la que presidió varias veces y que lo reconoció al final como su Presidente Honorario.

En el Congreso, conversé con Jorge acerca del abuelo y su revista, y le informé que teníamos sus volúmenes desencuadernados en la biblioteca de la Academia Nacional de Medicina; su respuesta fue inmediata, fueron encuadernados de nuevo en cuero y él donó el mue-

ble original en el cual se alojan, al pie de un cuadro al óleo en recuerdo de un extraordinario médico peruano.

Su padre también fue médico, don Jorge Avendaño Hubhner y fue profesor en la excelente Facultad de Medicina de San Fernando de los años cincuenta; su cátedra era la de Medicina Legal y fui su alumno, aunque no de los destacados, pues alguna vez me reprobó; creí que era injusto y fui a pedir una recalificación. No olvido su respuesta; me dijo en tono muy firme que él no acostumbraba a revisar sus notas y que podríamos conversar cuando llegara a profesor de la Facultad, lo cual ocurrió. El doctor Avendaño Hubhner fue un escritor fino y es autor de un bien escrito libro sobre *Las figuras de la medicina peruana.*

En la crisis de 1961, el doctor Avendaño renunció a San Fernando junto con los casi 500 profesores que siguieron a Alberto Hurtado y Honorio Delgado para fundar la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

La tradición médica de los Avendaño se continúa en su hermano Luis, ex alumno herediano, destacado oftalmólogo y apreciado amigo.

Queda claro que Jorge pudo estudiar medicina, pero ¿qué lo llevó al campo del Derecho? No creo haberlo conversado, pero él recordará mi comentario después de alguna corta a incisiva intervención suya en el Congreso: «De haber sido médico, sin duda hubieras sido cirujano».

Pero el título de este artículo anuncia que comentaré acerca de Avendaño en el Congreso de la República y no voy a dar estadísticas de sus intervenciones; evocaré su claridad de enunciados que en pocos minutos deshacía la opinión contraria. De pie, erguido, alto, teniendo en una mano un pedazo de papel con sus notas y accionando con la otra, su enunciado era lógico, casi lacónico; al frente, en las filas de la mayoría, no recuerdo que alguien debatiera con argumentos jurídicos, pues los suyos eran contundentes.

Apreciado en la bancada de UPP, no creo que llegara a intimar con sus miembros, pero si mantuvo cordial amistad con quienes la integramos: Gustavo Mohme, Alfonso Grados, Henry Pease; su escaño se ubicó entre los de María Ofelia Cerro y Graciela Fernández Baca, con quienes mantuvo una cordial relación.

Pero el Congreso al que llegamos como oposición en 1995 fue decepcionante; estaba conformado por una mayoría mediocre, pero disciplinada, que nos trataba con respeto, pero a distancia, creo que veían a Avendaño con aprecio y sin duda eran más cordiales con él que con los antes mencionados y quien esto escribe.

Dije antes que no trataría de cifras, de cuantos proyectos presentó, que no fueron muchos, pues en su conocimiento de las gentes y del

Congreso que sufrimos, él estaba seguro de que no prosperarían sus propuestas; en ese Congreso solo se debatía y aprobaba lo que el Ejecutivo ordenaba.

Tampoco fui un parlamentario prolífico y mis proyectos se dirigieron a aspectos de salud y educación; entre ellos, elaboré uno que proponía la creación de un Sistema Nacional de Bienestar Social dirigido a las Sociedades de Beneficencia Pública que cambiarían de nombre y se les asignarían fines sociales acordes a los nuevos tiempos; solicité a Jorge su opinión sobre los aspectos legales y la dio rápida y concisamente. Por ello el proyecto está inscrito con su firma y la mía, y lleva el número 1190/95.[1]

Este es mi homenaje a Jorge Avendaño, abogado inteligente, congresista distinguido y buen amigo.

[1] El Proyecto de Ley presentado por el entonces Congresista de la República doctor Róger Guerra-García y suscrita también por el doctor Jorge Avendaño se titula «Ley del Sistema Nacional de Bienestar Social» y fue presentado ante las oficinas de Trámite Documentario del Congreso el 12 de abril de 1998.

Jorge Avendaño, sus primeros cuarenta años de profesor (*)

Armando Zolezzi Möller

MIS PRIMERAS PALABRAS quiero dirigirlas a los miembros de la revista *Themis* para felicitarlos por la iniciativa de organizar este acto de reconocimiento a Jorge Avendaño, con motivo de cumplir cuarenta años como profesor. Este acto nos permite a sus ex alumnos, colegas profesores y amigos todos, que hoy estamos en este local cuya construcción él inició, decirle: ¡¡Gracias Maestro!!

En lo que a mí respecta debo confesar que, si bien es profundamente satisfactorio participar en este homenaje y un honor que se me haya encomendado pronunciar unas palabras a nombre de los profesores, no me ha gustado nada tener que, por primera vez en mi vida, escribir un discurso. La angustia ha sido terrible y el resultado ustedes lo juzgarán. En todo caso, tiene una virtud: es corto.

Jorge Avendaño nació el 24 de mayo de 1933 con una notoria desventaja que hay que considerar para valorar su obra, y es que no nació en Arequipa.

Sin embargo, teniendo recién 24 años, en agosto de 1957, siete meses después de haber concluido sus estudios, el joven abogado Avendaño asumió la responsabilidad de enseñar en la Facultad de Derecho de

(*) Discurso pronunciado el 25 de noviembre de 1997 en el auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP, en homenaje a los cuarenta años como profesor del doctor Jorge Avendaño.

nuestra Pontificia Universidad Católica y, salvo un semestre en el que estuvo en la Universidad de Wisconsin, no ha dejado de hacerlo.

Si bien ese solo hecho es digno de reconocimiento, lo es más si a la constancia y dedicación le añadimos que se trata de un *señor profesor*. Todos los que hemos sido sus alumnos, durante su larga trayectoria, debemos agradecerle la calidad de sus clases. Además, es un profesor que, pese a sus ocupaciones, no falta, es puntual y cumple oportunamente con entregar las calificaciones. Adicionalmente a ello, sea como profesor o como autoridad, Jorge es una persona que siempre ha estado cerca de los alumnos.

Si la memoria no me es infiel, el surgimiento de las revistas jurídicas editadas por los estudiantes, como es el caso de *Themis, Ius et Veritas* y *Derecho y Sociedad*, contó con su decidido apoyo.

Creo que, en su caso, el ser un buen profesor no es fruto de un aprendizaje. Tiene dotes especiales para serlo. Sin embargo, para ser un buen profesor, no es suficiente tener aptitud natural o aprendida. También se requiere que lo que trasmita sea formativo y de calidad, que no se oculte información, que el alumno reflexione y que el discípulo perciba en el profesor que hay amor por la enseñanza. Con todo ello cumple Jorge y esto es el resultado de su trabajo y su dedicación y es, por tanto, meritorio.

En alguna oportunidad, no hace mucho, le hice la siguiente pregunta: si tuvieras que optar entre ser solo profesor o el ejercicio profesional, ¿qué harías? La respuesta fue: «Ceo que me quedaría con la enseñanza. —Y añadió—, es labor creativa, formadora de generaciones futuras. Es tarea estimulante y rejuvenecedora. Finalmente —me dijo—, la práctica profesional, que también la aprecio, puede ser a veces rutinaria. La docencia jamás lo es». La pregunta no era de fácil respuesta, pues quienes lo conocemos sabemos que le encanta su profesión, que le gusta ejercerla y para ello estudió.

Sin embargo, teniendo que optar entre esos dos amores elegiría a la pobre, a la que no da dinero y es más exigente. Es verdad que no le pregunté sobre la seductora política. Sin embargo, tengo la intuición que, si algún día del próximo siglo se transfiere el poder en el país y a Jorge le ofrecen, por ejemplo, el Ministerio de Justicia, la Facultad lo podría perder por un tiempo, pues es un hombre ejecutivo y le darían la oportunidad de actuar.

Por ello, su labor en la Universidad no ha estado restringida a la de enseñar. Ha sido durante esos cuarenta años, trece Decano de la Facultad de Derecho: siete años en la década de los sesenta (1964-1970) y

seis, entre 1987 y 1993. Es de destacar que cuando asumió por primera vez el decanato ya era Doctor en Derecho y tenía sólo 31 años.

En la segunda etapa, tuve la oportunidad de trabajar muy cercanamente a él durante varios años. Primero, con motivo del Claustro Pleno realizado en 1989 y, luego, desde 1990, como Jefe del Departamento Académico de Derecho.

A pedido de los estudiantes, pero asumido y promovido por el Consejo de Facultad, presidido por Jorge Avendaño, se acordó, en 1989, llevar a cabo por primera y hasta ahora única vez en Derecho, un Claustro Pleno, con el fin de que profesores y alumnos examinen y evalúen la enseñanza que se daba en la Facultad. Para ello se formaron varias comisiones integradas, cada una, por seis profesores y tres alumnos que durante largos meses prepararon los correspondientes informes que fueron materia de debate en el Claustro Pleno que se llevó a cabo en diciembre de 1989. La conclusión importante del Claustro fue la necesidad de modificar el Plan de Estudios con el objetivo de dar una formación académica global, crítica, ética, plural, interdisciplinaria y de compromiso con la realidad nacional, a quienes ejercerán la profesión de abogado en el próximo milenio.

Jorge Avendaño, como Decano, presidió la Comisión Revisora del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y, luego de más de dos años de trabajo en que se realizaron no menos de sesenta sesiones, entre julio de 1990 y diciembre de 1992, se elaboró el nuevo Plan. Su aplicación, a partir del primer semestre de 1993, coincide con su salida del Decanato; pero ello no fue motivo para que no siguiera interesado en su implementación. Este nuevo Plan de Estudios, que Jorge no vaciló en calificar de profundamente innovador, ha creado, entre otros cursos, los seminarios de integración con el objeto de ampliar el trabajo problemático y casuístico de los estudiantes en distintas áreas del Derecho.

Llegado el momento de dictar el primer seminario era claro que tenía que ser el de Derecho Civil, y el profesor, Jorge Avendaño. No fue difícil convencerlo; aceptó el reto con ímpetu juvenil. Profesores de distintas áreas han ido a sus clases para ver y, dado el caso, usar la metodología empleada. Otros no lo han hecho y creo, en verdad, que deben ir para beneficio de sus propios alumnos.

Los seminarios integran casos de un área del Derecho y no solo de un curso; inclusive permiten integrar distintas áreas del Derecho. Me cuenta Jorge, por ejemplo, que, en el seminario de Derecho Civil, es frecuente ver cuestiones civiles que se presentan con otras de Derecho

Mercantil, Derecho Tributario —¡¡¡Dios mío, que les estará diciendo!!!— y hasta de Derecho Penal.

Luego de cinco semestres, la experiencia ha demostrado:

- Un alto nivel de nuestros estudiantes
- Aptitud para identificar los puntos jurídicos relevantes
- Capacidad de análisis jurídico y lógico
- Habilidad para trabajar inductivamente a partir de problemas concretos
- Buen nivel de preparación previa

Ello muestra, Jorge, que no te equivocaste al impulsar el cambio y, si bien hay mucho que mejorar, los objetivos de la reforma se están cumpliendo.

Haber sido Decano en esos seis años no se agota en una administración eficiente y el cambio del Plan de Estudios; pues no podemos dejar de lado la Proyección Social en nuestra Facultad, que hasta 1990 era inexistente, y que fue franca y magníficamente impulsada e implementada por un hombre limpio, a quien con acierto Jorge le encomendó la tarea. Me refiero a Carlos Montoya Anguerri.

Tampoco podemos olvidar algo fundamental, y es que cuando Jorge fue elegido Decano en 1987, las clases se dictaban en las viejas casetas provisionales a las que llegamos en 1974 como ocupantes precarios; pero, como es costumbre en el Perú que lo provisional se convierta en definitivo, trece años después seguíamos en ellas.

Por diversas razones, entre las que podríamos mencionar la situación económica del país en el año de 1987, la administración de la Universidad no estaba en capacidad o disposición de financiar la construcción de un local para la Facultad de Derecho. Pero a Jorge le gustan los desafíos y, si bien quería a las humildes casetas, con justificada razón no le gustaban mucho.

En 1988 creó la oficina de Pro Derecho con el objeto de conseguir fondos para la construcción del local y se logró obtener los recursos necesarios para hacerlo e iniciar la construcción del auditorio. En esa invalorable tarea colaboraron con Jorge distinguidos profesores de la Facultad como es el caso de Manuel de la Puente, Enrique Lastres y Humberto Medrano.

No hay duda de que el nuevo local ha contribuido de manera importante a la mejora de la enseñanza en la Facultad.

De otro lado, este auditorio, el más grande que tiene la Universidad, si bien Jorge no pudo concluir con su construcción, lo dejó bastante avanzado.

A fines de 1992, ya próximo a concluir su segundo período como Decano reelecto de la Facultad de Derecho, este hombre inquieto y trabajador no podía darse una tregua. Postuló y fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima. Su labor y la de la Junta Directiva que presidió en el año 1993 fue destacada. De otra forma no se explica que fuera reelecto para el año 1994 con un apoyo cercano al 90% de los votantes.

Durante los dos períodos, el Colegio de Abogados de Lima tuvo una notoria presencia en la vida nacional. El año 1993 fue difícil y laborioso, pues había que dar una nueva Constitución y reestablecer el Estado de Derecho. Adicionalmente a ello, tuvo que enfrentarse, con ingenio, a la supresión de las rentas de las que disfrutaban los Colegios Profesionales.

En el año 1994, la participación del Colegio de Abogados de Lima fue fundamental para viabilizar las elecciones generales del año 1995, pues la nueva Constitución de 1993 había diseñado un sistema electoral complejo, que no era posible poner en marcha en corto plazo. La Junta Directiva del Colegio que presidía encontró el camino y la propuesta se convirtió en la ley 26304.

Pero el Decanato se acababa en diciembre de 1994 y el hombre no estaba para retiros prematuros o vacaciones prolongadas, la historia es de ayer: terminó como representante de la minoría en el Congreso de la República. No creo que esta última tarea lo cautive y sospecho que, por primera vez, a diferencia de todos los otros cargos, no irá a la reelección. Pero el 2000 está a la vuelta de la esquina y ya debe estar pensando en su futuro.

Como quiera que, mientras ha ejercido todos los cargos mencionados, jamás ha dejado su cátedra universitaria, una buena posibilidad sería ocupar una oficina en el Departamento de Derecho con su computadora y pagar la única deuda que podría tener con sus alumnos: escribir lo que sabe y, si fuera necesario, hacer el nuevo Plan de Estudios para el 2020.

Para concluir estas breves palabras no puedo dejar de citar al más renombrado panegírico de Jorge, mi entrañable amigo Javier de Belaunde, quien dice de él, con gran acierto, que «es un reformador por convicción y un realizador por temperamento». Y yo añadiría un entusiasta integral. Muestra de ello, entre otras cosas, es que ha tenido nueve hijos.

Retrato de un forjador y maestro

Raúl Vargas Vega

Es con vivo agrado y reconocimiento que me aúno al merecido homenaje al doctor Jorge Avendaño y su ejemplar trayectoria de maestro, jurista y ciudadano. En esta ocasión deseo colaborar con un texto que fue un comentario escrito con ocasión de la presentación de su libro *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República* en donde, principalmente, se reseñan los importantes aportes del destacado jurisconsulto limeño. A continuación, presentamos el texto que refleja a cabalidad los sentimientos que suscita la figura y la obra de Jorge Avendaño.

Ustedes se estarán preguntando, con razón, cuál puede ser el motivo de mi presencia esta noche en el alto sitial de un acontecimiento en el que sobresalen figuras de nuestro foro, del mundo universitario y del pensamiento jurídico. Se debe, evidentemente, a la generosa invitación del doctor Jorge Avendaño, cuya sola solicitud constituye un honor.

Pero es probable también que no solo sean las preseas de la amistad, sino el eco lejano de un diálogo siempre iluminador y cordial que tiene años, no tantos como hubiera deseado en mi caso, y que también resuena en los sueños y en la magistral presencia pública de Jorge Avendaño.

Me explico. Avendaño no es ajeno al periodismo. Lo practicó juvenilmente y fue una de las esferas en las que creía cumplir cabalmente con su tarea de maestro. Las aulas y la academia le fueron siempre propicias y propiciadoras; pero su inquieto espíritu y el sentido de

servicio social lo llevaron a la prensa, ese escenario del debate político y la preocupación ciudadana.

Cuando don Jorge Avendaño fue Decano del ilustre Colegio de Abogados de Lima, tuve ocasión de trabajar con él en el área de prensa e imagen del Colegio y nuestra amistad creció bajo la idea de que debería extremar su vocación de servicio a la cátedra y a la ejecutoria privada a la más amplia del ejercicio político.

La razón se comprende con solo mirar nuestra historia y descubrir cómo muchos de los mejores hijos del Perú no tuvieron ocasión de llegar a altos destinos políticos por esa fatalidad que le atribuye a nuestros hombres públicos la condición perniciosa de la mediocridad, el facilismo, el caudillaje montaraz o la fuerza de la ignorancia.

Durante su Decanato, como lo ha recordado don Javier de Belaunde, Avendaño hizo frente a una situación política que ya era irritante para su conciencia jurídica; pues se trató nada menos que de la convalidación constitucional de un golpe, época en que se fraguó esa Carta que sigue siendo la piedra de toque de los prolongados pesares antidemocráticos que se viven desde hace más de ocho años.

Al surgir la candidatura de don Javier Pérez de Cuellar, nada más natural que se le invitara a Avendaño al Congreso, con la certeza de que su contribución en un amanecer democrático como el que representaba Unión por el Perú sería inestimable.

Las cosas no ocurrieron como se pensó, pues ya la maquinaria del abuso y la indignidad estaba montada, como que al mismo tiempo grandes masas veían en Alberto Fujimori a un redentor del terrorismo y a un reivindicador de los pobres, los marginados, los aspirantes a instalar una condición chicha en la vida peruana que ya había conocido, dicho sea de paso, correlatos sociales también anómalos como el *achoramiento* y el arribismo sin margen ético.

Avendaño fue elegido obviamente, pues la legión tan solo de sus alumnos hubiera bastado para consagrarlo.

Su batalla en el Congreso ha sido notable y prueba irrefutable de ello es el volumen *A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República;* pues, más allá de su alto valor jurídico, es no solo testimonio del trabajo tenaz y constante de un hombre que se toma en serio sus obligaciones (pieza por lo mismo indirectamente acusatoria de tantos que vegetaron con la insolencia de acarreados y desconcertados invitados de piedra), sino sobre todo registro histórico y visionario del despeñadero al que llevaba al país un régimen que quiso vanamente entornillarse en el poder.

Nadie podrá decir, después de leer las participaciones, los alegatos, las mociones y los proyectos de Avendaño que no se le advirtió al fujimorismo cómo llevaba al país a la postración histórica, al imperio de la ilegitimidad y de la inseguridad jurídica, sentando las bases de una enfermedad social muy grave y consagrando la impunidad como el arma de un país amoral y a contrapelo de los grandes cambios ocurridos en el mundo y que conciernen a la universalización de los valores democráticos. Hoy, lo que eran vaticinios son crudas realidades y, lo que es peor, sin una clase política capaz de reponerse de tales imponderables.

En ese terreno, tendría que reprocharle al autor no haber incluido en su libro los artículos y entrevistas que concedió para señalar con ello su labor de publicista y de educador, conciente de que el ámbito parlamentario era insuficiente para remover conciencias y ganar adeptos en la causa de devolverle al Perú su condición civilizada y civilizadora.

Avendaño fue más allá que el Congreso, en el sentido de que no solo fue tribuno respetado («cuando Avendaño habla, la mayoría calla, aprende y quizá hasta se abochorna», contaba un cronista parlamentario), sino vocero de un estado de conciencia indignada frente al atropello. Un hombre probo y bueno que no podía callar ni tolerar la incivilidad dominante.

La política es docencia, es razón, es valor y valores, es tolerancia y esperanza, es también buen humor y fraternidad. Muchos de estos aspectos se congregan en la recia personalidad de Jorge Avendaño y están de manifiesto en este libro, inobjetable compendio jurídico pero, sobre todo, invalorable aporte de una conducta vigilante que no cede ni se arredra.

Agradecemos esta viva y renovada lección de Jorge Avendaño. Es señal de que aún en los peores tiempos las conciencias libres prevalecen. No quiero dejar pasar la ocasión de citar las palabras de otro tribuno y maestro que en su tiempo habló para las generaciones de siempre. El martes 2 de octubre de 1956, Raúl Porras Barrenechea, a raíz de que la mayoría rechazó el proyecto de resolución legislativa que planteaba la incorporación de don José Luis Bustamente y Rivero al senado, en palabras imborrables, dijo :

> No es posible que todavía se repita el calvario de la inteligencia, que es toda la historia republicana del Perú, donde los civiles son siempre postergados, donde las eminentes figuras del país apenas si se asoman a un

> lapso pequeñísimo de la historia para lanzar un decreto célebre, para propiciar la libertad de los esclavos o la supresión del tributo, para ser luego relegados por el poder militar, absolutamente al margen de la vida democrática.

Y luego añade:

> El Inca Garcilaso, hermano mayor de todos los que padecen la inteligencia en el Perú dijo que el Perú era madrastra de sus hijos y apasionada madre de los ajenos. Es necesario cambiar ese destino adverso del Perú. Es necesario que todo aquel que tenga capacidad intelectual, técnica o artística ocupe el puesto que le corresponde y que no sea desplazado por el capricho de un tirano cualquiera, y es necesario que las nuevas generaciones aprendan a sentir que hay una conciencia democrática, un espíritu jurídico, un sentimiento del deber, y que las únicas soluciones no son las de la violencia y las de la sangre, y que debemos formar y propiciar todos un frente común contra la arbitrariedad, contra la fuerza, y principalmente algo que es indispensable para elevar el nivel moral del Perú, que las nuevas generaciones no sientan el agravio de creer que en el Perú el peor negocio es la honradez.

Ese mismo empeño, esa misma calidad espiritual hay que celebrar en los cinco años que Jorge Avendaño fue congresista, con la elocuencia, la dignidad y el señorío de un maestro y de un señor, en el más pleno y más sencillo sentido de la palabra.

Honores para el maestro

Verónica Ferrero Díaz

Quienes llevaron un curso con Jorge Avendaño seguramente recuerden preguntas como ésta: «A ver tú..., sí, tú. Dime. ¿En qué se diferencia el título del modo?». Pregunta seguida de la tensión de tener que esbozar una respuesta rápida e intuitivamente —eso era siempre preferible al silencio— ante la mirada fija de Jorge Avendaño y la expectativa de toda la clase. Ese constante desafío caracterizó las clases de Jorge Avendaño.

Las buenas participaciones eran premiadas por Jorge Avendaño mediante un «bono» sobre el promedio de los dos exámenes escritos que evaluaban el conocimiento y la habilidad para razonar del futuro abogado. Al igual que las participaciones orales, los exámenes escritos eran también concebidos como una oportunidad para consolidar los conocimientos y las habilidades adquiridas. Ese bono era otorgado a las mejores intervenciones y todos los alumnos aspiraban a él, no solo porque ansiaban obtener el reconocimiento del profesor, sino también para diversificar el riesgo de los exámenes escritos en los que uno se «jugaba la vida». De esta manera, actuando con gran inteligencia, el profesor Avendaño generaba una dinámica activa durante la clase que beneficiaba a todos. Tiempo después, con mayor perspectiva y ya como abogados, evaluamos a nuestros profesores, incluyendo su método de evaluación. Y, en este aspecto, así como en otros que relato más adelante, Jorge Avendaño pasó la prueba con honores.

El primer curso que llevé con Jorge Avendaño fue Derechos Reales, en el año 1995. Como es usual en los alumnos de primer ciclo, me

matriculé en su curso porque alumnos mayores o abogados que conocía me lo recomendaron. Las clases de Derechos Reales dictadas por Jorge Avendaño significaron un reto permanente para los alumnos de segundo ciclo de la Facultad, sin importar qué tan preparados estuviésemos. Siempre teníamos que estar listos para responder preguntas sobre conceptos teóricos usados en resoluciones judiciales (cuyo lenguaje es muy difícil de entender para alumnos que recién culminaron el primer ciclo de facultad), así como para aplicar los conceptos explicados en clase a casos prácticos.

Recuerdo que durante los minutos previos a cada clase, en lugar de conversar, los alumnos terminábamos de leer o repasar las lecturas programadas para ese día. Esos minutos nunca se extendieron lo suficiente porque nuestro Profesor siempre llegó puntual a sus clases. La puntualidad es una cualidad que los alumnos aprecian mucho, incluso cuando les impide terminar de repasar las lecturas asignadas, puesto que refleja que el profesor respeta el tiempo de sus alumnos y que en última instancia tiene una gran consideración por ellos. Otro aspecto sustancial en el que Jorge Avendaño «pasó» con honores.

A lo largo de todo ese ciclo, Jorge Avendaño dejó de lado la complejidad de los Derechos Reales con naturalidad, mediante la elaboración de conceptos claros, definiciones precisas y ejemplos sumamente ilustrativos. Además de enseñarnos la esencia de los Derechos Reales para siempre, Jorge Avendaño transmitió a sus alumnos la importancia de saber cómo aplicar adecuadamente los conceptos en la práctica, yendo más allá de la teoría. Fue por eso que los dos exámenes escritos estuvieron compuestos de casos, para cuya resolución los alumnos podían utilizar todos sus materiales (notas de clase, el Código Civil y Materiales de Enseñanza, entre otros); pues estuvo diseñado para medir el razonamiento de los alumnos —y no la repetición de definiciones teóricas ni mucho menos el puro ejercicio memorístico—. Este fue otro aspecto clave de su método de enseñanza, que para las modernas teorías del aprendizaje es ahora evidente, pero que no lo era para la época en la que Jorge Avendaño revolucionó la enseñanza del Derecho en la Universidad Católica, conjuntamente con otros destacados profesores de nuestra Facultad, que en los años setenta sentaron las bases para este importante cambio de perspectiva.

Ese ciclo comprobé lo que hasta entonces solo conocía de oídas, de otros alumnos o de abogados cercanos: que Jorge Avendaño efectivamente era un gran profesor. Encontré varias cualidades en él, pero si

pudiera elegir una, me quedaría con su gran habilidad para exponer y transmitir conocimientos de manera clara, concisa y directa, incluso tratándose de los conceptos más abstractos y complejos del Derecho. Derechos Reales es un curso difícil de enseñar, por lo enredadas y abstractas que pueden ser las normas pertinentes y lo complicada que resulta su aplicación en la práctica. Sin embargo, la gran habilidad didáctica de Jorge Avendaño le permitió transmitir a sus alumnos los contenidos esenciales de los temas vistos en clase, dejando en los alumnos la sensación de haber aprendido el curso. Por supuesto, esa sensación no se debe a la inteligencia o a la habilidad de los alumnos, sino a la claridad expositiva y didáctica del profesor.

La segunda vez que me encontré en las aulas con Jorge Avendaño fue en el año 1998. Para entonces el plan de estudios de la facultad de Derecho de la Universidad Católica había cambiado, pues se había incluido como obligatorios los Seminarios de Integración. Para obtener el bachillerato los alumnos debían llevar al menos tres de estos seminarios. La idea de los Seminarios de Integración era fomentar la participación activa de los alumnos y el intercambio constante de opiniones, sobre la base de casos asignados para cada clase que los alumnos debían preparar. La inclusión de estos seminarios como parte del plan de estudios fue muy positiva, al permitirle a los alumnos, no solo integrar los conocimientos ya adquiridos en cursos anteriores, sino, además, desarrollar habilidades sumamente importantes como futuros abogados. Entre estas habilidades están la capacidad de analizar casos complejos y formarse opiniones propias bien fundamentadas, la habilidad de defender estas opiniones frente a otros alumnos igualmente preparados pero que podrían tener opiniones muy distintas; y finalmente, la habilidad de escuchar y respetar opiniones distintas a la propia, incluso tratándose de críticas, que por estar bien sustentadas, son dignas de respeto. Así, Jorge Avendaño nos enseñó el gran valor de la tolerancia y el diálogo.

La explicación anterior sobre los Seminarios de Integración y su importancia en la formación de futuros abogados ayuda a ilustrar uno de los tantos aportes de Jorge Avendaño a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, en su calidad de principal impulsor de la reforma del Plan de Estudios.

Uno de los Seminarios de Integración en el que me matriculé como alumna de Derecho fue el Seminario de Integración de Derecho Civil y Procesal Civil, dictado por Jorge Avendaño en el año 1998. Como ya lo señalé, ese fue mi segundo curso con él. Recuerdo que la elabo-

ración de todo mi horario para ese ciclo giró en torno a este curso. Esta vez ya no se trataba de consejos de terceros. Yo ya había tenido un curso con Jorge Avendaño y no dejaría pasar la oportunidad de llevar otro curso con uno de mis grandes maestros de primer año.

Debo confesar que una de mis expectativas al matricularme en el Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil con Jorge Avendaño fue la de recibir mayores conocimientos. Esta vez, conocimientos integrados de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil. Sin embargo, fue grande mi sorpresa al encontrarme con un Jorge Avendaño dedicado durante gran parte del Seminario a escuchar a los alumnos y guiar las discusiones. Su mirada atenta y sus gestos siempre tan expresivos bastaban para comunicar los aciertos o desaciertos de cada opinión; e, incluso, para transmitir un aproximado de la nota para esa clase (en los Seminarios de Integración la nota final del curso consiste en el promedio de las notas de cada clase, las cuales se basan exclusivamente en las intervenciones de los alumnos).

Aunque sucedió algunas veces a lo largo del curso, darle a Jorge Avendaño una opinión improvisada o sin fundamento legal era una situación por la que nadie quería pasar. Sin embargo, ante dichas equivocaciones, Jorge Avendaño solo corrigió a los alumnos cuando fue necesario, y hasta donde fue necesario.

La preparación para cada caso del seminario fue exhaustiva. Se discutieron temas tanto civiles y procesales, como societarios y comerciales en general. Jorge Avendaño demostró en las clases nuevamente su habilidad para transformar instituciones y conceptos jurídicos difíciles, abstractos e incluso enredados, en ideas claras y prácticas, dejando de lado tecnicismos que muchas veces crean confusión en los alumnos y entorpecen el aprendizaje. Recuerdo un caso de desalojo para el cual era necesario analizar una tacha planteada por una de las partes. Jorge Avendaño pidió a los alumnos una definición de 'tacha'. Varias fueron las definiciones esbozadas. Definiciones teóricas y confusas, tomadas de manuales de Derecho Procesal, fueron recitadas por los alumnos sin entender su significado. Luego de varios intentos fallidos de los alumnos sin haber logrado explicar qué era una tacha y cuáles eran sus consecuencias, tanto jurídicas como prácticas, el profesor Avendaño dijo con gran resolución: «Cuando el juez decide sobre la tacha decide si la prueba vale o no vale para este caso. Nada más». Ese pragmatismo de Jorge Avendaño para explicar un tema complicado con gran naturalidad, diciendo lo necesario para dejarse entender, usando un lenguaje cotidiano y revelando una cla-

ridad de pensamiento difícil de encontrar, son cualidades que hacen de Jorge Avendaño un gran maestro. Como es de esperarse, una vez más, Jorge Avendaño pasó la prueba con honores.

En el Seminario de Integración de Derecho Civil y Procesal Civil, Jorge Avendaño enseñó a sus alumnos la importancia de saber diagnosticar los problemas centrales de un caso, preparar con solidez una posición antes de darla, así como conocer las debilidades de dicha posición para tener una respuesta lista en la eventualidad de que alguien la cuestione. Durante todo ese ciclo, Jorge Avendaño estimuló el análisis, la discusión, el intercambio de ideas entre los alumnos y demostró la importancia de los Seminarios de Integración, dictados de esa manera y con ese método, en beneficio de los alumnos.

Fue muy estimulante para los alumnos que un gran profesor como Jorge Avendaño, escuchase y respetase sus posiciones. Todos fuimos testigos de cómo Jorge Avendaño no usó el curso para hacer un despliegue de conocimientos ni para lucirse frente a los alumnos. Todo lo contrario, dio un ejemplo de tolerancia y modestia digno de imitarse, dedicándose todo el ciclo a formar de manera integral a sus alumnos.

A lo largo de ese Seminario de Integración una cosa quedó clara: que un verdadero jurista es aquel que es capaz de entender cómo funciona un sistema legal integrándolo como un todo, más allá de las especialidades. Es capaz de dar un diagnóstico de una situación particular ubicando los problemas que puedan aparecer ante una situación determinada, para luego estudiar una solución coherente con ese sistema legal. Jorge Avendaño hizo eso y más en los cursos que enseñó, demostrando que reúne las habilidades de un verdadero jurista.

Ya al final de mi carrera, en diciembre de 1999, volví a encontrarme con Jorge Avendaño. Esta vez, como el presidente del jurado ante el cual sustenté mi examen de grado para obtener el título de abogada. La presencia de Jorge Avendaño en el jurado me incentivó a un profundo análisis de los expedientes que sustentaría, pues sabía que algo difícil me esperaba. Sin embargo, durante toda la etapa de preparación, tuve la importante tranquilidad de saber que Jorge Avendaño respetaría mi posición, aún si fuese diferente a la suya, siempre que estuviese bien sustentada.

Para la sustentación de mis expedientes pude poner en práctica el método que aprendí de Jorge Avendaño, que consiste en saber ubicar los problemas relacionados a los expedientes de las distintas áreas del Derecho involucradas, para luego estudiar los temas legales pertinen-

tes y, sobre esa base, formarme una opinión al respecto. Todo ello como base para finalmente sustentar una posición de manera adecuada frente al jurado y defenderla ante las difíciles preguntas formuladas.

Ya como abogada, tuve la oportunidad de regresar a las aulas de la Universidad Católica, esta vez como profesora de Derechos Reales y, por lo tanto, como colega *junior* de Jorge Avendaño. Supongo que la aspiración de muchos profesores universitarios es enseñar como él. Lo que uno descubre cuando llega a la docencia universitaria es que la realización de esa meta implica mucho esfuerzo, dedicación y preparación, además de habilidades indispensables, como son, entre otras, la buena oratoria y la claridad de pensamiento. Y es quizás cuando uno se dedica a la docencia cuando más admira a un buen profesor y cuando más aprecia todo lo que implica llegar a serlo. Es también ahí cuando se consolida un profundo agradecimiento por la suerte de haber tenido durante la carrera universitaria excelentes profesores como Jorge Avendaño.

Desde mi experiencia como profesora de Derechos Reales, pude ver de cerca algunos de los beneficios de la reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, cuyo impulsor central fue Jorge Avendaño. En primer lugar, tuve la oportunidad de aplicar el método de enseñanza inductivo introducido mediante la reforma del Plan de Estudios. En líneas generales, el objetivo de dicho método es que los alumnos descubran los conceptos teóricos partiendo de la resolución de casos prácticos. De esta manera, las clases tomaron un matiz principalmente empírico, estimulándose el razonamiento continuo de los alumnos y su participación activa. En segundo lugar, tuve la oportunidad de enseñar a alumnos que estudiaron el curso de Derecho Civil 1 (curso obligatorio de primer ciclo) según los términos dispuestos por la reforma del Plan de Estudios.

Antes de la reforma, el contenido principal del curso de Derecho Civil 1 versaba sobre los Principios Generales del Derecho Civil contenidos en el Título Preliminar del Código Civil y sobre el libro del Código Civil que regula los derechos y deberes de la persona natural. Luego de la reforma, este curso pasó a abarcar todos los libros del Código Civil. Para quienes no son abogados, el nuevo contenido del curso de Derecho Civil 1 abarca, además de la persona natural, temas como familia, sucesiones, acto jurídico, obligaciones, contratos, derechos reales, responsabilidad civil extracontractual y registros públicos, en-

tre otros puntos. La idea de este nuevo contenido es proporcionarle a los alumnos un mapa general de todo el Derecho Civil, para posteriormente profundizar cada uno de los libros del Código Civil en cursos más especializados.

Con el nuevo contenido del curso de Derecho Civil 1, los alumnos terminan el primer ciclo de facultad mejor preparados y, sobre todo, ubicados dentro del panorama general del Derecho Civil. No solo adquieren un conocimiento integrado sino también el método de juzgar los hechos, ubicar el problema e identificar la institución jurídica que da la respuesta. A manera de ejemplo, en el curso de Derechos Reales, un tema central es la transferencia de propiedad. Con la reforma del Plan de Estudios, los alumnos llegan a segundo ciclo conociendo qué es una escritura pública, cuáles son las nociones elementales relacionadas a los contratos, qué es el Registro Público y los principios que lo inspiran, entre otros muchos temas esenciales para comprender con mayor facilidad las aristas que existen en torno a la transferencia de la propiedad. Es como si de alguna manera los alumnos llegasen al segundo ciclo hablando el mismo idioma que los profesores y listos para seguir aprendiendo, con lo que el proceso de aprendizaje se hace mucho más sencillo.

Los resultados positivos de la reforma del plan de estudios, que incluyen entre otros la incorporación de los Seminarios de Integración como cursos obligatorios, la introducción de un método de enseñanza activo y el cambio del contenido del curso de Derecho Civil 1, ameritan un agradecimiento a quienes colaboraron en dicha reforma. Entre ellos, cabe resaltar la importante colaboración de Jorge Avendaño, como principal impulsor de la misma. A ello se suma la necesidad de que los colaboradores de esta reforma, desde la docencia, nos comprometamos a implementarla de acuerdo con los objetivos que la inspiraron.

En conclusión, tuve la suerte de encontrarme con Jorge Avendaño en varias oportunidades durante mi carrera universitaria. Como profesor de Derechos Reales, como profesor del Seminario de Integración de Derecho Civil y Procesal Civil y como presidente del Jurado ante el cual sustenté mi examen de grado. En todas estas oportunidades, Jorge Avendaño nunca dejó de sorprenderme por su claridad de pensamiento, su gran habilidad didáctica, su natural elocuencia y sus razonamientos y ejemplos siempre pragmáticos. Todas estas virtudes hacen de Jorge Avendaño un gran maestro a quien sus alumnos siempre guardarán admiración y un profundo agradecimiento. Luego, desde

la docencia, conocí de cerca algunos de los beneficios de la reforma del plan de estudios. Pude observar el enriquecimiento de los alumnos gracias al esfuerzo y dedicación de la Comisión de Reforma del Plan de Estudios, dentro de la cual Jorge Avendaño tuvo una participación activa y crucial.

Es muy grande el aprecio y agradecimiento que tienen los alumnos a profesores como Jorge Avendaño, que durante su carrera universitaria, y para siempre, marcaron la diferencia. Sin duda, Jorge Avendaño es uno de los mejores maestros que he tenido. Por ello, honores para Jorge Avendaño de parte de sus ex alumnos, hoy colegas y también profesores que intentan seguir sus huellas, quienes estamos convencidos de que el Homenaje que hoy le rendimos es insuficiente agradecimiento.

Jorge Avendaño como papá

Francisco Avendaño Arana

«¡En qué lío me he metido!», fue lo primero que pensé cuando acepté escribir una semblanza de Jorge Avendaño como papá. No se trataba de escribir acerca de sus cualidades personales, su pensamiento o su obra, sino de su actuación como papá. Tenía que bucear en mis recuerdos; pero, dado que muchos de ellos estaban borrosos, se me ocurrió recurrir a dos hermanas para que me ayudaran a desempolvar algunas viejas historias de mi infancia. Me reuní con Leo y con Cecilia en *La Dalmacia*, restaurante ubicado en las inmediaciones del barrio miraflorino donde creció mi papá, al que hoy solemos acudir para conversar sobre temas del trabajo y otros tantos de la vida cotidiana. Esa noche contamos con la presencia inesperada de Juan Luis Avendaño, tío cercano y querido, quien por momentos de su vida, además de hermano, fue como un hijo para Jorge Avendaño. A Leo, Cecilia y Juan Luis les agradezco por algunas de las ideas que expongo a continuación. También le doy las gracias a mi hermana Dora, quien ha aportado varias anécdotas vividas con mi papá.

Jorge Avendaño se convirtió en papá muy joven. Nací cuando él tenía 28 años —soy el cuarto de nueve hermanos— y cuando acababa de cumplir los 32, ya contaba con siete hijos. Creo que el número de hijos marcó de manera importante su personalidad inicial como papá: la verticalidad.

De niño, la relación con mi papá nunca fue horizontal. Todo lo imponía y toda orden que daba debía cumplirse a rajatabla, cual instrucciones que imparte un general a sus subordinados. En realidad,

no había otra forma de manejar un pequeño ejército de hijos. Mi papá era autoritario y sumamente rígido, y no se podía discutir con él. Años después descubrí que no era tan vertical como creía, sino que bajo su rigidez escondía un estilo de educación, muy a la usanza de esos tiempos. Su relación con los hijos, casi militar, basada en órdenes y temores, se reflejaba en los castigos que nos infligía. Recuerdo que una vez, siendo muy chico, le dije «estúpida» a una hermana y como sanción tuve que comer un ají entero; o aquella otra oportunidad en que por portarme mal me encerró en un closet por algunas horas. Felizmente, casi siempre contaba con la complicidad de mi mamá y de hermanas mayores, lo que me permitía soportar con estoicismo los severos castigos.

La casa donde crecí, en Barranco, estaba dividida por zonas. Algunos sectores, como la sala o el comedor, eran lugares casi inaccesibles para los hijos, bajo pena de ser sancionados drásticamente. La circulación era por la escalera de servicio. El cuarto de música de Jorge Avendaño era su santuario, un lugar casi sagrado al que no podían entrar los hijos, ni siquiera en sueños. En alguna ocasión nos asomábamos con mis hermanos a los lugares sacrosantos de la casa, pero siempre aprovechando alguna reunión de mi papá con sus amigos o algún acontecimiento, a los que tanto nos tenía acostumbrados por los cargos que desempeñaba.

Jorge Avendaño cuidaba algunos de sus bienes con más engreimiento que a sus propios hijos. Sus carros son un buen ejemplo. «El automóvil, como el caballo en tiempos más antiguos, no se presta a nadie», decía mi papá. Y debía ser deportivo, colorido y preferentemente pequeño, esto último para que no entraran los hijos, presumo. El carro de mi papá me trae a la memoria un incidente que pudo tener consecuencias dramáticas. Mi papá nos paseaba en su *Dodge* a mi hermano mayor, Jorge, a Leo, a Cecilia y a mí. Mi mamá en esos días había traído al mundo a una niña más, Lucía. Estaba sentado en el asiento trasero, entre mis dos hermanas, comiéndome un helado. El ogro había aceptado que comiera el helado pero me había amenazado de muerte si derramaba una gota. Repentinamente, me entró el pánico pues se me empezó a derramar el helado en la mano y decidí botarlo por la ventana, que estaba abierta. Cuál sería mi sorpresa cuando el helado se estrelló contra la luna que estaba tan limpia que parecía abierta, y rebotó y salpicó todo el interior del carro. No me acuerdo lo que sucedió después, si hubo gritos y castigos, pero lo cierto es que mi papá no me asesinó.

Jorge Avendaño fue un viajero desde siempre. Organizaba y hacía viajes por los lugares más exóticos del mundo y duraban, en algunos casos, varios meses. En su ausencia nos cuidaban nuestros abuelos y esos sí que eran días de verdadero libertinaje. No había órdenes ni mandatos, circulábamos libremente por toda la casa y hasta faltábamos de cuando en vez al colegio, todo ello con la participación y aprobación —negada por cierto— de los papapas. Mi papá nunca nos llevó de chicos al extranjero, salvo alguna excepción, pero sí nos paseó por muchas partes del Perú. Así conocimos, casi siempre por vía terrestre, buena parte del país. Viajar en avión no era educativo, según decía, y por eso tuvimos que aguantar las interminables horas de ruta que acarreaban esos viajes.

Ahora que escribo estas líneas aprecio con toda claridad que la afición que tengo a la música, los autos y los viajes proviene de aquellos años de mi niñez. Crecí y aprendí de un papá obseso por los amplificadores, los parlantes, la acústica y el jazz, por los carros deportivos y las carreras de automóviles y por los viajes por el Asia y el África.

Jorge Avendaño era un papá conservador y sumamente religioso. Fue educado verticalmente por su mamá, mi abuela Leonor Valdez de Avendaño, una mujer profunda y devotamente cristiana. Mi papá trasladó la educación vertical que recibió a sus hijos, pero no pudo hacer lo mismo con la religión, y muy a su pesar, ya que tengo que declarar que él era un beato. Frecuentaba mucho la Iglesia y eso lo hacía aun más conservador. Su fervor religioso se reflejaba en la educación que nos impartía. Mis hermanas, por ejemplo, no podían usar bikini ni polos escotados, para no despertar bajos instintos, es decir pecados, supongo. Nuestras amistades eran seleccionadas en función a sus padres. Hijos de padres divorciados, pecadores por tanto, no podían ser nuestros amigos. Y así hay muchos otros casos en que se aprecia cómo la educación que se nos impartía estaba fuertemente influida por su fe cristiana.

Jorge Avendaño cambió radicalmente como papá cuando se separó de mi mamá. Un día de enero de 1973, cuando jugaba en el parque de mi barrio, de casa vinieron a buscarme porque mi papá y mi mamá querían hablar conmigo. Tenía 11 años. Habían desfilado previamente por el cuarto de mis padres mis tres hermanos mayores. Cuando me tocó el turno, me sentaron en un sillón y me dieron la ingrata noticia. Rompí en llanto sin saber bien el porqué. Luego comprendería que mi papá no viviría más con sus hijos, que para entonces ya

eran ocho. Luego comprendería, también, que a partir de ese día viviría mas cerca de nosotros.

Jorge Avendaño pasó de ser un papá vertical a uno horizontal, y de uno conservador a uno liberal. Dejó de ser rígido y severo, para convertirse en un papá tolerante, más humano, como dirían mis hermanas. Ya no propinaba a sus hijos castigos draconianos ni les imponía sus ideas; ahora conversaba, discutía, a pesar de que sus interlocutores eran hijos adolescentes. Casi siempre terminaba victorioso en las discusiones y sus decisiones se cumplían, pero esta vez convencía, como el buen abogado que era.

Por esos años mi papá enseñó a sus hijos la manera correcta de tomar licor. Cierta noche, todavía adolescente, circulaba yo con botella en mano por una calle miraflorina, en los alrededores del departamento al que mi papá se había mudado luego de su regreso de Wisconsin, donde había estado viviendo por algunos meses. De repente apareció Jorge Avendaño en su carro y me vio cuando me disponía a brindar a pico con alguno de mis *patas*. Me vinieron a la mente recuerdos de castigos atroces y pensé que en ese mismo lugar y en ese preciso instante me haría acreedor de uno ejemplar. Pero no, mi papá me pidió que me acercara y me invitó a que tomara ese trago y otros más en su casa. Lo que quería, evidentemente, era acercarse a mí y educarme en lo que a tragos se refiere. Y sí que lo logró.

El licor se convirtió en algo común y hasta central en las reuniones con mi papá, en las que solíamos discutir el gran tema familiar de entonces: la separación de mis padres. Participábamos los hijos y hasta algunos enamorados de mis hermanas, quienes para entonces ya podían usar bikini y polos a su antojo. Mi papá siempre nos escuchó, permitió que lo cuestionáramos y hasta que lo increpáramos.

Con el nuevo estilo paterno los castigos de tipo draconiano se acabaron. Jorge Avendaño trataba de comunicarse con sus hijos, de acercarse a ellos, incluso en los momentos más difíciles, pero sin imponer sanciones sanguinarias. Una vez, siendo adolescente, enrumbé a Punta Hermosa a correr tabla con un grupo de amigos. Era pleno invierno y decidimos introducirnos en una casa deshabitada, para que nos sirviera de morada por algunos días. Al segundo día de nuestra ilegítima posesión, por no decir usurpación, ya éramos conocidos en todo Punta Hermosa. El tercer día nos visitaron los dueños de la casa, quienes vinieron acompañados de la policía, y así pasamos del calor de un hogar de *tablistas* a la frialdad de los barrotes de la celda. Mi papá, enterado de los hechos, dejó que pasara esa noche entre rejas. A la

mañana siguiente me recogió de la comisaría y antes que gritarme y castigarme —que lo merecía—, me habló, permitió que le explicara y finalmente no me sancionó. Creo que el sermón que sí me dio tuvo buenos resultados, ya que nunca más he vuelto a invadir un inmueble.

Jorge Avendaño se volvió liberal y sus ideas influían en la forma cómo nos educaba. A pesar de nuestra corta edad, conversábamos —y nos enseñaba— sobre sexo, droga y alcohol. No había temas tabú. Se volvió, además, un tipo rebelde y creo que quería que sus hijos también lo fuéramos. Recuerdo que en mi colegio, religioso, obligaban a los alumnos a llevar el pelo corto. Mi papá me incentivaba para que fuera con el pelo largo —como lo tenía él— y me instruía para que le dijera a los curas que Cristo también lo llevaba largo. Era mediados de los años setenta y Jorge Avendaño vivía acorde con los tiempos.

En esos años mi papá dejó de ser un beato, aunque siguió siendo creyente, como lo es hasta el día de hoy. Entiendo por 'beato' al que es asiduo a la Iglesia y se dedica a toda clase de devociones. Jorge Avendaño había sido de esos. Iba a misa con muchísima frecuencia, comulgaba casi a diario e inclusive daba la hostia. Con la creencia de que hay que sufrir para entrar al reino de los cielos, mi papá cerraba las lunas de su carro en verano sin quitarse el saco. Como quiera que en aquellos días los carros usualmente no tenían aire acondicionado, sudaba hasta la última gota, y a través de ese sufrimiento, pensaba que se ganaba un pedacito del cielo. No sé si mi papá sufría, pero estoy seguro de que esa rara práctica no lo acercaba a Dios. El nuevo Jorge Avendaño tenía una visión distinta de la Iglesia como institución. Ahora sí tenía amigos divorciados y hasta uno que otro medio *fumón,* todo lo cual se reflejaba en nuestra educación.

Cuando entré a la universidad, él se volvió muy exigente y riguroso como papá. Al mismo tiempo, se integró mucho más con sus hijos, pero desde una perspectiva más adulta.

Fue un hombre que se ganó el primer sueldo a los doce años. Me lo habrá dicho unas mil veces. Lo que quería transmitirme era que las cosas en la vida se logran con esfuerzo. Y si cuestan, mejor, porque hay más esfuerzo. A lo mejor por eso se negó a pagarme un ciclo de letras en la Universidad Católica, cuando desaprobé un curso. No sé si lo que hizo fue acertado, pero me incentivó para que por propia voluntad asumiera todos mis gastos universitarios hasta el final de mi carrera.

En Derecho conocí a un papá distinto. Jorge Avendaño no era el hombre público que es hoy, pero ya era conocido como gran jurista y

notable profesor. Tenía fama de *profesor maldito*, implacable, muy severo, casi perverso. Se decía que trataba a sus alumnos con ferocidad. Leo me había contado que dos años antes, cuando era alumna, uno de sus amigos de clase le había preguntado si Jorge Avendaño le pegaba a sus hijos en la casa. En Reales, sin embargo, descubrí a un personaje distinto. Su relación con los alumnos, como con sus hijos, era horizontal. Nunca imponía. Propiciaba la discusión, el diálogo, el intercambio de ideas.

En clase, la relación conmigo era especial porque además de alumno era su hijo. Siempre fui el blanco de sus ejemplos y de una que otra broma. Recuerdo que en una ocasión en que se discutía sobre la prenda, puso como ejemplo la garantía de un carro. «Imagínense --dijo— que le doy en prenda mi carro a Paco» (así me llama desde que nací). Caminó unos pasos hacia mí y me dio las llaves de su carro, explicando que con la entrega del carro, a través de las llaves, se constituía la prenda. Debe haber recordado en ese preciso instante que el carro no se presta a nadie, porque de inmediato me arranchó las llaves de la mano y en tono jocoso mencionó en alta voz que a mí jamás me lo daría. En realidad no cumplió su palabra. Varias veces me ha confiado su conducción, especialmente en aquellas oportunidades en que él, cual joven de veinte años, deseaba probar su carro y sentir el vértigo de la velocidad, pero desde el cómodo lugar de copiloto.

Durante esos años de universidad, Jorge Avendaño inculcó en sus hijos la afición por la comida. «No se trata de comer nomás, hay que comer bien», sostenía. Como el buen *gourmet* que siempre fue, nos llevaba a buenos restaurantes y organizaba almuerzos opíparos en su nueva casa —un departamento frente al mar en Miraflores, donde vive hasta la fecha—, sazonados con notables vinos y mejores coñaques. La afición que tengo por cocinar y comer bien, y el gusto por el buen vino, se los debo a mi papá. Debo confesar que mi pasión por el ron, mi licor predilecto, no sé de dónde viene. Mi aprecio por el anís, otro de mis licores favoritos, proviene de mi abuelo Jorge Avendaño Hübner, a quien vi tomar ese delicioso aguardiente hasta los últimos días de su vida.

La experiencia de tener a mi papá en el trabajo es particular, porque soy el único de los hermanos que trabaja con él. Algo de esto saben mis hermanas abogadas y ahora mi hermana Ana María, quien está realizando una breve práctica en el Estudio. El tema es complicado porque se puede mezclar lo laboral con lo familiar. Puedo decir, sin embargo, que ser hijo de Jorge Avendaño no otorga privilegios en

el trabajo, más bien, impone retos. La relación con él es como con los demás miembros del Estudio. Hay espacios, sin embargo, para el tema familiar. De cuando en vez se mete en mi oficina y me cuenta cosas personales y hasta me pide consejo. Trabajar juntos es una experiencia invalorable no solo desde el punto de vista profesional, sino también del personal. A través del trabajo, Jorge Avendaño, sin dejar de ser papá, se ha convertido en un amigo para mí.

Hoy lo veo como un papá que se preocupa más que antes por el bienestar emocional y económico de sus nueve hijos. Un papá vigente y muy presente, no solo para los que estamos cerca de él, sino incluso para mis dos hermanas que viven fuera de Lima, Meche y Mariana. Jorge Avendaño sigue siendo papá. Siempre tiene algo que decir y siempre hay que escucharlo. A pesar de su edad, es un papá moderno, que se amolda a los tiempos y se renueva cada día.

Jorge Avendaño es un papá secón. Le cuesta ser cariñoso, pero poco a poco está aprendiendo a serlo. Cada vez que se toma un *petróleo*, como él le dice a los tragos, se emociona y se vuelve querendón.

Es una persona que tiene ilusión por la vida. Sigue siendo entusiasta por la música, los carros, los viajes, por hacer cosas nuevas cada día. Recientemente se construyó una casa en Chaclacayo, a la que se ha bautizado como «el hotel», porque tiene una infinidad de cuartos para albergar a su ejército de hijos, naturales y políticos, y a un nuevo ejército de nietos, dieciséis en total, casi todos ellos hombres, dentro de los cuales se encuentra mi hijo Álvaro. Allí se reúne con frecuencia toda la familia y allí seguimos gozando a Jorge Avendaño como papá.

Jorge Avendaño, y aquí termino, es un papá feminista. Con esto quiero decir que muestra una clara debilidad por sus hijas, que son siete, y entre ellas por Leo, «la princesa», como la llama él. Por supuesto que adora por igual a sus dos hijos hombres, pero por las mujeres, «las locas» cuando están juntas, se desvive. En los últimos tiempos se las lleva de viaje a todas *en manchón*, año tras año, a bellas ciudades del mundo. Aprecian buen teatro y comen en restaurantes magníficos, siempre bajo su conducción. A los hijos hombres nos compensa con viajes automovilísticos, en los que siempre hay espacio para el buen comer y el tomar. A todos, en definitiva, nos engríe, más que cuando éramos niños.

En *La Dalmacia* Cecilia me contó que cuando mi papá estaba en cuarto de media escribió una composición en el colegio en la que decía que de grande tendría diez hijos. Los tuvo, y estoy seguro de que

ese hermano mío que murió a los dos días de nacido, Felipe, influyó decididamente en el cambio que tuvo para con nosotros.

Ahora que termino de escribir esta semblanza me doy cuenta de que ser hijo de Jorge Avendaño es un privilegio y sus enseñanzas constituyen para mí un legado que atesoro en lo más profundo de mi corazón.

Jura al cargo de Decano de Derecho de la PUCP en su primer mandato, en 1964, a los 31 años de edad.

CAPÍTULO SEGUNDO
ENSEÑANZA DEL DERECHO

Jorge Avendaño: recuerdos de treinta años

Gonzalo Figueroa Yáñez

1. Rememorar a Jorge Avendaño

Creo haber conocido a Jorge Avendaño allá por el año 1971, cuando llegó a Chile presidiendo la delegación peruana que venía a participar en la «I Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», que el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas organizó en Valparaíso en abril de ese año. Joven, entusiasta, vehemente, profundamente convencido de lo que estaba haciendo, ya era prorrector de la Universidad Católica del Perú y capitaneaba a un grupo igualmente entusiasta de jóvenes profesores de Derecho de esa Universidad, de los cuales lo acompañaban Fernando de Trazegnies y Lorenzo Zolezzi. En la ocasión que rememoro, Avendaño se «robó la película» desde que llegó, precisamente por su entusiasmo y vehemencia, porque hablaba muy bien, porque convencía y arrastraba, tanto que le ofrecimos el discurso de clausura de la Conferencia. En esa oportunidad, adelantó el deseo de la delegación peruana de celebrar una nueva conferencia sobre la misma materia en 1973 en Lima.

Lo volví a ver el año indicado, en su calidad de dueño de casa, durante la «II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», ocasión en que conocí al resto del equipo que —dirigido por Jorge Avendaño— había revolucionado la docencia del Derecho en el Perú. Recuerdo de este equipo, además de los ya mencionados, a Javier de Belaúnde, Mario Pasco, Alfredo Ostoja, Felipe Osterling, Luis Pásara y Jorge Santistevan. Había muchos otros cuyos nombres, la-

mentablemente, se han esfumado de mi memoria. Fue en Lima que, incitados por Avendaño, los concurrentes acordamos la creación del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, el que obtuvo personalidad jurídica peruana y funcionó con éxito por bastante tiempo.

La vida nos llevó luego por caminos distintos y dejé de ver a Jorge Avendaño por muchos años. Supe, no obstante, de sus actuaciones políticas y parlamentarias, así como de su importante contribución al Código Civil peruano de 1984 y a las modificaciones posteriores en actual elaboración. Un día, lo encontré por casualidad en Chimbote.

Los juristas del Perú están preparando ahora un libro en su homenaje, al que con gran satisfacción me he adherido. Quisiera que mi homenaje consistiera, precisamente, en los recuerdos que conservo de la enseñanza del Derecho de hace treinta años, cuando recién lo conocí en Valparaíso durante 1971.

2. La crisis de la enseñanza del Derecho

A partir de 1960, aproximadamente, empieza a hacerse patente en Chile lo que se denominó entonces la Crisis del Derecho y, con ella, la crisis de su enseñanza. En un principio, se pensó que se trataba de un fenómeno local, que se limitaba al ámbito de nuestro país, Chile, pero muy pronto se constató que el mismo fenómeno se desarrollaba en el resto de América Latina, con las diferencias que cada idiosincrasia local implicaba. Un descontento generalizado parecía ser característica del pensamiento de los profesores jóvenes de Derecho a lo largo de toda la región.

En Chile, era evidente una notoria decadencia del prestigio social de los abogados, los que se consideraba constituían un obstáculo para los cambios sociales que el país reclamaba. Se nos denominaba los Hombres Niet porque habitualmente estimábamos que era imposible realizar alguna reforma propuesta, por violentarse alguna disposición legal vigente: éramos conservadores frente a la necesidad de cambiar las estructuras, de echar a andar una reforma agraria, de modificar las relaciones de poder o la distribución de la riqueza. En este panorama, los juristas eran desplazados del primer plano por otros estudiosos de las Ciencias Sociales, especialmente sociólogos y economistas.

Algunos de los mejores alumnos de Derecho resolvieron continuar estudios no jurídicos después de recibir sus diplomas de abogados y

derivaron así hacia la Economía, la Historia o la Sociología, y los mejores puntajes de la educación media empezaron a matricularse en otras carreras diferentes al Derecho.

Frente a esta Crisis del Derecho y de su enseñanza, las diversas facultades del país adoptaron serias innovaciones en sus planes de estudio. Entonces, se agregó a la tradicional exposición en clase de la norma jurídica formalmente vigente y a su interpretación el estudio de la norma en su aplicación jurisprudencial y práctica. Esto se denominó el Derecho en Acción y, para enseñarlo, se constituyeron talleres prácticos con metodologías más activas. Además, se incorporaron ramos no jurídicos al currículo tradicional, pues se entendía que el Derecho debe enseñarse en un contexto interdisciplinario, junto con las demás Ciencias Sociales. Se estableció, asimismo, la flexibilización del currículo, excesivamente recargado con los nuevos cursos, dado que es preferible dar al alumno una mejor formación jurídica que cargarlo con excesiva información.

En este contexto de formación versus información y de clases prácticas versus clases teóricas o expositivas, surgió, a fines de los años sesenta, la preocupación por el método de la enseñanza y de la investigación del Derecho. Un convenio suscrito con la Universidad de Stanford permitió a algunos profesores jóvenes acceder a una especialización en estas materias. A su vuelta a Chile, esos profesores crearon al Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas (IDIJUR), que pronto se constituyó en el motor de las reformas.

Por iniciativa del IDIJUR se organizó, en Valparaíso, en abril de 1971, la «I Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», a la que asistieron profesores latinoamericanos capaces de compartir nuestras inquietudes y ayudarnos a resolver nuestros problemas. Vinieron profesores de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela, así como algunos invitados especiales de Estados Unidos, Francia e Italia. Quedó claro, entonces, que los problemas que afrontaba la enseñanza del Derecho en Chile no eran exclusivos de nuestro país, sino que eran compartidos en gran parte de la región, lo que justificó más tarde la creación del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, fundado en 1973 en Lima, como ya se dijo, con ocasión de la «II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», y cuyo más entusiasta propulsor fue precisamente Jorge Avendaño.

3. Causas y objetivos de la reforma

Tengo a la vista un documento producido por Jorge Avendaño, Fernando de Trazegnies y Lorenzo Zolezzi, presentado en la Conferencia de Valparaíso de 1971, en el que se explican las causas y los objetivos de la reforma emprendida respecto de los estudios de Derecho en la Universidad Católica del Perú. Tengo también ante mis ojos la trascripción magnetofónica del discurso de clausura pronunciado por Jorge Avendaño al término de dicha Conferencia. Ambos textos servirán para seguir el pensamiento del homenajeado de hoy en la época que se recuerda.

La primera causa que originó la reforma en el Perú, según Avendaño, fue la conciencia que se generalizó —en los años ahora recordados— del desajuste que existía entre la enseñanza teórica impartida en la Universidad y los requerimientos de la actividad profesional. Al estudiante se le enseñaban definiciones, conceptos, teorías, clasificaciones, nunca un análisis de los hechos pertinentes en un caso específico, la aplicación de la norma al caso, la construcción de una solución jurídica frente a la complejidad de lo real. «No conozco el caso de un abogado a quien un cliente le haya pedido que defina las obligaciones mancomunadas». Al contrario, al abogado se le presenta un problema que debe solucionar, cosa que jamás se le enseñó en la escuela de Derecho.

Debe agregarse la desvinculación que ha existido entre el Derecho, por una parte, y las demás Ciencias Sociales, por la otra. «Hemos enseñado el Derecho de los códigos; se nos ha olvidado el Derecho de la vida». Las escuelas de Derecho han entendido el Derecho aislado, como una cosa dada y acabada, y, en consecuencia, han privado a los alumnos de su capacidad de crítica, de cuestionar el orden vigente. El Derecho para ellos se vuelve un objeto inmutable, frente al cual es lógico adoptar una actitud de temor reverencial.

En un principio, la reforma se planteó tan solo como un cambio en los métodos de enseñanza, pero muy pronto resultó claro que se estaba llegando a una nueva concepción del Derecho mismo. «El Derecho es, ante todo, una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en leyes y códigos», y debe estudiarse tal como efectivamente vive en la sociedad, por medio de las decisiones judiciales. No puede, pues, ser analizado en abstracto, como un razonamiento matemático, sino que debe ser reinterpretado por aquellos que lo utilizan: los que acatan las normas, los que las quebrantan, los que aplican sanciones por ese quebrantamiento.

Además, el Derecho es un instrumento que puede promover o frenar los cambios sociales, lo que debe llevar a estudiar las causas y los efectos de las normas en la conducta colectiva. «El Derecho no puede enclaustrarse en los textos legales afirmando que las motivaciones y los resultados económicos y sociales de las normas legales son extrajurídicos».

4. Contenidos de la reforma

En los escritos analizados ahora, Jorge Avendaño aparece como un entusiasta expositor de lo que hasta el momento se había logrado realizar en la Universidad Católica del Perú. Entre los logros alcanzados, nuestro homenajeado señala los siguientes:

- Un currículo semestralizado semiflexible, compuesto por cursos obligatorios y electivos, con amplia posibilidad de selección por parte de los alumnos y, en consecuencia, con la posibilidad de lograr una especialización razonable durante los estudios de pregrado. Esta modalidad se completó con un sistema de créditos y tutorías para encauzar a los alumnos según sus aptitudes, capacidades e intereses.
- El nuevo contenido de algunos de los cursos. Este punto fue recibido en Chile como una gran novedad, en la que algunos nunca habían pensado, y produjo honda huella. Proponía el profesor Avendaño ofrecer un curso sobre personas jurídicas, en el cual se trataran todas las asociaciones que responden a ese nombre: corporaciones y fundaciones, sociedades de todo tipo, sindicatos y asociaciones gremiales, personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado. Asimismo, proponía un curso sobre contratos, que reuniera las convenciones civiles con las comerciales y las laborales, los contratos de Derecho Público con los de Derecho Privado, y se extendiera incluso a los tratados internacionales —verdaderos contratos entre países. De esta manera, se establecería una unidad conceptual entre materias que tradicionalmente se tratan separadamente. Junto con lo anterior, se postuló incorporar al currículo algunos cursos que no pertenecieran al área jurídica, pero tuvieran íntima relación con ella, como «Economía», «Instituciones Financieras», «Desarrollo Económico», «Derecho Urbano» o «Contabilidad».

- Una nueva metodología del aprendizaje, que incluyó diversas técnicas de dinámica de grupos, que constituían los denominados métodos activos. En esta nueva metodología, el papel predominante en la clase pasa del profesor al alumno: no existe ya una verdad para ser aprehendida por el alumno ni un profesor que *sabe* y unos alumnos que *aprenden*, sino que todos juntos salen en busca de una solución al problema planteado, y el profesor se convierte en un incitador y en un moderador. Ejemplifica Avendaño de la siguiente manera: «No es que el entrenador del equipo de fútbol se ejercite mientras los jugadores lo miran parados al borde de la cancha; es que él se sale al borde de la cancha e invita a que los jugadores hagan ejercicio».
- Una preparación adecuada del cuerpo de profesores, para que puedan asumir las nuevas responsabilidades que les impuso la reforma y lograr habilidades para conducir clases activas. Con este objeto, la Universidad Católica del Perú celebró con la Universidad de Wisconsin un convenio similar al que nosotros celebramos con la Universidad de Stanford y contrató a profesores ya convencidos de la bondad de la reforma en un régimen de tiempo completo.

5. La investigación

Finalmente, la visita de la delegación peruana a Chile durante 1971 trajo ideas novedosas acerca de la investigación jurídica, pues sus miembros ya habían agregado a la tradicional investigación dogmática o libresca, como la llama Avendaño, una investigación acerca de los problemas jurídicos que presenta una cierta materia concreta, acerca del Derecho como fenómeno social vivo, y en la cual se pueden utilizar los métodos de medición de las demás Ciencias Sociales, especialmente de la Sociología. El rol de la investigación —fundamental en toda universidad— adquiere una relevancia insospechada cuando se aplica en el campo del Derecho. Sobre este tema, las palabras de Jorge Avendaño al clausurar la Conferencia de Valparaíso resultan ilustrativas.

Sabemos —y esto, desde luego, no se descubre con una investigación basada tan solo en libros, códigos o en doctrina— que, detrás del Derecho, detrás de la norma jurídica, detrás de las opiniones doctrinarias, hay propósitos de grupos, hay intereses determinados a los cuales la legislación viene sirviendo. Entonces, la investigación, me parece, debe

estar dirigida a quitarle la careta al Derecho, a sacarle la máscara y ver detrás de eso, detrás de esa norma; a concretar los ingredientes sociales, políticos, económicos, históricos y geográficos que permiten averiguar qué había, qué se pretendía cautelar, hacia dónde se pretendía orientar a la sociedad al promulgarse o aplicarse la norma analizada. Esa investigación va mucho más allá de la puramente empírica que puede constituir, simplemente, la detectación o determinación de datos.[1]

6. Conclusión

¿Fue exitosa la reforma en el Perú? ¿Fueron las innovaciones en que tan vehementemente creía Jorge Avendaño seguidas por otras escuelas de Derecho con el tiempo? ¿Son mejores que antes los abogados peruanos que cursaron estudios reformados? Yo no puedo saberlo ni aventurar respuestas. Es posible que algunos de los lectores de estas líneas puedan dar algunas contestaciones precisas.

Sí puedo, en cambio, señalar que la reforma iniciada en Chile fue abortada con el advenimiento de la dictadura militar iniciada en 1973 y que, poco después del golpe de Estado, los estudios de Derecho volvieron a su modalidad tradicional, libresca, memorística, expositiva, alejada de la realidad social, en acatamiento obsecuente de la norma vigente.

Vuelta la democracia en 1990, el país ha visto una proliferación desmesurada de escuelas de Derecho, algunas de las cuales gozan de autonomía académica y pueden, en consecuencia, establecer los currículos que estimen más convenientes. Hoy día, a más de treinta años de las dos conferencias sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo, de Valparaíso y de Lima, las ideas allí esbozadas adquieren nuevos e insospechados bríos. Han surgido, además, varias escuelas de Derecho de primer nivel académico que han flexibilizado y semestralizado su currículo, que pretenden enseñar de manera activa, que fomentan la investigación de la realidad social con métodos propios de la Ciencias Sociales y que consideran que el Derecho puede ser una buena herramienta del cambio social.

---

[1] Avendaño, Jorge. Palabras pronunciadas con motivo de la clausura de la Conferencia de Valparaíso de 1971.

La enseñanza del Derecho en un mundo en cambio

Andrés Cuneo Macchiavello

Este artículo, escrito a fin de asociarme al merecido homenaje que un conjunto de académicos rinde al doctor Jorge Avendaño Valdez, no pretende mayor originalidad. Por el contrario, busca rescatar un informe colectivo, preparado entre 1972 y 1975 por un grupo internacional de académicos del Derecho —de la más variada experiencia y procedencia—, que fue liderado por el profesor Avendaño y que nunca, o solo muy escasamente, fue conocido en las escuelas de Derecho latinoamericanas.

Cuando el profesor Carlos Soto solicitó mi contribución, recordé la época en que trabajamos juntos con Jorge Avendaño en la preparación de ese informe. Busqué, entre mis libros, el volumen que lo contiene: lo releí después de muchos años y me sorprendió su actualidad. Decidí que mi mejor aporte consistiría en hacer un esfuerzo por dar noticia de su existencia y contenido, y despertar interés por conocerlo en nuestro ambiente intelectual.

El informe en cuestión solo fue publicado en inglés. Esta, tal vez, sea una de las causas de su desconocimiento. Se titula, como este artículo, *Legal Education in a Changing World*. Su autoría corresponde al International Legal Center y fue publicado por el mencionado Centro y el Scandinavian Institute of African Studies, en Uppsala (Suecia) en 1975. Tiene 81 páginas y 2 anexos.

El International Legal Center era una organización no gubernamental, con sede en Nueva York, cuyos objetivos se vinculaban con la

realización de programas destinados a mejorar el conocimiento acerca de la relación entre el Derecho y el desarrollo, y acerca de la contribución que las instituciones que conforman el sistema jurídico y sus diversos actores pueden hacer al referido proceso.

Durante el año 1972, dicho centro constituyó un comité o grupo de trabajo conformado por académicos del Derecho, provenientes de diversas partes del mundo, como América, África, Asia, Europa y Australia. Le encargó la preparación de un informe sobre la contribución que la enseñanza jurídica podía hacer en el proceso de desarrollo de sus sociedades y, naturalmente, acerca de los requerimientos y desafíos que el cumplimiento de tales funciones planteaba a las instituciones y programas dedicados a la formación de los profesionales llamados a desarrollar los roles jurídicos en sus respectivos países. Jorge Avendaño, profesor de Derecho Civil y exdecano de Derecho, entonces prorrector de la Universidad Católica del Perú fue nombrado presidente del comité.[1]

El comité sesionó, en pleno, en tres oportunidades entre 1972 y 1974. Dispuso de informes especialmente preparados, referidos a la enseñanza del Derecho en diversas partes del mundo y oyó a un número significativo de expertos. Constituyó, de entre sus integrantes, un pequeño grupo de trabajo —encabezado por el mismo profesor Avendaño— del cual también formé parte. Esta fuerza de trabajo, en definitiva, preparó el texto final del informe mediante la circulación de numerosos borradores y la celebración de varias reuniones.

La excepcional inteligencia de Jorge Avendaño, su capacidad analítica, su dilatada experiencia profesional y académica, su calidez y

[1] El Comité estuvo constituido, además de por Jorge Avendaño, su presidente, por el autor de este artículo, entonces profesor de Derecho Civil de la Pontifica Universidad Católica de Chile; Carlos Alberto Menezes Direito, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; Yash P. Ghai, profesor originario de Kenia y entonces director de investigación del International Legal Center; John N. Hazard, de la Universidad de Columbia; David M. Helfeld, exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; John B. Howard, presidente del International Legal Center; Alfred B. Kasunmu, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lagos, Nigeria; A.T. Markose, profesor de Derecho de la Universidad de Cochin, India; Kéba M'Baye, presidente de la Corte Suprema de Justicia de Senegal; Mochtar Kusumaatmadja, entonces ministro de Justicia de Indonesia; James C.N. Paul, profesor de Derecho de la Universidad de Rutgers; Michel Pédamont, profesor de la Facultad de Derecho, Eonomía y Ciencias Sociales de París (Paris 2); William Twinning, profesor de Derecho de la Universidad de Warwick; Arthur Taylor von Mehren, profesor de la Universidad de Harvard; J.H. Wootten, decano fundador y profesor de la Universidad de New South Gales, Australia.

facilidad para comunicarse, y su fino sentido del humor fueron factores decisivos en el trabajo del grupo y en el resultado obtenido.

El informe mismo está constituido por seis partes y una introducción. Las partes son las siguientes: I. Síntesis del informe; II. La situación. Una descripción muy sumaria acerca del estado de la enseñanza del Derecho en los países menos desarrollados; III. Argumentos para asignar recursos para la enseñanza jurídica; IV. Planificación de la enseñanza del Derecho; V. El fortalecimiento de la enseñanza jurídica, desde los objetivos generales a las estrategias particulares; y VI. Algunas observaciones finales: la importancia de estudiar la enseñanza del Derecho. Los apéndices se destinan a una reseña de los datos biográficos de los miembros del comité y a una nómina de los informes y documentos de trabajo preparados para uso de sus miembros.

Transcribo textualmente, a continuación, la primera parte del informe (paginas 19 a 24), en forma íntegra. Esta contiene una síntesis del documento, en una traducción que hice al preparar una edición castellana que nunca llegó a publicarse:

****

25. A pesar de que existen diferencias obvias entre las escuelas universitarias de Derecho en América Latina, Asia y África, existen también características importantes que son compartidas. Muchos sistemas de enseñanza jurídica pueden ser descritos sobre la base de un conjunto de características extraídas de las observaciones que siguen.
26. Así, muchas escuelas universitarias de Derecho:

    a. han sido formadas de acuerdo con modelos extranjeros que han limitado la presentación, los contenidos, los métodos, las investigaciones y el desarrollo continuado de la institución;
    b. se encuentran controladas, en un grado significativo, por elites de la profesión jurídica, que actúan como profesores o evaluadores de la capacitación profesional, o como empleadores de los graduados o ejerciendo otro tipo de presiones;
    c. en lo que toca al estudio del Derecho, están influidas significativamente por una orientación que pone énfasis en su estudio relacionado con la actividad comercial privada y con los asuntos privados de las personas de mayores recursos, y

no tanto con los problemas del sector público o con los de los sectores mayoritarios de la sociedad;

d. son muy académicas en su enfoque de los estudios jurídicos: el contenido de los cursos, a menudo, no refleja los problemas más importantes y actuales que confronta el sistema jurídico, no muestra el trabajo real de los abogados en su práctica cotidiana, así como tampoco la aptitud de las personas capacitadas en Derecho para participar en el proceso de cambio y de desarrollo;
e. tienden a tratar al Derecho como una disciplina independiente, autosuficiente y establecida; tienden a ignorar el estudio de los contextos socioeconómicos, los presupuestos de política jurídica y los efectos reales de las normas;
f. descansan, intensamente, en las exposiciones magistrales y en los métodos de enseñanza que ponen énfasis en la entrega de información sobre el contenido de la Doctrina, más bien que en la aplicación; no desarrollan otros métodos de enseñanza que pongan el acento en la participación de los alumnos en la experiencia de aprendizaje, en el desarrollo de las destrezas profesionales y en la percepción acerca de los usos posibles del Derecho y del sistema jurídico como vehículos para el cambio social;
g. tienden a reclutar a sus estudiantes de entre las familias más pudientes y a orientarlos hacia trabajos de tipo urbano, propios de las élites de cuello y corbata;
h. están formadas principalmente por profesores cuyo compromiso con la enseñanza y con lo académico es solo parcial y cuya preparación para enseñar Derecho, en el mundo actual, puede ser limitada;
i. carecen de un cuerpo de literatura jurídica nacional que examine al Derecho en un contexto relacionado con el desarrollo y con los aspectos económico-sociales;
j. carecen de los recursos institucionales y de los incentivos para realizar investigación jurídica empírica; sus académicos no producen mucha investigación, especialmente alguna que examine, en forma crítica, el contexto social, los presupuestos de política legislativa, su administración efectiva y el impacto de las normas en la conducta;
k. no han podido emprender una revisión, en profundidad, de los roles institucionales ni de sus objetivos, en relación con

los problemas del cambio social y del desarrollo, así como tampoco respecto de los recursos humanos que necesita el sistema jurídico.

27. En algunos países, la matrícula en los programas universitarios de enseñanza jurídica es muy numerosa en relación con las reales necesidades de abogados y de personas capacitadas en Derecho. En estos lugares, las escuelas de Derecho:

a. pueden haberse desarrollado como instituciones que absorben una parte importante de la demanda de educación superior de tipo general, y a muchos de los alumnos menos calificados académicamente o menos motivados;
b. pueden operar con bajos costos unitarios, con presupuestos fijos y recursos limitados, con una relación muy alta entre profesores y alumnos —factores que inhiben muchas de las posibilidades de cambiar los contenidos, los métodos, la intensidad y la calidad de la educación ofrecida¾;
c. pueden producir un gran número de graduados que no están adecuadamente preparados para trabajar fuera del sistema jurídico, que tampoco pueden ser empleados fácilmente dentro del mismo y, en ningún caso, profesionales bien preparados como abogados.

28. La enseñanza del Derecho en alguno de los países menos desarrollados puede encontrarse afectada por los siguientes factores:

a. un aumento dramático en la escala de la educación superior y en la demanda por mayores oportunidades para estudiar Derecho, incluyendo demandas de grupos que habían tenido, previamente, muy limitado acceso a las universidades o a la profesión jurídica;
b. un aumento en la sofisticación y diversidad de los roles jurídicos y de otros roles especializados para los cuales pueden ser contratados los graduados, y la necesidad de una mayor educación interdisciplinaria, al menos, para algunas de las personas con formación jurídica;
c. un creciente descontento respecto de la enseñanza del Derecho de parte de los alumnos, de los profesores más jóvenes y

de quienes desarrollan políticas públicas en materias de educación;

d. un generalizado incremento en la difusión internacional de las ideas acerca de la enseñanza del Derecho, y sobre el tema del Derecho y el cambio social, que puede estimular, también, la insatisfacción ante el sistema jurídico actual y producir tensiones más serias en su interior, particularmente si se descuidan las necesidades de revisión y reforma.

29. Los críticos más radicales de la enseñanza jurídica pueden sostener que las escuelas de Derecho que comparten muchas de las características descritas más arriba constituyen un obstáculo para el desarrollo, por ejemplo, porque tienden a mantener —y quizá a alimentar— una profesión y una cultura jurídicas que están alineadas en contra de las reformas sociales progresivas. Se puede sostener que la enseñanza jurídica no expone las contradicciones existentes entre las políticas de desarrollo declaradas y la realidad de las normas en acción, y que la enseñanza del Derecho no se ha comprometido con las reformas fundamentales en la sociedad. Estos argumentos pueden ganar credibilidad, en la medida en que se constate que los profesores de Derecho no sean capaces de, o no quieran, cambiar el carácter de las escuelas de Derecho.

30. En contraste con la situación bosquejada más arriba, es posible plantear un concepto alternativo de enseñanza jurídica que puede resultar idealizado. No se sugiere un plan dogmático y detallado. Se trata, más bien, de una aproximación, un conjunto de posibilidades para ser consideradas cuando se piensa en el futuro.

31. Esta aproximación parte del supuesto de que el Derecho puede ser estudiado como una disciplina dinámica que extrae su solidez intelectual y su visión de muchas fuentes —la Filosofía, la Historia, las Ciencias Sociales—, y de su propia experiencia. Presupone que el Derecho sirve para muchos propósitos distintos en la sociedad, y percibe una amplia variedad de roles posibles y útiles para las personas capacitadas jurídicamente. Esta concepción plantea la exigencia de que las escuelas de Derecho estén dotadas de múltiples funciones, que constituyan un centro vital de la enseñanza y la investigación, en el marco del sistema jurídico, y no instituciones divorciadas de aquel. Los obje-

tivos y programas de esta institución son planificados en forma constante, relacionándolos con las necesidades que se perciban para el desarrollo jurídico y en función de nuevos tipos de profesionales del Derecho.

32. Por supuesto, este enfoque hipotético puede resultar difícil de poner en práctica. La reforma de la enseñanza del Derecho puede quedarse atrás porque el poder para tomar decisiones —incluso las decisiones económicas— acerca de los objetivos y los programas puede ser difuso. La profesión jurídica puede ejercer una significativa influencia conservadora sobre la enseñanza jurídica. Una facultad puede carecer de profesores que tengan una preparación amplia, que estén dedicados a tiempo completo a su tarea y que sean capaces de prever, planificar y poner en práctica las reformas; o, en todo caso, las presiones de la carga docente, la alta relación de alumnos por profesor y sus otros trabajos pueden restringir, en forma seria, las oportunidades de reforma. El carácter de la institución puede estar determinado por la dinámica del sistema de educación superior, por condiciones y presiones que no están bajo el control de los profesores de Derecho y que solo pueden ser cambiadas por el inicio de nuevas políticas en los círculos más altos de gobierno. De esta manera, si se quiere emprender reformas de largo aliento, la primera tarea, y quizá la más difícil, puede ser la organización de nuevos procesos e instituciones destinados a planificar la enseñanza jurídica. Debe reconocerse, también, que la reforma de la enseñanza del Derecho no es solo un patrimonio de los líderes de la élite profesional o de los académicos: el proceso debería incluir a líderes políticos, grupos de ciudadanos interesados, planificadores educacionales y otros expertos.

33. La reforma de la enseñanza jurídica puede depender de la orientación de las personas responsables de formular las decisiones de autoridad respecto de la formulación de los objetivos básicos de la enseñanza jurídica, de iniciar la puesta en práctica de esos objetivos y de destinar los recursos para su obtención. Una decisión informada al respecto, sin embargo, puede depender de un estudio considerable, que involucre investigación empírica para conocer más acerca de la situación existente.

34. Idealmente, el proceso de formulación de objetivos para la enseñanza del Derecho debería estar influido por numerosas variables: las políticas de desarrollo, y el modo como el Derecho es

percibido y empleado en los sistemas políticos y económicos; la política y las necesidades de recursos humanos del propio sistema jurídico; las características de la profesión de abogado y el tipo de necesidades futuras de las personas capacitadas jurídicamente; la planificación educativa nacional y la política de recursos humanos; los paradigmas de ejercicio profesional y la movilidad de los graduados de Derecho (por ejemplo, la proporción en que se desplazan hacia posiciones en la política, en el servicio público y en los negocios); las funciones de socialización de la enseñanza universitaria; y las condiciones que, dentro del sistema nacional de educación, afectan a la calidad y a la cantidad de la enseñanza jurídica. Enfocando el problema desde una pluralidad de perspectivas, se puede obtener un perfil mejor y más realista de lo que existe y de lo que se puede perseguir.

35. Comoquiera que se formulen, algunos objetivos pueden orientarse a mejorar la calidad, es decir, las habilidades que se esperan de los graduados de las escuelas de Derecho. Por ejemplo, se puede analizar las implicancias jurídicas de situaciones problemáticas, proporcionar asesoría, redactar documentos legales, argumentar, negociar, mediar y tomar decisiones jurídicas.

36. La creciente diversidad y complejidad del Derecho puede exigir mayor especialización en el marco de la profesión de abogados, y puede demandar educación continua o avanzada para muchos de ellos —cuyo trabajo se relaciona con transacciones cada vez más complejas— en campos tales como el Derecho Tributario, las Relaciones Laborales, la Reforma Agraria o las Negociaciones Transnacionales.

37. También puede ser considerado como un objetivo el que los graduados de las escuelas de Derecho sean más capaces de desempeñar roles en el proceso de desarrollo; que se hallen más sensibles y mejor informados acerca de los problemas que plantea este fenómeno; y que sean más diestros respecto del análisis de políticas, la elaboración de normas, su administración y las tareas relacionadas. Algunos graduados de la escuela de Derecho pueden necesitar conocer más acerca de los ámbitos relacionados, tales como el desarrollo agrícola y rural, las regulaciones estatales y la participación del Estado en la economía, la tributación y las finanzas públicas. En un sentido más general, esto puede significar que las personas capacitadas jurídicamen-

te deberían disponer de una mejor información acerca de las posibles relaciones entre el Derecho y el cambio social.

38. En algunos países, uno de los objetivos del desarrollo jurídico puede consistir en hacer que los derechos y los beneficios estén asegurados de una manera explícita por normas jurídicas más visibles, relevantes y al alcance de la gran masa, para hacerle más accesible el sistema jurídico. La obtención de estos objetivos puede exigir reformas en el sistema de tribunales, nuevos procedimientos para hacer menos formal la administración de justicia, la introducción de nuevos tipos de profesionales capacitados en Derecho y de instituciones que expandan la prestación de servicios legales. Puede demandar la popularización del conocimiento jurídico entre las masas y cambios en el lenguaje de la administración del sistema. Todas estas políticas pueden afectar la formulación de los objetivos educacionales, objetivos que presuponen centros universitarios de finalidades múltiples para el desarrollo jurídico.

39. También podría considerarse como un objetivo la realización de un tipo más sofisticado de investigación histórica y del contexto social del Derecho, acerca de los presupuestos de política subyacentes en los diferentes cuerpos legales y de las opciones disponibles para poner en práctica, por medio del Derecho, las políticas de desarrollo. Estas investigaciones se podrían referir también al impacto de las diferentes leyes en la conducta y en la consecución de los cambios sociales deseados.

40. Estas formulaciones son solo sugerencias, pero, una vez que los objetivos se han formulado en términos de desempeño, resulta posible pensar con más sentido acerca de las estrategias específicas de reforma.

41. En algunos países, puede resultar difícil iniciar las reformas deseadas por el carácter masivo de la enseñanza jurídica y por otros factores —anotados más arriba— que inhiben los cambios en el sistema actualmente existente. Puede ser necesario establecer nuevos centros para la reforma que proporcionen la oportunidad de desarrollar nuevos modelos, como, por ejemplo, nuevas escuelas de Derecho con una proporción más baja de alumnos por profesor, alumnos mejor seleccionados, métodos modernos de enseñanza, y otras innovaciones y recursos para producir una enseñanza e investigación multidisciplinarias. Estas instituciones podrían establecer nuevos modelos que pueden ser se-

guidos, en forma gradual, por las otras. Por otro lado, la estrategia consistente en crear centros de excelencia, como modelos para ser imitados, plantea varios problemas: los recursos humanos y financieros para replicarlos son escasamente disponibles e introducen una nueva suerte de elitismo, en circunstancias en que este es ya un importante elemento en la crítica del actual sistema. En países donde el tamaño de la enseñanza jurídica es demasiado grande y en que se exceden las necesidades de personal para el sistema jurídico, puede resultar necesario planificar una serie de pasos tendientes a reducir el número de los alumnos que ingresan, proporcionando programas alternativos o instituciones que sean más aptas para proporcionar una educación superior útil a los egresados universitarios que no esperan desempeñar roles jurídicos.

42. Con el fin de mejorar la calidad, se debe prestar consideración a las estrategias destinadas a desarrollar, en los alumnos, las capacidades analíticas de problemas, las de asesoría, las requeridas para litigar y otras semejantes. Los nuevos métodos educativos pueden considerar enfoques clínicos, investigación individual intensa y redacción jurídica, programas de talleres y métodos centrados en problemas, que aseguran una mayor participación de los alumnos en el proceso de aprendizaje. De un modo parecido, puede ser deseable introducir nuevos cursos en el currículo, incluso proyectos multidisciplinarios, que concentrarán mayor atención en los problemas del desarrollo.

43. La obtención de algunos de los objetivos señalados más arriba puede demandar cambios en la naturaleza de las escuelas de Derecho, de tal manera que puedan servir como centros de apoyo destinados a preparar profesionales, o programas de enseñanza jurídica continua o especializada, en un nivel avanzado. De la misma manera, estas escuelas pueden experimentar la necesidad de participar, de un modo más activo, en programas de otras instituciones de formación profesional, tales como escuelas de Administración Pública, Agronomía y Salud Pública, y en el trabajo de instituciones multidisciplinarias de investigación sobre el desarrollo.

44. Las nuevas estrategias demandarán recursos adicionàles y resultará crucial la exigencia de un nuevo tipo de profesores. En la medida en que la enseñanza jurídica sea percibida como un conjunto de programas y esfuerzos educacionales que deman-

dan diversas pericias, en esa misma medida las percepciones acerca de la enseñanza e investigación del Derecho, estrechas y tradicionales, pueden dar paso a la apreciación acerca de la gama de los diferentes recursos educacionales, que son necesarios en una escuela de Derecho compleja y de múltiples objetivos. Algunos profesores requerirán una amplia preparación multidisciplinaria y experiencia de investigación en Ciencias Sociales. Algunos deberán ser abogados experimentados en el ejercicio ante los tribunales o bien abogados administrativos —simultáneamente deberán ser instructores competentes—. Algunos necesitarán otros tipos de pericias técnicas especializadas. Muchos de ellos deberían recibir algún tipo de preparación en teoría del aprendizaje, y métodos pedagógicos y de administración. Está adquiriendo una importancia creciente el no concebir al profesor de Derecho como un prototipo único y a su carrera, no como un solo *cursus honorum*. El conjunto de profesores podría ser concebido mejor como un equipo de especialistas que trabajan en un sistema complejo de educación.

45. El académico de tiempo completo en la escuela de Derecho puede experimentar la necesidad de estar mejor provisto, como profesional, en tres aspectos: como abogado, como investigador y como pedagogo. En el momento actual, se encuentra descuidada la preparación para los últimos dos roles. La contribución de los abogados en ejercicio, como profesores de tiempo parcial, ha sido objeto de mucha crítica, a menudo justificada. Pero los abogados en ejercicio, ya sea que ejerzan en forma privada o en el servicio público, pueden estar provistos de importantes destrezas y pericias que pueden aportar a la enseñanza jurídica. Resulta necesario un estudio cuidadoso, imaginación y planificación, para asegurar que esta potencialidad sea explotada al máximo.

46. Se deberá prestar también atención a los medios necesarios para financiar algunas formas de literatura jurídica destinada a promover, más que a frustrar, los objetivos y las estrategias valiosos para la enseñanza del Derecho. Parece probable que, en el próximo decenio, se produzca una necesidad creciente de proporcionar subsidios para la publicación de trabajos académicos y de ciertos tipos de literatura para los alumnos de Derecho. La bibliografía jurídica es una inversión importante que los gobiernos y las universidades deberían estar preparados para hacer, y

que debe ser considerada como una parte de los costos de la enseñanza y del desarrollo.

47. El desarrollo de las clínicas, las bibliotecas, la asistencia para la investigación, los servicios de secretaría y otros recursos merecerán apoyo, como un medio para conseguir una variedad de objetivos en la enseñanza formal del Derecho. Es indispensable que se reconozca la necesidad de estos elementos y que se creen nuevas fórmulas de financiamiento. Quienes administran las escuelas de Derecho pueden requerir nuevas destrezas para preparar presupuestos, para realizar análisis de costos y beneficios, para el manejo financiero estatal y para el planeamiento educacional.

48. La reforma de la enseñanza del Derecho exige mayor investigación. Se debe dar una alta prioridad a estudios sobre:

a. la educación masiva —donde exista, especialmente en países relativamente pobres—;
b. el académico de Derecho de dedicación exclusiva, con particular énfasis en su selección, preparación, modalidades en su carrera, movilidad, circulación entre las facultades de Derecho, incentivos y rol social;
c. la formulación de objetivos educacionales específicos en todos los niveles de la enseñanza jurídica formal;
d. el problema de desarrollar y divulgar una conciencia acerca de los métodos de evaluación y exámenes, destinados a promover, antes que a frustrar, los objetivos de la enseñanza de Derecho;
e. los procedimientos para asegurar que los estudios jurídicos de postgrado estén orientados, más directamente y en forma más eficiente, por objetivos educacionales valiosos y claramente formulados;
f. el efecto de los problemas y las políticas de idioma nacional en sociedades multilingües; y
g. la carrera seguida por los egresados de Derecho y su empleo posterior, y los otros productos de la enseñanza jurídica formal.

49. La investigación acerca de la enseñanza del Derecho podría ser estimulada o ayudada por medio de proyectos comparativos internacionales, que centren su atención en los problemas que

resultan más ampliamente compartidos. Es necesario elaborar un conjunto de mejor literatura que resulte útil y que esté orientada hacia las preocupaciones más generalizadas. Si este informe pudiera ayudar a que se desarrollen este tipo de actividades, habría tenido éxito en uno de sus principales propósitos.

****

A mi juicio, la actualidad del presente informe, a treinta años de su publicación, se ha mantenido sin mayor variación al menos en nuestro medio latinoamericano, lo cual puede leerse en un doble sentido: uno negativo y otro positivo.

El sentido negativo resalta que nada ha variado significativamente en el campo de la enseñanza jurídica, a pesar de los esfuerzos realizados en la enseñanza universitaria del Derecho, particularmente en la década de los setenta. Las críticas y los déficit que diagnostica el informe se han mantenido fundamentalmente y las posibles soluciones no son muy distintas hoy.

El aspecto positivo destaca que, a pesar de los cambios experimentados en nuestras sociedades durante los últimos treinta años —los cuales podrían caracterizarse por una decreciente intervención del Estado en la economía y la sociedad, y por una mutación de sus funciones de productor a regulador y de actor a facilitador—, el rol del Derecho sigue siendo insustituible y los requerimientos de una adecuada preparación para los operadores jurídicos no son muy distintos de los que identifica el informe.

Tal vez algunos de los ejemplos que presenta el informe, relacionados con las empresas públicas o la reforma agraria, carezcan hoy del valor ilustrativo que les asigna el texto. Con todo, su aporte relativo a la necesidad de concebir al Derecho en el marco de su contexto económico-social, de tratar a las normas en función de las políticas públicas y de estructurar la enseñanza del Derecho como un proceso capaz de hacerse cargo de los requerimientos originados por esta concepción del Derecho y por los roles profesionales que ella supone mantiene cabalmente su vigencia.

El movimiento de Derecho y Desarrollo, y los intentos de cambio en los estudios jurídicos

Rogelio Pérez Perdomo

En la década de 1970, Jorge Avendaño fue el presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y uno de los principales promotores y líderes de lo que se ha llamado el Movimiento de Derecho y Desarrollo en América Latina. Es oportuno realizar un análisis del movimiento en la perspectiva de los latinoamericanos que participamos en él y en homenaje a Jorge Avendaño.

Los logros del movimiento no son fáciles de evaluar. A treinta años de distancia, la polvareda de las batallas puede suponerse asentada pero no es claro aún qué se ganó y se perdió con ellas. Básicamente, el movimiento consistió en un grupo de profesores de Derecho de los distintos países de América Latina que se reunieron en varias ocasiones y produjeron una literatura que no ha sido recogida íntegramente. El movimiento logró organizar cuatro reuniones latinoamericanas importantes en Santiago, Lima, Caracas, Buenos Aires y San José, entre 1971 y 1980, de las cuales solo se publicaron las actas de las de Lima y San José.[1] Naturalmente, la bibliografía es mucho más rica y

[1] La primera conferencia se denominó «Primera Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», y se llevó a cabo en Viña del Mar en 1971. La segunda se realizó en Lima en 1973. Los trabajos presentados se publicaron con el nombre de *Segunda conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo* por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1975. La tercera se denominó simplemente «Derecho

una parte importante de la literatura interdisciplinaria sobre Derecho en América Latina está directa o indirectamente asociada con ese movimiento. Hubo también un buen número de cursos y seminarios de metodología de la enseñanza y de la investigación interdisciplinaria en Derecho. Otra manifestación fue la reforma de currículo y el cambio en la producción de materiales didácticos en varias escuelas de Derecho. Ciertamente, este último aspecto encontró severos obstáculos y dificultades. Es evidente que no produjo el cambio general en la educación jurídica y en las escuelas de Derecho que se proponía, y que el enfoque y la metodología en la producción intelectual en el campo del Derecho tampoco cambió mucho. Sin embargo, también es visible que el vaso no está enteramente vacío.

El análisis de los propósitos del movimiento y de los obstáculos que encontró tiene un interés que va más allá de la historia del Derecho. En los últimos años, varios profesores latinoamericanos han retomado la tarea de innovar en la educación jurídica y de promover la investigación interdisciplinaria sobre el Derecho. En este trabajo, se buscará, en primer lugar, situar al movimiento, analizar por qué apareció, qué se propuso y cuáles fueron los motivos de la resistencia que generó. En segundo lugar, se analizará si el nuevo grupo de profesores latinoamericanos que han retomado las banderas tiene alguna oportunidad de hacer un cambio en la educación jurídica treinta años después.

1. La tradición de los estudios jurídicos y los cambios de la década del sesenta

Los estudios jurídicos fueron extraordinariamente importantes en América Latina a raíz de la Independencia y hasta la década de 1950.[2] Entre 1825 y 1850, existía clara conciencia de que las escuelas de Derecho formaban la elite política y que, en consecuencia, los estudios

y desarrollo», y versó fundamentalmente sobre la investigación. La cuarta (Buenos Aires, 1977) y la quinta (San José, 1980) centraron sus trabajos en el tema del acceso a la justicia y la administración de justicia. Solo se publicaron los trabajos de la quinta, editados por Javier de Belaúnde, con el nombre *La administración de justicia en América Latina*. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984.

[2] Esta sección del trabajo retoma a Rogelio Pérez Perdomo, *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*, en prensa. La obra puede ser consultada en la página web de la biblioteca de la Escuela de Derecho de Stanford.

jurídicos constituían un asunto de Estado. La Asamblea Constituyente del Brasil discutió, de manera casi simultánea a la nueva Constitución del país independiente, el plan de estudio de las escuelas de Derecho que decidió crear y hasta las obras que debían ser leídas por los estudiantes.[3] Discusiones similares han sido documentadas para Chile,[4] Colombia[5] y Venezuela.[6]

Aun cuando las restricciones del período colonial —que reservaba a los blancos el ingreso a los estudios jurídicos— fueron levantadas, los estudiantes de Derecho siguieron siendo predominantemente blancos con algunos medios de fortuna. Los jóvenes de origen indígena o africano, así como las mujeres, estaban excluidos de esos estudios. El método educativo colonial, que le daba importancia a las disputas, fue combatido y se introdujo la explicación del profesor, denominada luego clase magistral. El contenido varió con el tiempo y a los cursos de Derecho Romano y Derecho Canónico, característicos de la época colonial, se agregaron los de Derecho Nacional. Se agregaron disciplinas como la Economía Política, la Administración y la Estadística. A final del siglo XIX o comienzos del XX, también se agregó la Sociología. Al comienzo, la enseñanza propiamente jurídica no era legalista en absoluto (la idea predominante era la crítica de la legislación heredada del período colonial) y, desde el final del siglo XIX, se convirtió en la explicación de los textos legales. Pero, más allá de lo que se aprendía en los salones de clase, la formación residía en la interacción entre los estudiantes mismos y con los profesores. Se percibían a sí mismos como miembros de la elite intelectual: leían literatura y discutían de política fuera de los salones de clase. Las escuelas de Derecho formaban, luego, hombres públicos, personas destinadas a ser los periodistas y políticos de la época. El título en Derecho garantizaba la pertenencia a la elite política.

Hacia 1960, el panorama ya era distinto. No solo las mujeres y las personas de estratos bajos comenzaban a tener acceso a los estudios y, en consecuencia, a aumentar sustancialmente el número de estudiantes, sino que comenzaron a surgir otras profesiones como la de

---

[3] Bastos, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2.ª ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

[4] Serrano, Sol. *Universidad y nación. Chile en el siglo XIX*. Santiago: Editorial Universitaria, 1994.

[5] Gaitán Bohórquez, Julio. *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2002.

[6] Pérez Perdomo, Rogelio. *Los abogados en Venezuela*. Caracas: Monte Avila, 1981.

economista, sociólogo, historiador y planificador. Los abogados perdieron así el monopolio casi total de la vida pública y comenzaron a sentir la competencia de otros profesionales que tenían conocimientos distintos. La urbanización y el crecimiento económico había generado un mayor número de negocios que podían brindar actividad profesional a los abogados. Hubo una tendencia, visible en las décadas de los cincuenta y los sesenta, a aumentar el número de cursos jurídicos como una manera de preparar a los abogados con un manejo mejor de los distintos campos del Derecho.

La política de ofrecer más cursos jurídicos, supuestamente requeridos por la ocupación de abogado, tuvo como consecuencia la pérdida de importancia de la formación de los abogados para el liderazgo político. Sin embargo, el mayor conocimiento de las reglas del Derecho no preparaba realmente para el ejercicio de la profesión. Por otra parte, el mayor número de estudiantes y graduados —parte de los cuales venían de familias en las que no era tradicional la educación— hacía percibir un problema de descaecimiento de la educación jurídica y de posible dificultad de inserción en el mercado de trabajo. Los más perceptivos percibieron que la profesión entraba en un período de crisis.

Paralelamente a estos cambios sociales, se desarrollaban cambios propiamente intelectuales. El legalismo se consolidaba y encontró un aliado insospechado en la difusión del kelsenismo. La Teoría Pura del Derecho, que quería rescatar su aspecto propiamente científico, fue entendida como desprecio por cualquier consideración social o económica. Lo científico jurídico era concentrarse en el texto de la ley y, en todo caso, hacer uso de la construcción conceptual.

El legalismo extremo encontró críticos tempranos tanto entre los conservadores más radicales —que veían el peligro liberalizante y desestabilizador que podía tener el apego a los códigos— como entre los izquierdistas —que miraban los aspectos de dominación social que contenían esos mismos códigos (Novoa Monreal, 1976)—. La formación de las escuelas de Derecho también fue criticada porque no comunicaba destreza alguna, salvo la memorización de textos.[7] Esto no era problema cuando los estudiantes eran a la vez pasantes en los tribunales o en los escritorios de abogados, donde adquirían las des-

[7] Fix Zamudio, Héctor. «En torno a los problemas de la metodología del derecho». En Witker, J. (comp.). *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

trezas prácticas, pero se hizo problemático cuando el incremento en el número de estudiantes no permitió que todos accedieran a esa posibilidad de formación complementaria.

El descontento ante la situación de la educación jurídica tuvo voces importantes en las décadas de los cincuenta y sesenta. Una especialmente importante fue la de Santiago Dantas,[8] quien llamó a una reforma bastante radical del currículo de Derecho y a reexaminar los métodos de educación jurídica. Propuso la flexibilización del currículo, la incorporación de la enseñanza con casos, el análisis interdisciplinario, el método activo o de participación de los estudiantes. Toda la agenda reformista posterior fue formulada en ese discurso que tuvo una inmediata resonancia en Brasil.[9]

No hay duda de que estas ideas eran compartidas por una parte importante de los líderes de la educación jurídica del momento. Entre 1959 y 1964, se reunieron cuatro conferencias latinoamericanas de escuelas de Derecho, cuyas actas son un testimonio de lo que se discutía en ese momento y de las reformas que se proponían. Estas reformas propuestas incluían la introducción de la discusión en clase y el método de casos, las técnicas de seminario y un enfoque interdisciplinario.[10] En 1974, se reunió la quinta conferencia. Entre las conclusiones de esta conferencia,[11] figuró la superación de la llamada conferencia o lección magistral, por medio de la introducción paulatina de la exposición didáctica y la enseñanza activa, la promoción de seminarios de investigación y la adopción del método de casos y estudio de problemas y expedientes. Advertía igualmente contra la confusión entre la enseñanza práctica y la de carácter activo. La conferencia recomendó también «la adopción de pautas pedagógicas que permitan una visión integral del Derecho, y esto mediante el estudio

[8] DANTAS, Santiago. «A educação jurídica e a crise brasileira». *Revista Forense*, vol. 159, 1955.

[9] ROSSENN, Keith. «The Reform of Legal Education in Brazil». *Journal of Legal Education*, vol. 21, p. 273, 1969. STEINER, Henry. «Legal Education and Socio-economic Change: Brazilian Perspectives». *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, 1971.

[10] WILSON, Richard. «The New Legal Education in North and South America». *Stanford Journal of International Law*, vol. 25, p. 393, 1989.

[11] RIESCO, José Antonio. «Conclusiones de la V conferencia de facultades y escuelas de Derecho de América Latina. Informe del Relator General». En WITKER, J. (comp.). *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

de las vertiente históricas, sociológicas, filosóficas, políticas, etc., que explicitan y fundamentan la norma y la conducta normada».[12] A comienzos de la década de los setenta, García La Guardia[13] veía un consenso en las reformas que se consideraban necesarias.

En resumen, había un ambiente de renovación de la educación jurídica desde la década de los cincuenta en adelante, dentro del cual se inserta el Movimiento de Derecho y Desarrollo.

2. El Movimiento de Derecho y Desarrollo

Los preocupados por las dificultades de la educación jurídica encontraron unos aliados inesperados y poderosos en los profesores de Derecho de los Estados Unidos que desembarcaron como parte de la política de promoción del desarrollo de ese país. Se trataba de una política global que abarcaba a los países de África, Asia y América Latina, y mucho campos. En el ámbito académico, los primeros esfuerzos se realizaron en la Economía y la Sociología. El Derecho llegó con cierto retardo porque las escuelas de Derecho en los Estados Unidos, como en el resto del mundo, no tenían un enfoque internacional y no prestaban atención a lo que pasaba en el resto del mundo, mucho menos en los países subdesarrollados. Tampoco prestaban atención a los temas del desarrollo.[14] En definitiva, en la segunda parte de la década de los sesenta, comenzaron diversos programas en Costa Rica (1965), Brasil (1966), Chile (1967), Perú (1967) y Colombia (1969).

Los programas consistían, fundamentalmente, en donaciones que provenían del Gobierno de los Estados Unidos (AID) y de la Fundación Ford, y estaban inicialmente destinados a transformar la educación jurídica. El objetivo era formar las nuevas generaciones de abogados de una manera más pragmática y más sensible a los problemas

---

[12] Riesco, José Antonio. «Conclusiones de la V conferencia de facultades y escuelas de derecho de América Latina. Informe del Relator General». En Witker, J. (comp.). *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 313, 1976.

[13] García Laguardia, Jorge Mario. «La universidad latinoamericana y la formación de los juristas». En Witker. J. (comp.). *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 313, 1976.

[14] Trubek, David y M. Galanter. «Scholars in Self-Estrangement: Some Reflexions on the Crisis in Law and Development Studies in the United States». *Wisconsin Law Review*, p. 1065, 1974.

del desarrollo. Esto se traducía en apoyo económico a las escuelas de Derecho que desearan modernizarse adoptando el método de casos de los Estados Unidos y un enfoque menos dogmático del Derecho. Los profesores americanos colaboraban en todo lo que podían, demostrando sus habilidades docentes, promoviendo investigación interdisciplinaria y ofreciendo becas para que jóvenes profesores visitaran las mejores escuelas de Derecho en los Estados Unidos. Para los interesados en innovar, estos programas se percibieron como la gran oportunidad para hacerlo, pero, simultáneamente, surgió una poderosa resistencia. Fueron acusados de ser imperialistas que venían a destruir las bien establecidas tradiciones de las culturas jurídicas nacionales. En 1973, los mismos profesores-infantes-de-marina estaban persuadidos de su fracaso y se confesaron imperialistas. Las donaciones cesaron y los profesores regresaron a sus universidades de origen.[15]

El acto de contrición debe ser analizado. Trubek y Galanter[16] explican su fracaso por lo inadecuado del modelo de legalismo liberal que constituía su equipaje intelectual y por el etnocentrismo con el cual llegaron. El fracaso los llevó al *self-estrangement* —que puede traducirse por autoalienación— y a cuestionar el modelo. Tal modelo suponía el pluralismo social y político. En cambio, encontraron sociedades muy estratificadas y autoritarismo en los sistemas políticos. Suponía también que el control social corresponde principalmente al Estado mientras que en los países del Tercer Mundo los clanes, tribus y comunidades locales son más fuertes que el Estado nacional. Otro supuesto era que las reglas del Derecho reflejan los intereses de la mayoría de los ciudadanos y están interiorizadas por estos, mientras que, en la práctica, las reglas eran elaboradas e impuestas por unos pocos y frecuentemente violadas. Por último, el modelo suponía que los tribunales eran actores centrales de control social, dotados de autonomía relativa frente a los intereses de clase, pero encontraron que, en la práctica, los tribunales no eran independientes ni importantes. Confiesan que su legalismo liberal era ingenuo, pero no insincero,[17] y que el encuentro con las culturas jurídicas del Tercer Mundo les hizo percibir que el

---

[15] *Ibid.* GARDNER, James. *Legal imperialism. American lawyers and foreign aid in Latin America*. Madinson: University of Wisconsin Press, 1980.

[16] TRUBEK, David y M. GALANTER. *Op. cit.*, p. 1080.

[17] *Ibid.*, p. 1088.

modelo tampoco era adecuado para la comprensión del funcionamiento del sistema jurídico en los Estados Unidos.

Leídas treinta años después, estas confesiones no dejan de sorprender, aun más porque ambos autores han desarrollado estudios muy críticos del sistema jurídico de los Estados Unidos y han mantenido un sincero interés en la cultura jurídica de los países que visitaron en su juventud —Trubek trabajó en Brasil y Galanter en la India. Como grupo, no es cierto que desconocieran las sociedades donde trabajaron. Steiner[18] y Rosenn[19] publicaron trabajos importantes sobre la cultura jurídica de Brasil. Galanter (1989) recogió sus trabajos sobre la India —algunos publicados antes de 1970— en un volumen importante. Merryman tiene publicaciones importantes sobre la tradición latina en el Derecho desde 1965, incluso un análisis de la educación jurídica en los países de Europa y América Latina, comparada con la de los Estados Unidos. Merryman dirigió un vasto proyecto de investigación en el cual participaron los investigadores locales, tanto de América Latina como de Europa Latina, con los resultados cuantitativos generales publicados al final de la década.[20]

Tampoco es fácil aceptar que el modelo de legalismo liberal fuera universalmente aceptado en los Estados Unidos: al menos un mentor de esa generación de profesores, James W. Hurst,[21] y compañeros de esa generación, como Friedman, tenían una visión mucho más matizada y crítica. Merryman[22] ofrece una imagen de personas empeñadas en hacer cosas, bastante distinta a lo que Trubek y Galanter presentan. En consecuencia, este artículo parece más interesado en expresar lo que fueron después las tesis del movimiento de los *critical legal studies* que dar cuenta del Movimiento de Derecho y Desarrollo.

De cualquier manera, uno puede aceptar que, pocos años después de haber iniciado la aventura latinoamericana, varios de los partici-

---

[18] STEINER, Henry. *Op. cit.*

[19] ROSSEN, Keith. *Op. cit.*

[20] MERRYMAN, John, D. CLARK Y L. FRIEDMAN. *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: A handbook of legal and social indicators*. Stanford: Stanford Law School, 1979.

[21] HURST, James W. *The growth of American law / The law makers*. Boston: Little, Brown & Co., 1950.

—*Law and the conditions of freedom in the nineteenth-century United States*. Madison: University of Wisconsin Press, 1956.

[22] MERRYMAN, John. «Law and development memoirs I: The Chile law program». *The American Journal of Comparative Law*, n.° 48, 2000, p. 481.

—«Law and development memoirs II: Slade». 48 *The American Journal of Comparative Law*, n.° 48, 2000, p. 713.

pantes de los Estados Unidos, incluidos quienes tomaban decisiones en la Fundación Ford y en la AID, hayan estado recelosos por la resistencia al cambio que encontraron en los países de América Latina y estuvieran deseosos de zafarse de su aventura. Más bien asombra que no hubieran previsto la resistencia.

En este artículo, lo importante es destacar que había un número pequeño pero importante de profesores latinoamericanos que buscaban impulsar cambios en la educación y la investigación del Derecho desde dentro de América Latina y desde antes de que hubieran llegado los colegas de los Estados Unidos. En ese grupo, Jorge Avendaño ocupaba un lugar destacado.

El grupo latinoamericano estaba formado por algunas personas en ejercicio de cargos de autoridad en las universidades, como Carlos José Gutiérrez (Costa Rica), Jorge Avendaño (Perú), Eugenio Velazco (Chile), Carlos Gaviria (Colombia), Enrique Pérez Olivares (Venezuela),[23] y por un grupo más bien numeroso de jóvenes que iniciaban su carrera académica. Los latinoamericanos que nos incorporamos al movimiento estábamos en contra del legalismo imperante en nuestras escuelas de Derecho y no creo que hubiéramos suscrito el modelo caricaturesco de legalismo liberal que presenta el artículo de Trubek y Galanter. Creíamos que el Estado debía tener un papel importante y era claro que este debía expresarse por medio del Derecho. Naturalmente, en ese sentido éramos legalistas. Teníamos conciencia de que la relación entre Derecho y cambio social era muy compleja y confiábamos en que las Ciencias Sociales podían ayudar a comprender esa complejidad. Pensábamos también que los colegas de Estados Unidos estaban más familiarizados con las Ciencias Sociales y que serían de ayuda.

El grupo no era homogéneo: la división principal estaba entre los revolucionarios —generalmente marxistas o socialistas— y los reformistas —generalmente socialdemócratas o demócratas cristianos—. Los primeros confiaban en que la revolución socialista podría romper el nudo gordiano que impedía el cambio social rápido, mientras los segundos pensábamos que gobiernos reformistas podrían hacerlo, y que

[23] Elaboro el listado de memoria y estoy seguro de cometer graves omisiones. A los efectos del argumento, lo importante es destacar que había un liderazgo de algunas personas en cada grupo. El liderazgo de Avendaño en Perú me parece indiscutible, como lo era el de Carlos José Gutiérrez en Costa Rica. Ellos fueron los líderes del grupo latinoamericano que se formó. Esto es un testimonio personal pues fui parte de ese grupo.

una legislación y unos juristas mejor equipados podrían hacer una diferencia. Que algunos colegas de uno u otro grupo colaboraran con regímenes autoritarios de distinta orientación tenía mucho que ver con cuestiones de oportunidad y con insensibilidad hacia el respeto por los derechos humanos. Otros colegas eran perseguidos por esos mismos regímenes.

El numeroso grupo que se oponía no era muy diferente políticamente, pero se caracterizaba por estar constituido por abogados practicantes que dedicaban pocas horas a la Escuela de Derecho. La presión por cambiar los métodos de la educación jurídica y favorecer la investigación interdisciplinaria era probablemente percibida como una amenaza a tradiciones bien establecidas y, sobre todo, a su propia permanencia y estatus dentro de las universidades.

Estas luchas internas o *palace wars* —para usar la expresión de Dezalay y Garth[24]— fueron muy afectadas por el desembarco de los profesores de los Estados Unidos y la disponibilidad de la Fundación Ford y la AID para financiar diversos proyectos.[25] Esta presencia dio un poder muy considerable al grupo innovador, pero la resistencia no fue menos vigorosa. Su retirada significó una especie de «sálvese quien pueda». Algunas escuelas y profesores mantuvieron su interés por innovar en la enseñanza y hacer investigación interdisciplinaria. Otros no vieron ningún incentivo para continuar innovando y se asimilaron fácilmente al estado tradicional de las escuelas de Derecho.

Lynch[26] ofrece una explicación muy convincente de las razones del fracaso en Colombia, que pueden extenderse a toda América La-

---

[24] Dezalay, Yves y B. Garth. *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

[25] El argumento de Dezalay y Garth es que el desembarco internacionalizó las luchas. Aun cuando los ejes eran internacionales, como lo muestran las conferencias latinoamericanas y obras como la siguiente: Eisenman, Charles. *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur / Droit*. Paris: UNESCO, 1954. Esta obra presenta la discusión sobre educación jurídica en la década de los cincuenta. El análisis de Dezalay y Garth es persuasivo y se corresponde más con la experiencia de quienes fuimos actores en ese momento.

[26] Lynch, Dennis O. *Legal roles in Colombia*. Uppsala-Nueva York: Scandinavian Institute for African Studies- International Center for Law in Development, 1981.

Dennis Lynch estaba a cargo del programa en Derecho de la Fundación Ford en Colombia y tuvo un conocimiento de primera mano de la situación. Hizo también un estudio empírico para documentar y explicar la resistencia al cambio. En este trabajo, se sostiene que su explicación para Colombia es también válida para el resto de América Latina

tina. En el momento en que los intentos de cambio se produjeron, la presión demográfica sobre las escuelas era muy fuerte y los graduados encontraban fácilmente trabajo como abogados o como funcionarios del Estado. La década de los setenta es de gran expansión del Estado intervencionista y, por supuesto, los graduados en Derecho ofrecieron las huestes para tal Estado. Es cierto que los abogados se encontraban mal equipados para trabajar en la planificación y otras tareas importantes del Estado interventor. Esto naturalmente preocupaba a los más prominentes. Esta es una preocupación comprensible en la elite, pero no tenía por qué ser compartida por la mayoría: para esta había empleo más que suficiente. En esta perspectiva, las escuelas de Derecho tenían que preocuparse más bien por cómo manejar la avalancha de estudiantes, no por cambiar la metodología educativa o el enfoque de la enseñanza. En otras palabras, no había motivos para cambiar cuando se era exitoso.

Con una óptica sociológica, el Movimiento de Derecho y Desarrollo puede ser entendido como el esfuerzo de una elite de juristas preocupados por la reordenación sociopolítica que se estaba viviendo para que los economistas no los desecharan como poseedores de un saber inútil y hasta perjudicial. Es decir, una manera de decir «aquí estamos y nuestro saber es importante». Esta explicación psicosocial[27] puede ser cierta. Sin embargo, para un actor involucrado en esas batallas, lo central era la insatisfacción respecto de lo que se hacía en la Escuela de Derecho. El análisis jurídico legalista parecía muy poco interesante y la clase magistral, una forma aburrida e ineficaz de enseñar.

Esas críticas a la enseñanza y a la investigación en las escuelas de Derecho no han perdido vigencia, pero el punto es saber si los críticos pueden ser hoy más exitosos y encontrar menos resistencia que la encontrada treinta años atrás. ¿Qué ha cambiado en la década de los noventa y en este agitado comienzo del nuevo siglo?

3. Estado de Derecho y desafíos presentes de la educación jurídica

El primer gran cambio es la muerte de la idea del desarrollo nacional.[28] Ya son pocos y trasnochados los que creen que el Estado debe

---

[27] GARTH, Brian. «Law and society as law and development». *Law and Society Review*, n.° 37, p. 305, 2003.

[28] WALLERSTEIN, Inmanuel. «The concept of national development, 1917-1989». *American Behavioral Scientist*. n.° 35, 1982.

liderar el desarrollo interviniendo en la economía, cerrando las fronteras y protegiendo la industria nacional. El comercio internacional y los flujos de capital no deben ser temidos, sino, al contrario, se deben buscar las oportunidades que ofrece para insertarse en el mundo globalizado. La Organización Mundial del Comercio y algunos organismos regionales pueden «ponerles dientes» a estas tesis. Naturalmente, esto es una caricatura de la nueva ortodoxia. Pero es cierto que los economistas han cambiado. Keynes está casi tan decaído como Marx. La nueva ortodoxia plantea que el mercado no es puramente el juego de oferta y demanda, y que no puede ser entendido sin comprender ciertas instituciones básicas. He aquí que el Derecho ha sido reivindicado. Ya los juristas no deben rogar a los economistas para que reconozcan su importancia. Ellos saben que sin un sistema jurídico que funcione decentemente no funcionará el mercado. ¿Qué inversor arriesga su dinero y esfuerzo si el sistema jurídico no garantiza la propiedad y los contratos, y si no es razonablemente predecible?

Este nuevo saber ha tenido consecuencias muy importantes. Los bancos multilaterales (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), fundaciones internacionales y entes de ayuda han decidido que la reforma del Derecho y de la justicia es importante. El Fondo Monetario Internacional (FMI) no está dispuesto a abrir su bolsa para sacar a un país de apuros si este no se compromete con ciertas reformas legales. Lo notable de esta nueva ola de inversiones en el Derecho y la justicia es que son financiadas por los propios Estados, pero no dirigidos por sus elites nacionales. En gran parte, se trata de préstamos que los bancos multilaterales hacen a los países, pero las actividades en cada país se parecen mucho. Por ello se habla de un *standard package* que, en definitiva, cada país tiene relativamente poca libertad de rechazar. Los académicos nacionales tienen un papel limitado: son contratados como consultores, sobre todo para justificar la necesidad de la inversión e introducir algunas variantes en los márgenes. Uno también puede suponer que prestan una cierta legitimidad a la empresa.

La llamada Reforma Legal es, fundamentalmente, una reforma de la legislación. Gracias a los nuevos poderes y nuevos saberes, se ha modernizado toda la legislación relacionada con el funcionamiento de la economía. También se ha avanzado en materia de reformas judiciales que incluyen cambios en los procedimientos, estructuras organizativas y patrones de funcionamiento. Asimismo, mientras la educación de los jueces y funcionarios del Ministerio Público está in-

cluida en el paquete, la educación jurídica ha estado conspicuamente ausente. Sin embargo, lo relevante es que las innovaciones que se deseaban en la década de los setenta se han retomado ahora con mucho menos resistencia, por ahora.

En este trabajo afirmamos que el cambio social puede explicar el nuevo apetito innovador en las políticas educativas. En las décadas de los ochenta y los noventa, se generalizaron en América Latina las universidades privadas. Las escuelas de Derecho se han multiplicado, en parte, por ser las más baratas al no requerir laboratorios ni equipos especiales y por encontrarse un numeroso grupo de profesionales dispuestos a duplicarse en profesores con salarios muy modestos. Muchas de las escuelas privadas son grandes fábricas de ilusiones, para usar la expresión de Junqueira.[29] Ofrecen fundamentalmente un título, pero la proliferación de estos no garantiza que realmente tenga un valor de mercado muy elevado. Venden sueños de prosperidad y respetabilidad a jóvenes despistados. Otras escuelas, en cambio, han apostado por una educación jurídica seria. Allí se están formando los abogados de negocios y, en general, aquellos abogados que encontrarán las formas de ejercicio profesional o de empleo más deseables. Hay una estratificación de la profesión jurídica y la escuela de Derecho que se haya frecuentado es generalmente decisiva para saber en qué estrato se colocará el nuevo graduado.

La situación ha generado competencia entre las escuelas. En algunos países, la competencia ha sido regulada. Han surgido organismos oficiales y privados que evalúan las escuelas y, en definitiva, tienden a elevar la calidad general de la educación jurídica. Otros países no cuentan todavía con tales mecanismos, pero existe una clasificación informal. En esta nueva situación, las escuelas de Derecho, especialmente las privadas que desean competir por los alumnos mejor calificados y que pueden pagar las matrículas más altas, están obligadas a diferenciarse. Edificaciones y bibliotecas apropiadas son signos visibles, pero, naturalmente, currículos atractivos y profesores con prestigio son tal vez más importantes. La innovación, expulsada por la puerta en la década de los setenta, ha regresado por un ventanal grande y obtiene impulso en el bien conocido mecanismo de la competencia.

No sería exacto decir que es el mismo programa de 1970. El tema de la importancia del razonamiento jurídico instrumental se ha debi-

---

[29] JUNQUEIRA, Eliane. *Facultades de direito o fábrica de ilusões?*. Río de Janeiro: IDES & Letra Capital Editora, 1999.

litado. En cambio, la dimensión interdisciplinaria del Derecho se ha fortalecido. Una persona muy imbuida de reglas jurídicas pero que no entienda los negocios que debe asesorar ni el funcionamiento práctico del sistema jurídico sigue un modelo de profesional que se descarta. Lo más novedoso es incluir la formación para la acción. En consecuencia, la simulación es el método educativo que llama la atención. Los cursos de negociación, de argumentación y de escritura están en la punta de la innovación. Un proyecto de investigación que se proponga dilucidar la naturaleza jurídica del cheque o de la tarjeta de crédito no tendrá ningún crédito, mientras uno que plantee el análisis del Derecho para una determinada política pública es algo verdaderamente actual. Temas como los derechos humanos y el acceso a la justicia están también en la cresta de la ola.

El Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo no parecen haber tomado nota, pero está claro que una reforma del Derecho y de la justicia que no se apoye sobre una elite numerosa de abogados bien formados y un grupo más numeroso de abogados promedio que tengan una mentalidad suficientemente moderna para asumir los desafíos de nuestro tiempo, hará que cualquier reforma tenga pies de barro. Reformas que no se monten sobre estudios evaluativos serios estarán igualmente condenadas a sufrir grandes vicisitudes cuando no fracasos rotundos. Esos estudios serán igualmente indispensables para hacer el seguimiento de las reformas.

Esta es una manera de decir que Jorge Avendaño y los esfuerzos de cambio de la educación jurídica en la década de los setenta han sido reivindicados.

La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

El presente trabajo tiene un triple propósito. En primer lugar, busca mostrar el entorno en el que se dio la reforma de la enseñanza en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que fue concebida e impulsada por Jorge Avendaño Valdez a partir de su elección como Decano en 1964. En segundo lugar, pretende presentar algunas de las ideas básicas referidas a la concepción de Derecho que estuvo en la base del proyecto, para demostrar que no se trató únicamente de una modificación metodológica, sino de una empresa mucho más profunda. Y, en tercer lugar, busca rememorar algunos de los temas teóricos que se trabajaron en el curso de Sociología del Derecho, y que dieron lugar a críticas injustificadas que miradas hoy, treinta años después, no hacen sino confirmar lo que ya se percibió entonces: su carácter interesado, manipulatorio y hasta ridículo.

1. El entorno

Los años sesenta del siglo XX abundaron en ideas y acontecimientos novedosos: fueron los años del discurso sobre el desarrollo. Fernando Belaúnde Terry fue elegido presidente del Perú en 1963 y, muy poco después, lanzó su programa de cooperación popular, que incluyó un importante elemento —la cooperación popular universitaria— que

llevó a los universitarios del país en grandes números a conocer las comunidades campesinas y a trabajar en uno de los temas emblemáticos de esos años: el desarrollo comunal. La Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú realizó un campamento de trabajo en el verano de 1964, en forma paralela al primer programa de cooperación popular universitaria del Gobierno. Pero en el verano de 1963, antes de la elección de Belaúnde, la misma Federación de Estudiantes de la Católica envió a un estudiante a Chile —quien escribe este artículo— a familiarizarse con esfuerzos similares emprendidos por la Federación de Estudiantes de Chile en predios en los que la Iglesia Católica lanzaba tímidos ensayos de reforma agraria. Este contacto de los estudiantes con la realidad fue sumamente importante para el desarrollo de la idea según la cual lo que se enseñaba en las aulas universitarias debía confrontarse con lo que ocurre en la vida.

La realidad social como objeto de estudio fue cobrando un auge cada vez mayor. En 1959, la Universidad había creado el Centro de Estudios Sociales, el cual se convirtió en Facultad en 1964. En 1965, se creó el Centro de Investigaciones Sociales, Económicas, Políticas y Antropológicas (CISEPA) para dar impulso a la investigación social. Con el apoyo de organismos internacionales, se logró establecer convenios de cooperación con universidades europeas, especialmente belgas y holandesas, y, en 1967, la Facultad de Ciencias Sociales contaba con un contingente de profesores europeos de tiempo completo. En 1964, se fundó el Instituto de Estudios Peruanos (IEP), que tendría gran importancia en la década de los setenta. También por esos años visitó la Universidad Católica Francois Bourricaud, quien fuera uno de los científicos sociales de mayor relevancia en esa época.[1]

El panorama externo, tanto en el terreno de los acontecimientos como en el del trabajo intelectual, también era favorable para la realización de estudios contextuales. El triunfo de la Revolución Cubana se produce en 1959 y, en su primera época, se convirtió no solo en un foco de atracción sino hasta en un hechizo para los intelectuales de todo el mundo. En la Unión Soviética, empezaba la era de Kruschev, pues solo después del XXII Congreso del Partido Comunista de la URSS, celebrado en 1961, se hizo público el famoso discurso secreto

[1] Bourricaud, Francois. *Poder y Sociedad en el Perú Contemporáneo.* Buenos Aires: Editorial Sur , 1967. Este libro fue muy difundido y comentado.

que Kruschev pronunció en el XX Congreso de febrero de 1956 y en el cual denunció el culto de la personalidad y las atrocidades cometidas durante la era de Stalin.[2] La famosa decisión desegregacionista tomada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Brown versus Board of Education of Topeka es del 17 de mayo de 1954.[3] Hacia la mitad de la década de los sesenta, habían transcurrido diez años, tiempo suficiente para producir algún género y nivel de cambios sociales, y un buen número de ensayos teóricos de interpretación y crítica. En otra parte del mundo, ocurría también un fenómeno muy interesante: la introducción del Código Civil en Etiopía, elaborado por el célebre experto francés en Derecho Comparado René David .

El mundo universitario de los Estados Unidos se constituyó en un foco activísimo de reflexión sobre la relación entre Derecho y sociedad. Este tema llegó a ser una especie de divisa: la relación entre Derecho y sociedad, Derecho y cambio social y, posteriormente, Derecho y desarrollo se convirtió en una preocupación obsesiva de los intelectuales del Derecho. Probablemente la universidad mejor equipada en materia de recursos humanos en este sentido fue la Universidad de Wisconsin, donde estaban entonces Lawrence Friedman,

---

[2] LENIN, STALIN Y KRUSCHEV. *Voces del bolchevismo*. México: Editorial Diana, pp. 190-191, 1964.

[3] Una traducción hecha por el autor de este artículo se puede encontrar en ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Sociología del Derecho. Materiales de enseñanza*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 180-185, 1969.

[4] FRIEDMAN, Lawrence y Stewart MACAULAY. *Law and the Behavioral Sciences*. Bobbs Merril Company Inc., 1969.

Esta obra tuvo gran difusión y marcada influencia. Los títulos de los seis capítulos son los siguientes: 1. Definiciones y perspectivas; 2. El aspecto descriptivo de Derecho-en-Sociedad; 3. Intercambio entre el sistema legal y otros sistemas sociales: el impacto del Derecho en la sociedad; 4. Intercambio entre el sistema legal y otros sistemas sociales: el impacto de la sociedad en el Derecho; 5. El sistema legal como sistema social: consideraciones intrasistema; 6. Derecho, cultura e historia. La ponencia presentada por Lawrence Friedman y Jack Ladinsky el 8 de septiembre de 1967 en la Asociación Norteamericana de Ciencia Política, titulada «El Derecho como instrumento de cambio social incremental» fue traducida por la Pontificia Universidad Católica del Perú y publicada en la revista de su Facultad de Derecho (*Derecho*, n.° 27, Lima, 1969). Este interesante trabajo nunca fue publicado en los Estados Unidos, por lo que los interesados en el tema o en la obra de Lawrence Friedman deben recurrir a esta versión. Para comprobar esta afirmación, véase la bibliografía que figura en el libro de FRIEDMAN, Lawrence. *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975.

Stewart Macaulay,[4] Zigurds L.Zile,[5] Robert M. Seidman, William Chambliss,[6] Marc Galanter y, posteriormente, David M. Trubek.

Este trabajo académico también recibió el impulso de los programas de ayuda al Tercer Mundo que lanzó oficialmente en esa época el Gobierno de los Estados Unidos: la Alianza para el Progreso (1961), los Cuerpos de Paz (1961), la ayuda específica a la reforma de la educación legal. La década de los sesenta fue bautizada oficialmente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la Década del Desarrollo (resolución n.° 1710 del 16° periodo de sesiones, 1961), pero los empeños de las agencias norteamericanas por contribuir con el desarrollo de las naciones llamadas entonces subdesarrolladas no eran necesariamente altruistas, sino que formaban parte también de una estrategia calculada en la lucha por ceder cada vez menos espacios ante la arremetida de la Unión Soviética. No debe olvidarse que la década empieza con la Revolución Cubana y que la Unión Soviética dio señales de un endurecimiento notable cuando aplastó los asomos de disensión que surgieron en Hungría en 1956. La siguiente cita de un magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos es sumamente ilustrativa.

Estas nuevas naciones en desarrollo necesitan nuestra ayuda —no solo nuestro dinero, máquinas y alimentos, sino también el gran capital del conocimiento acumulado por nuestros profesores—. Los refrigeradores y las radios pueden ser fácilmente exportados, pero no el sistema democrático. La idea de libertad viaja fácil y llega lejos, y es contagiosa. Su adaptación a sociedades particulares requiere, sin embargo, gente entrenada, disciplinada, dedicada. Necesita de abogados.[7]

---

[5] Zigurds L. Zile ha fallecido hace algunas semanas, a inicios del 2003, y aprovecho esta oportunidad para expresar el aprecio y admiración que suscita en quienes participamos en la etapa de la reforma que se llevó a cabo en la Universidad de Wisconsin. Zile era un experto en derecho soviético. Su libro *Ideas and Forces in Soviet Legal History: Statutes, Decisions and other Materials on the Development and Processes of Soviet Law*. Madison: College Printing & Typing Company Inc., 1967.— era y sigue siendo de obligada consulta para los estudiosos interesados en los avatares del Derecho durante la experiencia soviética—. También era especialista en educación legal y fue un precursor del Derecho Ambiental.

[6] El libro de William Chambliss y Robert Seidman, *Law, Order and Power*, también ejerció gran influencia en el Movimiento de Derecho y Sociedad. Una selección de textos traducidos al español puede consultarse en la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *Derecho*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 30, pp. 39-60, 1972.

[7] Trubek, David y Marc Galanter. «Scholars in Self-estrangement: some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States». *Wisconsin Law Review*, n.° 4, pp. 1067-1068, 1974.

Este impulso fue de varios tipos. Lo más explícito fue la asignación de fondos gubernamentales para el establecimiento de programas relacionados con el sistema legal. Por ejemplo, en 1966, se creó el International Legal Center, el mismo que, entre sus muchas actividades, convocó a distinguidos juristas para integrar dos grupos de estudio, específicamente sobre los temas de educación legal e investigación sobre Derecho y desarrollo, que concluyeron sus deliberaciones con publicaciones que alcanzaron mucha difusión, tanto en los Estados Unidos como en América Latina.[8] También hubo apoyo a facultades de Derecho en particular: la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale recibió en 1969 un millón de dólares de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (AID) para financiar su programa denominado Derecho y Modernización. Stanford, por su parte, recibió una donación de 750 mil dólares en 1971 para un estudio sobre Derecho y desarrollo en América Latina.[9]

2. La reforma

Lo que con fines de abreviación se llamará la Reforma surgió en buena parte como una intuición, bombardeada, si cabe la expresión, por la cantidad de vectores externos que se examinaron en el acápite precedente. Se insertó, de algún modo, en el movimiento norteamericano de ayuda a la educación legal;[10] se nutrió del genio de Avendaño y de

[8] El Comité sobre Educación Legal, integrado por juristas de los Estados Unidos y de diversos países del mundo, no solo de América Latina, fue presidido por Jorge Avendaño. El Comité sobre la Investigación en Derecho y Desarrollo estuvo presidido por David Trubek y lo integraron David E. Allan (Monash University, Australia), Upendra Baxi (University of Delhi), Jerome Alan Cohen (Harvard University), Gyula Eorsi (Academia de Ciencias de Hungría), Marc Galanter (State University of New York, Búfalo), Yash P. Ghai (University of Uppsala), Stewart Macaulay (University of Wisconsin), J.P.W.B. McAuslan (University of Warwick), John Henry Merryman (Stanford University), Laura Nader (University of California, Berkeley), Clark. W. Reynolds (Stanford University), Jeswald Salacuse (Ford Foundation, Beirut), G.F.A. Sawyerr (University of Ghana), Henry J. Steiner (Harvard Universitry), Neelan Tiruchelvam (University of Colombo, Sri Lanka) y Lorenzo Zolezzi (Pontificia Universidad Católica del Perú). Existe una versión en español del informe final: *Informe sobre la Investigación en Derecho y Desarrollo*. Caracas: International Legal Center-Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1975.

[9] TRUBEK y GALANTER. *Op. cit.*, p. 1067.

[10] «Los programas encaminados al logro de una reforma de la educación legal

los profesores que lo acompañaron en la etapa auroral; pero, como todo proyecto complejo, se fue retroalimentando de sus propios éxitos y fracasos, y de lo que aportaron nuevos actores que se incorporaron al proyecto para complementarlo en el nivel de la conceptualización. El movimiento norteamericano de ayuda a la educación legal contenía una agenda básica: (i) el empleo de una nueva técnica de enseñanza, de una forma determinada de conducir la clase por parte del profesor, ampliamente conocida como la discusión socrática de casos, textos y material legislativo; (ii) la capacitación de profesores que pudieran elaborar y utilizar materiales de enseñanza adaptados a la nueva técnica de enseñanza; y (iii) el estudio de las Ciencias Sociales.[11]

En el discurso que pronunció Jorge Avendaño Valdez al asumir el Decanato de la Facultad de Derecho, no se observa todavía ningún planteamiento específico de lo que sería la Reforma, pero sí un compromiso con la idea del cambio: «[...] atendiendo a las recomendaciones de las convenciones de facultades de Derecho de Latinoamérica y a los ineludibles objetivos de nuestra universidad, se procederá a elaborar la crítica del plan vigente y se propondrán las reformas que resulten necesarias».[12]

Entre los eventos de la etapa germinal, cabe mencionar el viaje que, en 1966, bajo los auspicios de la Fundación Ford, el decano Avendaño realizó a varias escuelas de Derecho de los Estados Unidos en compañía de dos profesores.[13]

---

fueron establecidos por agencias del gobierno de los Estados Unidos y por fundaciones norteamericanas a lo largo de la década del sesenta. Sailer (*Staffing* de instituciones africanas para la educación y la investigación legales) empezó en 1962 con el apoyo de la Fundación Ford y buscó mejorar la educación legal africana exportando graduados en Derecho de los Estados Unidos a universidades africanas con el propósito de enseñar y apoyar la investigación. El programa obtuvo subsecuente apoyo financiero adicional de la Fundación Rockefeller y de los Cuerpos de Paz. CEPED (Centro para el Estudio e Investigación en Educación Legal) empezó en 1966 con fondos de la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID) y la Fundación Ford, y contemplaba la reforma de la educación legal en el Brasil. [...] Se lanzaron proyectos de reforma de la educación legal en otros países de América Latina: en Costa Rica en 1965 por la AID, en Chile en 1967 por la Fundación Ford, y en Colombia en 1969 por la Ford [...]» (*Ibid.*, p. 1066)

[11] *Ibid., loc. cit.*

[12] *Derecho.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 192, 1964.

[13] El viaje se realizó en febrero de 1966. Acompañaron al decano Avendaño los profesores Carlos Fernández Sessarego y Felipe Osterling Parodi. Durante treinta días, visitaron las facultades de Derecho de las universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York.

El informe que elaboraron a su regreso contiene 17 conclusiones,[14] que se orientan, fundamentalmente, a alcanzar una modernización integral de la Facultad, sin apreciarse todavía un pensamiento complejo sobre la naturaleza del Derecho, su interacción con la sociedad, el rol del abogado, el papel de la educación jurídica, etc.

3. Ideas matrices centrales del proceso de maduración de estas nociones en los años siguientes

Debe distinguirse, en la educación legal, entre la transmisión de conocimientos y la capacitación profesional. La primera es la transmisión de un corpus de materias, labor tradicionalmente realizada por la educación universitaria. La segunda consiste en dotar al educando de un conjunto de habilidades necesarias para el trabajo profesional propiamente dicho, que en el pasado se realizaba específicamente en las pasantías bajo la supervisión de un abogado en ejercicio. Estas habilidades se relacionan fundamentalmente con una cierta forma de pensar. Se decía entonces —y se dirá siempre— que existe una mente jurídica, capaz de ver el mundo por medio del tamiz de la norma jurídica. Esta mente debe ser capaz de distinguir entre los hechos que resultan relevantes para el Derecho y los que no son relevantes; de ubicar los hechos relevantes en el área o áreas del Derecho que los regulan; de apreciar las consecuencias de dichos hechos para sus actores, según cada rama del Derecho implicada; de lograr una evaluación total del hecho regulado y ofrecer cursos de acción a todos los relacionados con el mencionado hecho. Pero ¿cómo puede una persona moldear su mente de esta manera? La única forma consiste en sumergirse en los instrumentos en los que se materializa el Derecho,

---

[14] «Informe sobre la visita realizada por una Comisión de Catedráticos de la Facultad a Universidades Norteamericanas». *Derecho*, n.° XXV, pp. 126-167, 1966.

Se presentan, a continuación, algunas de las conclusiones: (i) contratación de profesores a tiempo completo o a medio tiempo, adecuadamente remunerados; (ii) flexibilización del plan de estudios, con cursos obligatorios en los primeros años y electivos en los sucesivos, para poder introducir materias vinculadas con nuevas ramas de la profesión: planificación, administración de empresas, Derecho aplicado al desarrollo económico, etc.; (iii) estimulación de la participación de los alumnos durante la clase. «En esta forma el alumno no se limitará a acumular conocimientos, que con el transcurso del tiempo quizás no podrá retener en su memoria, sino que además de ello aprenderá a discurrir».

como son las normas jurídicas, los escritos de los abogados, las resoluciones de los magistrados, los contratos, los testamentos, etc., y someterlos a un análisis integral: a qué hechos se refieren dichos instrumentos; qué persiguen; cuál es la base legal, ya sea de carácter material o procesal, en que se fundamentan; cuál es el grado de elaboración teórica que contienen; para esta elaboración, qué forma de interpretación de la norma se ha utilizado y con qué herramientas se ha logrado esta interpretación. El dilema que surgía entonces —y que es, desde luego, un problema permanente en la educación legal— es que esto no se puede lograr con la transmisión del corpus, realizada tradicionalmente por medio de la clase magistral del profesor. Llegó, entonces, en ayuda, el ya aludido Método de Discusión Socrática para la conducción de la clase, que, dado su carácter profundamente innovador en el tipo de enseñanza que se estilaba en América Latina, se convirtió en un fin en sí mismo para muchos, y que, por lo mismo, se constituyó en una especie de punto autónomo de la agenda, motivo por el cual se hará referencia a él en el acápite siguiente.

El dictado de la clase debía experimentar un cambio radical: debía adoptarse el Método Socrático, llamado también Método Activo. Este punto fue verdaderamente crucial porque tenía —y tiene, en cualquier universidad que pretenda transitar por este camino— consecuencias que van mucho más allá de lo que su enunciación expresa. En efecto, el modelo de Facultad de Derecho prevaleciente en la década de los años sesenta —y que, en muchos casos, se mantiene exactamente igual hoy en día— era más o menos el siguiente: los profesores de la Facultad se reclutan en el mundo profesional y se atrae a los abogados más capaces en cada una de las materias que constituyen el plan de estudios.[15] Este, por lo demás, no tiene ningún secreto, pues se trata de una lista de cursos que es similar prácticamente en todas partes. Los profesores de cursos teóricos («Introducción al Derecho», «Filosofía del Derecho», «Derecho Romano») se inspiran en algún texto básico que van exponiendo más o menos al pie de la letra durante el dictado del curso o, en el mejor de los casos, en algunos textos

[15] La idoneidad de los profesores no era siempre el único criterio que se seguía, pues, como en toda empresa humana, se combina con factores diversos: amistad, afinidad ideológica, pertenencia al mismo estudio de abogados, etc. También es posible —lamentablemente ocurre en mayor o menor medida en todas las facultades de Derecho donde no existe un sistema de oposiciones públicas para el ingreso a la docencia— que el factor de idoneidad no ocupe el primer lugar en la lista de criterios para reclutar a un profesor.

que se seleccionan según las diversas partes del curso. Se llegó a una verdadera perversión, que consistía en que el profesor no revelaba sus fuentes. Los profesores de cursos con fuerte base en la ley, como las distintas ramas del Derecho Civil, Penal o Comercial, o bien comentaban en clase los artículos del Código (los alumnos los conocían como profesores *codigueros*) o combinaban esto con la exposición de algunos temas teóricos que, nuevamente, pertenecían a un texto o a un reducido número de textos que el profesor seguía con mucha fidelidad. ¿Cuál era el trabajo del alumno? El alumno tenía fundamentalmente tres deberes: (i) asistir a clases; (ii) tomar apuntes de lo que explicaba el profesor; y (iii) estudiar para sus exámenes. El alumno estudiaba fundamentalmente de sus apuntes de clase, lo que, en muchos casos, era suficiente para aprobar el curso.

Se decía, en el punto anterior, que el Método Socrático apareció como una tabla de salvación para lograr la transmisión de habilidades profesionales. Esto se debió a que el alumno debía enfrentarse directamente con las herramientas de trabajo del Derecho, leerlas y analizarlas en clase bajo la fina supervisión del profesor. Después de cinco años de hacer esto, en más de sesenta cursos, si ha trabajado bien y con seriedad, obtendrá, sin lugar a dudas, lo que líneas arriba hemos llamado la mente del abogado. El Método Socrático bien implementado, en todos los cursos, hacía innecesarios todos los medios que se habían diseñado a lo largo de los años para que los alumnos obtengan, como un agregado al corpus de conocimientos que transmitía la Universidad, un cierto margen de habilidades profesionales: prácticas en los cursos, prácticas en los estudios de abogados, prácticas supervisadas por la Corte Superior, prácticas ofrecidas por el Colegio de Abogados. Pero este sistema se convertía en un verdadero problema para los profesores tradicionales, para los profesores del modelo reseñado de Facultad de Derecho, porque les cambiaba la vida. Tenían que elaborar un libro de materiales de enseñanza que contuviera normas legales, escritos de abogados —demandas, contestaciones, alegatos, informes—, resoluciones judiciales, trabajos de doctrina, casos hipotéticos y material no jurídico, entre otros, que el alumno debía leer antes de cada clase; pero, sobre todo, debía desmontar su curso en una especie de mapa de ruta, cuyo recorrido debía conducir a los conceptos fundamentales de la materia. Es fácil imaginar la perplejidad y el descontento que esto generó en el profesorado. Por razones de espacio y porque este trabajo no pretende ser una crónica de lo que pasó, no se desarrollará la dinámica que se generó en el interior de la Facultad, ni la crisis o el compro-

miso tácito al que se llegó. Baste decir por ahora que este fue el segundo punto básico de la agenda que, por lo demás, forma parte de un todo inseparable del primero.

La agenda hasta aquí reseñada, con esos dos puntos que, en rigor, son uno solo, requería un insumo fundamental: contar con profesores que estuvieran dispuestos a dedicarse fundamentalmente a la Universidad, a quienes era necesario capacitar y dotar de tiempo para preparar sus materiales de enseñanza. Sin embargo, igualmente importante era conseguir una universidad que pudiera cooperar en el esfuerzo de capacitación y una entidad dispuesta a financiar el proyecto. En 1967, se estableció contacto con la Universidad de Wisconsin, que no formó parte de las universidades visitadas por el decano Avendaño en 1966. Ya se ha señalado que, en la década de los años sesenta, la Universidad de Wisconsin se había convertido en un verdadero *think tank* en materia de estudios sobre el Derecho con una perspectiva social, y destacaba en los Estados Unidos como un centro académico particularmente liberal y dotado de gran prestigio. En lo financiero, la Fundación Ford, que ya estaba comprometida con proyectos sobre reforma de la enseñanza del Derecho en otras partes del mundo, mostró su disposición a apoyar el esfuerzo. De la conjugación de estas instituciones, nació el proyecto de reforma que se inició en la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1968 y duró cuatro años en su primera fase. El decano Avendaño logró interesar a jóvenes egresados de la Facultad de Derecho y pudieron constituirse así cuatro grupos de tres profesores que se trasladaron a la Universidad de Wisconsin los periodos de 1968-69, 1970-71, 1972-73, 1974-75.[16]

Plasmada la idea, reclutado un primer equipo de profesores, conseguida la universidad receptora y obtenidos los fondos, los otros aspectos del proyecto no fueron sino la concepción y constitución de un escenario ideal para que se obtuvieran resultados tangibles: compromiso de la universidad de contratar profesores a tiempo completo;[17]

---

[16] La relación de profesores es la siguiente: 1968-1969: Francisco Oliart (✞), Luis Pásara y Lorenzo Zolezzi; 1969-1970: Domingo García Belaúnde, Baldo Kresalja y Luis Carlos Rodrigo; 1970-1971: Miguel de Althaus, Mario Roggero y Jorge Santistevan; 1971-1972: Javier de Belaúnde, Eduardo Ferrero y Alfredo Ostoja (✞).

[17] La incorporación de profesores a tiempo completo en la Facultad de Derecho fue una novedad absoluta en su historia que, para 1967, cuando se incorporaron los dos primeros —Luis Pásara y Lorenzo Zolezzi—, contaba con más de cincuenta años de existencia.

habilitación de oficinas para que los profesores pudieran tener permanencia física en la universidad; incremento sustantivo de los fondos bibliográficos de la biblioteca y de la hemeroteca; y modernización de su estructura interna.[18]

Una vez echado a andar el proyecto, se fue descubriendo y consolidando su concepción teórica respecto del rol del Derecho en la sociedad y el de la educación jurídica. Ya se ha hecho referencia a las características socioculturales que constituyeron el entorno de las reformas en la enseñanza del Derecho de la década de los años sesenta, previos a la reforma en la Universidad Católica de Lima: la intensificación de la Guerra Fría, el deseo de los Estados Unidos de aumentar su área de influencia en la región, la Revolución Cubana, el sueño del desarrollo, el ascenso de las Ciencias Sociales. En 1968, cuando apenas empezaba la reforma, ocurrieron en el mundo y en el Perú hechos cruciales que alimentaron aun más la necesidad de buscarle sentido al Derecho en la sociedad: las revueltas estudiantiles en Francia y el golpe de Estado que dio en el Perú el general Juan Velasco Alvarado.

Esta concepción, que fue, en rigor, un replanteamiento de la noción misma de Derecho, fue la nota distintiva de la reforma peruana y se encuentra muy bien resumida en la siguiente cita que data de 1971, cuatro años después de lanzado el proyecto.

Básicamente, y dejando a salvo la inmensa variedad de matices representados por las concepciones individuales de cada uno de los profesores que participan en el movimiento de reforma, la nueva noción de Derecho se apoya en la idea de que el Derecho es, ante todo, una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en códigos y leyes más o menos organizados lógicamente, más o menos concordados. El Derecho no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social, vive entretejido en ellos y es, al mismo tiempo, causa y efecto de ellos. Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social. Esto significa cuando menos tres cosas:

---

[18] El proyecto contemplaba la capacitación de una persona en administración de bibliotecas de Derecho y el establecimiento de una oficina de colocaciones, lo que en las universidades norteamericanas se llamaba *placement office* y que, actualmente, se denomina bolsa de trabajo. La modernización de la biblioteca se logró en una gran medida, aunque el sistema de estante abierto tuvo que ser abandonado después de un tiempo. La oficina de colocaciones también se organizó, a cargo del doctor Alberto Felipe La Hoz.

(a) Que es preciso estudiarlo tal como efectivamente vive en la sociedad mediante las decisiones judiciales, la interpretación habitual de sus normas por quienes están sometidos a ellas, el complemento normativo que constituye la contratación y, en algunos casos, los usos y costumbres. Por consiguiente, el Derecho no puede ser analizado de manera abstracta, como un razonamiento matemático, sino reinterpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y sociohistórico determinado.

(b) Que es preciso confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no solo concuerda formalmente en el interior de su propia racionalidad sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve. El Derecho resulta, así entendido, un instrumento social que promueve o frena los cambios, lo que nos lleva a estudiar las causas y los efectos sociales de las leyes. El Derecho no puede enclaustrarse en los textos legales afirmando que las motivaciones, y los resultados económicos y sociales de las normas legales son extrajurídicos.

(c) Que, si el Derecho es una práctica social, no puede ser concebido como rígido e inmutable sino que evoluciona con la sociedad misma. Aun más, el orden legal vigente no es el único orden jurídico posible y los principios que lo inspiran se encuentran confrontados en el seno de la sociedad con otros principios posibles que podrían organizar órdenes jurídicos sustancialmente distintos. Por consiguiente, esto lleva a no limitar el estudio al orden vigente; no basta explicar lógica y sociológicamente el orden actual, estudiar sus causas y sus efectos sociales. Hay, además, que evaluar tales efectos, comparar opciones valorativas diferentes y, en función de estos análisis, discutir los principios fundamentales que sustentan y sistematizan las instituciones jurídicas. Cabe, por tanto, preguntarse si el orden legal vigente es el mejor de los órdenes jurídicos posibles dentro de la situación sociohistórica en la que se realiza. Por consiguiente, no basta explicar el Derecho vigente: es preciso también cuestionarlo.[19]

Se tenía plena conciencia de que la Facultad debía convertirse en un verdadero foco de generación de conocimientos sobre el Derecho. Esto debía hacerse en diversos niveles: (1) en el trabajo en clase, en la

[19] De Trazegnies, Fernando, Jorge Avendaño y Lorenzo Zolezzi. «Nuestra reforma de la enseñanza del Derecho». *Derecho*, n.° 29, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-136, 1971.

crítica realizada por alumnos y profesores, y en el arribo a conclusiones. Obviamente, este tipo de análisis no podía realizarse en los cursos de corte más bien técnico, como el de «Títulos Valores» o «Derecho de las Obligaciones», pero sí en los cursos teóricos usuales («Introducción al Derecho», «Filosofía del Derecho»), en nuevos cursos que habría que incorporar al plan de estudios («Sociología del Derecho») y en cursos que implican en sí mismos una relación estrecha con los fenómenos sociales (como, por ejemplo, la parte introductoria de «Derecho Laboral», «Derecho Constitucional», «Historia del Derecho Peruano»);[20] (2) en el impulso de un trabajo autónomo de investigación, para lo cual se creó el Instituto de Investigaciones Jurídicas;[21] (3) en la producción intelectual habitual de los profesores, que contaban con la revista *Derecho*, órgano oficial de la Facultad, como vehículo natural de difusión de sus ideas;[22] y (4) en el intercambio de ideas y experiencias con profesores de otras facultades de Derecho de América Latina, cuando se habían constituido ya como focos de singular importancia las Conferencias sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo, y como ente promotor el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, cuyo Presidente fuera, precisamente, Jorge Avendaño Valdez.[23]

---

[20] El plan de estudios que entró en vigor en 1970 se elaboró sobre la base de 24 cursos obligatorios y 48 cursos electivos. Entre los cursos obligatorios, figuraba el de «Introducción a la Sociología del Derecho». Entre los electivos, se incluyeron los de «Derecho y Planificación», «Desarrollo Económico y Cambio Social» —que posteriormente se convirtió en «Derecho y Desarrollo», un curso avanzado de Sociología del Derecho—, etc. Es necesario destacar que el 18 de febrero de 1969 se promulgó una nueva ley universitaria (decreto ley 17437) que introdujo una serie de novedades en el sistema universitario, como la creación de los departamentos académicos, el currículo flexible, la semestralización, el sistema de créditos, etc.

[21] Se nombró director del Instituto de Investigaciones Jurídicas al destacado jurista Héctor Cornejo Chávez. Apenas creado, en 1969, el Instituto lanzó dos proyectos de investigación: uno sobre la operancia o inoperancia en la vida real de las instituciones del Derecho Familiar peruano, y otro sobre la situación de la profesión legal.

[22] Véanse especialmente los números 26 a 31, de 1968 a 1973.

[23] La primera «Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo» se realizó en Valparaíso, Chile, en 1971, y fue organizada por el Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de Chile y el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas de Chile. La segunda se llevó a cabo en Lima, en 1973, organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en cuyo marco nació el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Mientras que las dos primeras conferencias tuvieron como tema la enseñanza del Derecho, la tercera, realizada en Caracas en 1975, versó sobre la investigación jurídica; la cuarta, que tuvo sede en Buenos Aires en

4. Derecho y realidad social

El curso de «Introducción a la Sociología del Derecho» se dictó por primera vez en 1967 con un enfoque más bien tradicional, basado en la presentación de las ideas de algunos cultores de la disciplina, como Gurvitch, Holmes, Pound y Carbonnier. Posteriormente a la primera experiencia de capacitación realizada en Wisconsin y ya con un libro completo de materiales de enseñanza, el curso abordó el tema de la mutua relación entre Derecho y realidad social. Para ello, se escogieron dos fenómenos sociales de amplia duración en el tiempo: la segregación racial en los Estados Unidos, y la experiencia de la Revolución Rusa y la consolidación del Estado soviético.

5. Las cortes de justicia y la segregación y desegregación racial en los Estados Unidos

Ha sido común escuchar decir a los estudiosos del sistema legal de los Estados Unidos que, en el tema de la desegregación racial, fueron las Cortes de Justicia antes que las legislaturas las que asumieron el reto de introducir auténticos cambios sociales en la relación entre las razas. Se cita, así, como un hito absolutamente fundamental la sentencia expedida por la Corte Suprema en el caso Brown versus Board of Education of Topeka. ¿Qué tuvo de particular esta sentencia? En primer lugar, revocó el principio de iguales pero separados, que estableció también la Corte Suprema en el caso de Plessy versus Ferguson, a fines del siglo XIX —caso que demuestra, con suma nitidez, las perversiones que pueden lograr los juristas al apegarse a la formalidad normativa—. En segundo lugar, se basó ampliamente en fuentes extralegales, como estudios psicológicos y educativos. Y, en tercer lugar, se produjo en una época que podría calificarse de temprana con relación a la interacción entre las razas blanca y negra —mayo de 1954—, por lo que se presta, años después, al estudio de sus efectos en el comportamiento social.

1977, trató el acceso al sistema jurídico, y sus implicancias económicas y sociales; y la quinta, de 1980, celebrada en San José (Costa Rica), abordó el tema de la administración de justicia. Las tres últimas fueron organizadas por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.

Resulta interesante detenerse brevemente en el argumento de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El caso está referido a la constitucionalidad de una ley del Estado de Louisiana, de 1890, que permitía la existencia en los vagones de ferrocarril de áreas separadas para las razas blanca y negra. El argumento principal del demandante, señor Plessy, era que la mencionada ley violaba la igualdad de derechos consagrada en la enmienda catorce de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte sostuvo que, en efecto, la finalidad de la enmienda fue «indudablemente el poner en ejecución la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero [...] no pudo haber sido intentada para abolir distinciones basadas en el color, o para hacer cumplir una igualdad social como distinta de la igualdad política, o una mezcla de las dos razas sobre términos insatisfactorios para ambas. Las leyes que permiten, y aun requieren, su separación en lugares donde están expuestas a entrar en contacto no implican necesariamente la inferioridad de una raza con respecto de la otra y han sido generalmente, si no universalmente, reconocidas como dentro de la competencia de las legislaturas estatales en el ejercicio de su poder de policía».[24] Aun cuando ya en muchos lugares los tribunales de justicia habían sancionado como válido el establecimiento de escuelas separadas para niños blancos y negros, esta resolución, al provenir de la Corte Suprema, legitimó la práctica en el ámbito escolar y, además, sirvió de fundamento para una estricta separación de las razas allí donde estuvieran en la posibilidad de entrar en contacto, es decir, prácticamente en cualquier sitio, siempre y cuando los bienes o servicios ofrecidos fueran iguales para ambas razas. En otras palabras, lo que la Corte dijo es que la Constitución protege la igualdad, pero no la mezcla, de manera que el estándar pasó a ser separados, pero iguales o al revés. Finalmente, la sentencia contiene una reflexión sumamente interesante sobre la impotencia de los instrumentos legales, una sentencia por ejemplo, para afectar los comportamientos sociales: «Si las dos razas deben encontrarse en términos de igualdad social, ello debe ser el resultado de afinidades naturales, una apreciación mutua de los méritos de cada uno y un consentimiento voluntario de los individuos». Así fue dicho por la Corte de Apelación de Nueva York en el caso del Pueblo frente a Galagher: «Este fin no puede ser cumplido

[24] Zolezzi, Lorenzo. *Sociología del Derecho. Materiales de Enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p. 176.

ni promovido por leyes que entren en conflicto con el sentimiento general de la comunidad [...] Cuando el Gobierno, por eso, ha asegurado a cada uno de sus ciudadanos iguales derechos ante la ley e iguales oportunidades para mejoramiento y progreso, ha cumplido con el fin para el cual fue organizado [...]».[25]

Con la finalidad de presentar un panorama más completo sobre la actuación de la judicatura en el tema de la segregación racial y, más específicamente, en los usos de la formalidad legal para encubrir o enmascarar un determinado tipo de equilibrio social, los materiales retroceden en el tiempo al caso de Dred Scott, de mediados del siglo XIX, cuando la Corte no tuvo necesidad de recurrir a un subterfugio legalista, como en Plessy versus Ferguson, sino que, de un modo absolutamente descarnado, sostuvo que «ni la clase de personas que habían sido importadas como esclavos ni sus descendientes —hubieran llegado o no a ser libres— fueron entonces reconocidos como una parte del pueblo ni se intentó incluirlos en las palabras generales utilizadas en ese memorable instrumento».[26] Los argumentos de Dred Scott, que demandaba su libertad, la de su esposa y sus dos hijas, por haber sido trasladado por su anterior patrono o propietario a dos localidades donde no existía la esclavitud, el estado de Illinois y el territorio de Louisiana, no solo no le otorgaron la libertad sino que eran irrelevantes, toda vez que no puede entenderse que las palabras de la Constitución abarquen los derechos que ella otorga a los esclavos, así deviniesen posteriormente en hombres libres. Por este motivo, Dred Scott no tenía derecho a entablar una acción ante una corte de los Estados Unidos: la corte, en rigor, carecía de jurisdicción y estaba impedida, consecuentemente, de dictar sentencia.

6. La experiencia del Derecho soviético

¿Por qué es interesante estudiar el Derecho soviético? Se ha visto en el acápite precedente cómo los tribunales de justicia interactúan con la sociedad, ratificando las situaciones sociales existentes, cubriéndolas de un manto de legalidad, aun de rango constitucional —como ocurrió en los casos Dredd Scott y Plessy— o se adelantan a los aconteci-

[25] *Ibid.*, p. 178.

[26] Dred Scott vs. John F.A. Sandford. *Op. cit.*, pp. 165-166.

mientos y abren el camino a la posibilidad de un cambio social, generado por la decisión jurídica misma, que se convierte en una herramienta consciente en la búsqueda de dicho cambio. Nótese que no se trata de un cambio cualquiera, no se trata de introducir una nuevas escala en el impuesto a la renta o de disponer que determinadas decisiones empresariales se comuniquen como hechos de importancia al ente regulador; se trata de cambios en cosas íntimas, en los sentimientos y actitudes que las personas pueden tener frente a otras personas a quienes consideran distintas. Los dos primeros casos se elaboran sobre la premisa según la cual la ley no puede promover cambios de esta naturaleza y el tercero opta por el camino inverso (Brown versus Board of Education of Topeka). No obstante, lo hace en 1954 y se empieza a estudiar en el Perú en 1969, apenas 15 años después, con literatura relativamente escasa sobre las condiciones y requisitos para que una medida como la comentada pueda tener posibilidades de éxito.[27]

Pero la experiencia del derecho soviético ofrecía más posibilidades de análisis y mayor complejidad. En primer lugar, había transcurrido más de medio siglo; en segundo lugar, las fuentes eran vastas y abarcaban épocas muy diversas; y, en tercer lugar, los propios actores tenían entre las manos un instrumento, el Derecho, en el que no creían. En estas condiciones, ¿se emplea el Derecho?, ¿por qué puede llegar a ser útil si no se cree en él?, ¿será que el Derecho posee en sí mismo ciertas características que lo hacen, a la vez, indispensable y dispensable? La respuesta a todas estas preguntas podía arrojar muchas luces sobre la naturaleza y características del Derecho, por lo que se intentó el estudio del fenómeno a partir de determinadas decisiones políticas, normas jurídicas y escritos filosóficos.

El periodo estudiado abarca desde 1917 (la toma del poder político) hasta los inicios de la década de los sesenta del siglo XX (época de Kruschev). Una de las características del Derecho que debe tenerse presente a lo largo del presente trabajo es su carácter parsimonioso. En cualquier sociedad, normalmente, el Derecho es algo que viene de antes, algo que todos saben en qué consiste, cómo se elabora, qué espera él de la gente y que espera la gente de él. Quizá en estas cosas tan

---

[27] Véase especialmente ROCHE, John P. y Milton M. GORDON. «*¿Puede legislarse la moralidad?*». *New York Times Magazine*, 22 de mayo de 1955. En ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1970.

simples reside aquel rasgo que se denomina legitimidad y que el Derecho le otorga a los que se valen de él. Se afirma que la gente sabe en qué consiste: se trata, básicamente, de las normas (la Constitución, los códigos, las leyes, los decretos, las ordenanzas municipales, las decisiones de los jueces y tribunales, los testamentos, los contratos). La comunidad también sabe cómo se elabora: procede de las autoridades que siguen caminos preestablecidos para darle su forma final. En la sociedad moderna, estas autoridades tienen su origen en opciones que ha tomado la propia comunidad, es decir, la población ha elegido a las autoridades directamente o, en algunos casos, puede seguirse el rastro a los diversos estadios que se han sucedido para lograr colocar en un determinado cargo a una autoridad. Mediante ese seguimiento, se llega, en última instancia, a decisiones de la propia comunidad (como sería el caso de los jueces que no provienen directamente de elección popular). Los caminos preestablecidos son procedimientos que están también contenidos en normas y que suponen derecho de iniciativa, discusión pública, aprobación formal y publicación, en el caso de legislación, o de oposición de pretensiones, pruebas, y decisión independiente e imparcial, como ocurre con las decisiones judiciales. En cuanto a lo que el Derecho espera de la gente, se trata del acatamiento voluntario de lo que él dispone o, de lo contrario, de la imposición por la fuerza de las conductas que ordena. ¿Y qué espera la gente del Derecho? Poco más o menos lo que acaba de mencionarse: que provenga de autoridad legítima, que para su elaboración se sigan las formas predeterminadas y algunas cosas adicionales: que sus disposiciones sean comprensibles, que no manden cosas imposibles o muy difíciles de cumplir, que no cambien cada día, que los encargados de hacerlo cumplir cumplan también lo que él manda, que no sean cambiados de puesto frecuentemente y, muy especialmente, que los gobernantes —aquellos que, ante los ojos inexpertos, parecen estar por encima del Derecho— lo respeten, así como su ritmo, su cadencia y, por encima de todo, sepan aceptar que las razones del Derecho pueden ir contra las razones de Estado.

Durante los cincuenta años estudiados, pudo observarse algo así como la marcha de dos caudales: el del Derecho y el de los gobernantes. Al principio, durante el comunismo de guerra[28] (1917-1921), el periodo de la Nueva Política Económica o *New Economic Policy* (NEP)

[28] David, René y John Hazard. *El Derecho Soviético*. Buenos Aires: La Ley, 1964.

(1921-1928) y la época de los dos primeros planes quinquenales (1928-1937), prácticamente había un solo canal, el de las decisiones y acciones de los gobernantes. Fue una época en la que la ideología estuvo siempre presente. Las dos citas que se consignan a continuación expresan con toda claridad la idea según la cual el Derecho era algo prescindible, más aun, era algo malo: (1) «El Estado feudal fue un estado por gracia divina, un estado religioso. La burguesía llamó a su estado un Estado legal. La religión y el Derecho eran las ideologías de las clases opresoras, una reemplazando gradualmente a la otra. Y si ahora nosotros tenemos que luchar contra la ideología religiosa, también tenemos que luchar en un mayor grado contra la ideología legal».[29] (A.G. Goikhbarg, 1924) (2) «El comunismo no significa la victoria del Derecho socialista, sino la victoria del socialismo sobre cualquier Derecho, dado que con la abolición de las clases —y sus intereses antagónicos—, el Derecho se morirá junto con ellas».[30] (P.I. Stuchka, Primer Presidente de la Corte Suprema de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 1927).

Por esto mismo y por la necesidad urgente de destruir el viejo orden y construir uno nuevo, el Derecho, con su parsimonia, no podía utilizarse. La abolición de una serie de derechos y la creación de una nueva plétora de figuras jurídicas se hicieron por intermedio de decretos absolutamente sucintos, que más que formas jurídicas parecen simples órdenes: (i) «La propiedad de la tierra es abolida sin ninguna compensación» (decreto del Segundo Congreso de Soviets de toda Rusia del 8 de noviembre de 1917); (ii) «La actividad bancaria es un monopolio estatal» (decreto del Comité Ejecutivo Central de toda Rusia del 27 de diciembre de 1917); (iii) «La herencia, ya sea intestada o testamentaria, es abolida. Después de la muerte de un propietario, la propiedad que le perteneció (tanto inmueble como mueble) se convierte en propiedad estatal de la República Socialista Rusa Soviética Federada» (decreto del Comité Ejecutivo Central de toda Rusia, del 27 de abril de 1918); (iv) «El Consejo de Comisarios del Pueblo [...] declara: que en la situación presente es imperativo que se asegure el interior del país **por medio del terror** (*resaltado añadido*) [...]; que es necesario liberar a la República Soviética de sus enemigos de clase, aislando a estos en campos de concentración; que todas las personas

[29] BERMAN, Harold J. *Justice in the U.S.S.R.* Nueva York: Vintage Books, p. 26, 1963.
[30] *Ibid.*, p. 26

asociadas con organizaciones de guardias blancos (*miembros o simpatizantes de una facción que combatió a los bolcheviques o rojos. Nota del traductor*), conspiraciones e insurrecciones serán eliminadas; y que los nombres de aquellos que sean ejecutados, así como las razones para la aplicación de la medida, serán publicados» (decreto del Consejo de Comisarios del Pueblo de la RSRSF del 15 de septiembre de 1918, sobre *terror rojo*).[31]

Se abordará ahora el tema del *terror rojo*. Una de las citas más espeluznantes que el autor de este artículo encontró en su investigación fue la siguiente, publicada en el diario PRAVDA, órgano oficial del partido comunista de la URSS, el 25 de diciembre de 1918: «No busquen evidencias de culpabilidad para probar que el prisionero se opuso a la autoridad soviética, ya sea por las armas o de palabra. La primera obligación que ustedes tienen es preguntarle a qué clase pertenece, su origen, educación y ocupación. Estas cuestiones deben decidir el destino del prisionero. Este es el significado y la esencia del *terror rojo*». Y es que en la primera etapa de la experiencia soviética, el Derecho no solo era un obstáculo porque, en su esencia, era considerado como incompatible con una sociedad en la que no existía opresión de clases; no solo era un obstáculo por la parsimonia de su origen y modo de actuar, que ya se ha desarrollado, sino que el Derecho contiene valores y estos pueden ser considerados también como un obstáculo. Desde un punto de vista práctico, está fuera de discusión la posibilidad de que una norma jurídica con cualquier contenido sea dictada por una autoridad que está en la posibilidad de darle nacimiento y hacerla cumplir. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, es difícil defender un positivismo a ultranza. Inclusive en Roma, cuya economía se basaba en buena medida en la esclavitud, a la hora de las reflexiones filosóficas y los textos legales, se hacía la salvedad de que la esclavitud era contraria al Derecho Natural, como se dice en este pasaje: «Por lo que atañe al Derecho Civil, los esclavos son considerados como *nulli*, pero no ocurre lo propio con arreglo al Derecho natural, porque, por lo que toca al Derecho Natural, todos los hombres son iguales».[32] Estos valores —sin necesidad de remontarse al

---

[31] Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. *Introducción a la Sociología del Derecho*, pp. 247-252.

[32] «Han surgido guerras y cautividades y esclavitudes, que son contrarias al Derecho natural. Por Derecho natural todos los hombres nacían originalmente libres». (Inst. I, 2, 2). Cit. por. Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, p.38, 1964.

debate acerca de su origen— han ido incrustándose en el Derecho, especialmente en el terreno penal, como, por ejemplo, el principio de la responsabilidad subjetiva, el principio de legalidad, el principio de la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante la tortura, el principio según el cual una persona debe saber de qué se le acusa y tener la posibilidad de defenderse razonablemente, etc. A lo largo de los años, estas ideas han dado lugar al concepto de debido proceso.

Los soviéticos sabían esto y sabían que lo estaban contraviniendo, por lo que el cauce del Derecho y el cauce de la acción gubernamental marchaban en paralelo. Tenían, por cierto, que tender puentes entre ambos y lo hicieron desarrollando normas legales más bien orientadas hacia el contenido ideológico, hacia sus dogmas, como puede apreciarse en la siguiente cita de los principios guías de Derecho Penal, de 1919:

> En interés de la economía de fuerzas y de la armonización y centralización de diversos actos, el proletariado debe desarrollar reglas para reprimir a sus enemigos de clase y para aprender a dominarlos. Primero que nada, esto debe relacionarse con el Derecho Penal, que tiene como misión la lucha contra los quebrantadores de las nuevas condiciones de vida en el período transitorio de la dictadura del proletariado. Solo con el aplastamiento final del derrocado burgués opositor y clases intermedias, y con la realización del orden social comunista, el proletariado aniquilará tanto al Estado como organización de coerción, como al Derecho como función del Estado.[33]

En medio de este esfuerzo intelectual por entender mejor la naturaleza del Derecho, sus límites y posibilidades en situaciones de extrema tensión, ocurrió un hecho que en la actualidad es visto como anecdótico y ridículo, pero que, en su momento, alborotó los medios universitarios y hasta tuvo trascendencia más allá de sus aulas. Un reducido grupo de alumnos convocó a una conferencia de prensa para denunciar que «un grupo de profesores anarquistas se ha apoderado del Programa de Derecho de la Universidad Católica y ha convertido a esta entidad en un centro de concientización comunista».[34] Sostuvieron que el Método Socrático era alterador y que se había «suprimi-

[33] BERMAN, Harold. *Op. cit.*, p. 32

[34] Diario *El Comercio*, 6 de julio de 1973.

do cursos importantes, como el «Derecho Romano»; se han minimizado otros, como el de «Familia»; y se introducen en materias ajenas, como en «Sociología del Derecho», cursos sobre *terror tojo*, abolición de la herencia, nacionalización de las empresas, nacionalización de bancos, etc.».[35]

Llegó a plantearse un verdadero debate sobre estos temas y, finalmente, estas cuestiones se ubicaron en la dimensión que les correspondía. Pero no faltaron los ingenuos y desavisados que durante un tiempo pensaron que en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú había un curso de *terror rojo*.

Volviendo al tema de la experiencia del derecho soviético, debe indicarse que, durante la NEP (a pesar de la promulgación de códigos y leyes de modelo burgués[36]), el discurso académico sobre el Derecho, referido a su falta de lugar en una sociedad socialista, siguió siendo el mismo, como se demuestra a partir de las citas de Goikhbarg y Stuchka, consignadas anteriormente, que pertenecen a esta época. Quizá el pináculo de esta concepción se encuentra en el pensamiento de E.B. Pashukanis, quien en 1930, durante el primer plan quinquenal, sostenía que «Durante los años de la Nueva Política Económica y del período de la rehabilitación, se introdujo y empezó a desarrollarse de nuevo el sistema de códigos y, al mismo tiempo, se renovaron los intentos de comprender todo el Derecho en un sistema. Ahora ya hemos pasado al período de la reconstrucción, la fuerza dinámica suprema es esencial [...] La legalidad revolucionaria es para nosotros un problema noventa y nueve por ciento político».[37]

El año 1936 marca un punto de quiebre respecto del periodo anterior. En efecto, el 5 de diciembre de 1936 se promulga la llamada Constitución Stalin. Desde el punto de vista ideológico, se había aceptado la tesis de la construcción del socialismo en un solo país, se había dejado de lado la vieja teoría de la revolución mundial simultánea, y se consideraba que la Unión Soviética era un Estado socialista, por lo menos en una primera etapa: ya se había eliminado a los enemigos —a los reales y a los imaginarios, que fueron muchos— y, después de los dos primeros planes quinquenales, se había desarrollado una industria pesada aunque bastante ineficiente. Stalin pensó que ya era hora de legitimar el estado de cosas y concibió —con la ayuda de Vyshinsky,

---

[35] *Ibid.*

[36] David, René y John Hazard. *Op. cit.*, tomo I, p. 153.

[37] Zolezzi, Lorenzo. *Op. cit.*, pp. 261-262.

el nuevo teórico que reemplazó a Pashukanis— el Derecho como la institución que recoge los cambios, los encausa, los hace aceptables y estabiliza la situación. La novedad fue la introducción de una categoría teórica nueva: la legalidad socialista.

La Constitución permite ciertas modalidades de propiedad privada: «artículo 9: Al lado del sistema económico socialista, forma dominante de economía en la URSS, la ley admite la pequeña economía privada de los campesinos y artesanos individuales, basada en el trabajo personal y que excluye la explotación del trabajo ajeno»;[38] «artículo 10: La ley protege el derecho de propiedad personal de los ciudadanos sobre los ingresos y economías provenientes de su trabajo, sobre la vivienda y la economía doméstica familiar, sobre los objetos del hogar y de uso doméstico, y sobre los objetos de uso y comodidad personal, como asimismo el derecho de herencia de la propiedad personal de los ciudadanos». En lo referente a los derechos fundamentales de la persona, es interesante poner de relieve que la enumeración de los mismos empieza por los derechos sociales y económicos, redactados con un inconfundible tono de propaganda.[39] Luego se reconocen la igualdad ante la ley (artículo 123); la libertad de conciencia y de culto, así como de propaganda antirreligiosa (artículo 124); la libertad de palabra, imprenta, reunión, desfiles y manifestaciones en las calles (artículo 125); el derecho a agruparse en organizaciones de distinto tipo, con excepción de las de carácter político, pues «los ciudadanos más activos y conscientes de la clase obrera, de los campesinos, trabajadores y de los intelectuales se agrupan voluntariamente en el Partido Comunista de la Unión Soviética, que es la vanguardia de los trabajadores en su lucha por la construción de la sociedad comunista y que representa el núcleo dirigente de todas las organizaciones de los trabajadores, tanto sociales como del Estado» (artículo 126);

---

[38] Puede consultarse una versión castellana de la Constitución de 1936 en el tomo I del libro de David y Hazard, donde figura como anexo.

[39] Por ejemplo, al desarrollarse el tema del derecho al descanso en el artículo 119, se dice que la jornada de trabajo es de siete horas para los obreros y empleados, seis horas para las profesiones cuyo trabajo se desenvuelve en condiciones difíciles y cuatro horas cuando las condiciones son singularmente difíciles. Después de mencionarse el derecho a las vacaciones anuales pagas, se agrega «y la afectación de una extensa red de sanatorios, casas de descanso y clubes para las necesidades de los trabajadores». En cuanto a la educación, se alude al «fomento por todos los medios de la enseñanza nocturna y por libro» y a la «enseñanza en las escuelas en la lengua vernácula y la organización en las fábricas, *sovkhoz* y *kolkhoz* de la enseñanza gratuita fabril, técnica y agrónoma para los trabajadores».

la inviolabilidad de la persona —nadie puede ser detenido sino por decisión de los jueces o del Ministerio Público— (artículo 127); la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia (artículo 128).

¿Sugieren estas normas que los cauces legal y político han llegado a juntarse? La respuesta es negativa. Después de la Constitución de 1936, continuaron las purgas masivas y la violación sistemática de los derechos más elementales de la persona. Entre 1934 y 1937, por ejemplo, se modificó el Código de Procedimientos Penales de la República Rusa y se introdujo un sistema expeditivo y despiadado: (i) la investigación en casos de organizaciones terroristas y actos terroristas contra oficiales del Gobierno soviético debe ser completada en no más de diez días; (ii) la acusación será transmitida al acusado 24 horas antes del juicio; (iii) el caso será escuchado sin la presencia de las partes; (iv) no se permitirá ni apelaciones ni peticiones de clemencia; y (v) una sentencia de pena capital será ejecutada inmediatamente después de su pronunciamiento.[40]

El Derecho Socialista de nuevo tipo, pleno de dignidad por existir en una sociedad donde no existe la explotación del hombre por el hombre, como lo decían sus teóricos, no llegó a constituir, sin embargo, el cauce apropiado —y único— por el que debía discurrir la acción política, debido a que el Derecho impone límites también al poder. Admitido un orden jurídico dado, quienes ejercitan el poder también deben someterse al Derecho, pero entendiendo como Derecho algo distinto de las normas que se consignan en el párrafo anterior, es decir, entendiendo como Derecho un sistema normativo racional, que posee las siguientes características: (i) contiene determinados valores que a lo largo de los siglos han ido afirmándose como pertenecientes a su esencia misma, como el principio de legalidad, el debido proceso, la irretroactividad, la publicidad de los juicios y la cosa juzgada irrestricta en materia de absolución penal, entre otros principios; (ii) que obliga también al gobernante; (iii) que produce efectos en la sociedad según el ritmo que impone cada uno de los componentes del sistema que genera una fuente del Derecho (el Congreso cuando da una ley, el juez cuando dicta una sentencia); (iv) que no admite una aceleración impuesta por lo conductores de las políticas públicas o una medida distinta por razones de impaciencia política. Este modo de ser del Derecho, que ata las manos de los que ejercen el poder

[40] Zolezzi, Lorenzo. *Op. cit.*, p. 265.

político, fue percibido desde la época más temprana, como lo atentigua el pasaje que se cita a continuación, que data de 1922: «El Derecho tiene siempre dos aspectos: obliga a los ciudadanos, pero también obliga a las autoridades. Así, el Derecho, simultáneamente, castiga al ladrón y establece los límites del castigo. Debido a esto, el Derecho está siempre bajo su propio freno, no importa lo abigarrado y aun despótico que pueda ser a veces en su contenido. Pero en el tiempo en que el Viejo Mundo entró en colapso, en el tiempo de la dictadura como un orden político, la autoridad (soviética) rehusó conscientemente reconocer tal freno. La autoridad (soviética) quiso siempre estar libre, libre aun de sus propias leyes, de tal modo que en cualquier momento, de «caso a caso», pudiera dirigir su acción hacia una meta única y hacia un solo proceso: la revolución».[42] Este pasaje, sin embargo, tuvo un valor profético, porque se aplica a todo el periodo estudiado, en la medida en que existió una negativa consciente a aceptar el Derecho debido, precisamente, a las características que acabamos de esbozar, especialmente aquella que impone frenos a los gobernantes.

[42] Trainin, A. «Sobre la legalidad revolucionaria». En Zolezzi, Lorenzo. *Op. cit.*, pp. 305-306.

El ladrón y el oráculo o ¿qué es el Derecho?

César Luna-Victoria León

«¡Campesino, el patrón ya no comerá más de tu pobreza!»
General Juan Velasco, al promulgar la Ley de Reforma Agraria en junio 1969

«... ahora me la comeré solito»
Años después, escrito en las paredes de una cooperativa agraria al sur de Lima

1. Treinta años después

TRADICIONALMENTE SE APRENDE en la universidad qué es el Derecho, pero poco se reflexiona y poco importa para qué sirve y cómo funciona. Jorge Avendaño promovió, en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), una reforma en la enseñanza del Derecho a principio de la década de los años setenta. Treinta años después, esa Escuela de Derecho mantiene liderazgo, precisamente porque continúa enseñando a preguntar y a responder esas preguntas.

La época era, además, propicia. Como nunca antes ni después en la historia del Perú, el Gobierno militar de entonces era, simultáneamente, poder ejecutivo y legislativo, dominaba ideológicamente al Poder Judicial, controlaba los medios de comunicación social, los partidos políticos estaban virtualmente proscritos y, por si fuera poco, el Estado era el principal agente económico. Por eso las normas legales, las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales producían, confusamente, Derecho y decisiones empresariales.

Para la cultura liberal prevaleciente parece inconcebible ese sistema jurídico. Aun más, la conducta política y económica que cotidianamente tuvo el Gobierno militar sería abiertamente inconstitucional hoy en día. No obstante, esa fue la época en la que estudié Derecho y ese fue el Derecho que conocí. Este artículo recoge algunos recuerdos de las clases en la universidad (1971-1976) y es, en esencia, un testimonio de cómo se enseñó Derecho en la PUCP o, cuando menos, cómo lo estudié.

2. Un «Seminario de Propiedad»

En 1976, Jorge Avendaño organizó un Seminario de Propiedad en la Facultad —en ese entonces programa académico— de Derecho de la PUCP. El interés no era profundizar el estudio de los derechos reales, del que Jorge Avendaño era y sigue siendo profesor principal, sino uno mucho más audaz: analizar desde el Derecho la propuesta del Gobierno militar para crear cuatro sectores de propiedad. Esa propuesta no buscaba redefinir la propiedad, entendida siempre como un poder jurídico que permite usar, disfrutar y disponer bienes y derechos. Pretendía, más bien, concretar el proyecto político de entregar a los trabajadores los medios de producción, lo cual se traducía en los derechos a participar en la gestión, en las utilidades y en el patrimonio de las empresas.

Como se recuerda, las Fuerzas Armadas habían dado un golpe de Estado en octubre de 1968. Desde el inicio, ese Gobierno militar sostuvo que tenía un plan para hacer una revolución en el Perú. De hecho, se llamaría a sí mismo el Gobierno Revolucionario del Pueblo y de las Fuerzas Armadas. Ideológicamente intentó formar parte de una tercera vía ni capitalista ni comunista, colocándose en medio de las dos potencias mundiales de entonces. Esta ideología se expresó después en un documento denominado *Bases ideológicas de la Revolución Peruana*, cuyo aspecto económico clave era crear una economía pluralista, en la que los medios de producción fuesen prioritariamente de propiedad social y los excedentes generados beneficiasen a sus productores, es decir, a los trabajadores y a la sociedad en general. El programa político que concretaba esta ideología fue denominado Plan Inca y fue ejecutado progresivamente desde 1968, aunque solo se expuso públicamente en 1974.

Ese pensamiento económico produjo modificaciones en el Derecho Corporativo, mediante varios decretos leyes que reformaron las estructuras jurídicas de las empresas, para construir esos cuatro sectores o formas de propiedad de activos empresariales. Estos sectores eran los siguientes: (i) el sector estatal, de empresas de propiedad exclusiva del Estado —las empresas públicas— que se formaron con la expropiación de diversas empresas denominadas estratégicas, como las dedicadas a la explotación, refinación y comercialización de petróleo y minerales; transporte aéreo; pesca industrial; administración de puertos y aeropuertos; fabricación y comercialización de harina de pescado; fabricación de fertilizantes; y siderurgia; (ii) el sector privado reformado, que integraba a las empresas privadas, pero en las que sus trabajadores adquirirían progresivamente cuotas de propiedad por medio de sus comunidades laborales, hasta alcanzar el 50% del capital social; (iii) el sector social, conformado por empresas en las que solo participaban los trabajadores, como las cooperativas agrarias de producción, las sociedades agrícolas de interés social, las demás cooperativas, las comunidades campesinas y las empresas de propiedad social; y (iv) el sector exclusivamente privado, reservado para las pequeñas unidades económicas.

Ahora se sabe que fracasaron las experiencias con participación laboral. Existen muchas explicaciones. Desde una perspectiva política, debe recordarse que solo la expropiación de las empresas agrarias, dentro del proceso de reforma agraria, fue producto de demandas históricas de los grupos campesinos. Las otras dos grandes modificaciones que introdujeron las comunidades laborales en las empresas privadas y promovieron las empresas de propiedad social fueron creaciones intelectuales del Gobierno militar, pues no habían formado parte de ninguna demanda popular ni laboral. A excepción de algunos grupos directamente beneficiados, la gran mayoría de la población fue marginada y, quizá por eso, mostró indiferencia ante estas reformas, tanto en la efervescencia de su creación como cuando fueron desmontadas.

Desde una perspectiva económica, las decisiones de gestión empresarial no fueron las más adecuadas y provocaron la insolvencia de la gran mayoría de esas empresas. Esto se explica porque los funcionarios públicos encargados de la gestión inicial y después los mismos trabajadores no tenían los mejores incentivos para tomar decisiones empresariales, ya que no comprometían inversión —patrimonio— personal, lo que les permitió privilegiar las condiciones políticas

—apoyo al Gobierno— y laborales —incremento de remuneraciones y mejora de condiciones de trabajo— frente a aquellas que eran necesarias para el futuro de la empresa. Además, debido a la ausencia de inversión privada, el Estado se convirtió en el agente propulsor de las reformas. Cuando sobrevino la crisis financiera de 1975, que coincidió con un golpe interno que desplazó a los militares revolucionarios, el Gobierno militar ya no pudo destinar mayores recursos a sostener las reformas. La aventura terminó con un nuevo planteamiento ideológico que reconoció valor a la inversión e iniciativa privada, recogido en el Plan Túpac Amaru (1977-1980). En la ejecución de ese plan, el Gobierno militar dictó nuevos decretos leyes que modificaron sustancialmente las reformas, convocó a una Asamblea Constituyente que produjo la Constitución de 1979 y transfirió el gobierno en julio de 1980.

El Seminario no intentaba analizar la propuesta del Gobierno militar sino el rol del Derecho en esa época, porque el Gobierno militar lo había privilegiado para introducir reformas que eran esencialmente económicas, pero que aparecían, ideológica y políticamente, como innovaciones jurídicas en el Derecho Corporativo. Este rol privilegiado del Derecho también permitió que los conflictos sociopolíticos fueran procesados como conflictos jurídicos.

3. La pregunta clave

La ideología del Gobierno militar acuñó el concepto de propiedad social. La empresa de propiedad social era la empresa de la revolución peruana y sería la base de una nueva democracia social de participación plena. Más allá de los discursos políticos, la Ley de Empresas de Propiedad Social precisó que la propiedad era social «[...] por cuanto pertenece al conjunto de trabajadores que laboran en las empresas de propiedad social, sin que a ninguno de ellos le correspondan derechos de propiedad individual y por cuanto el Sector, al generar nuevas unidades económicas de la misma naturaleza, beneficia a la sociedad en pleno [...]» (artículo 3, decreto ley 20598).

En rigor, el Gobierno militar se caracterizaba por traducir jurídicamente sus postulados ideológicos. Uno de ellos, por ejemplo, era considerar al trabajo como la fuente de toda riqueza, postulado que sirvió de sustento para las expropiaciones de haciendas dentro del proceso de la reforma agraria. La reforma jurídica consistió en identi-

ficar la propiedad con la posesión y la posesión con la explotación, de modo tal que para mantener la propiedad sobre una hacienda no solamente había que tenerla sino también trabajarla, por cierto, dentro de los cánones de la ley (artículo 8, decreto ley 17716, Ley de Reforma Agraria). Una situación similar se planteó dentro de la reforma minera, conforme a la cual las concesiones y licencias para operaciones mineras se otorgaban y caducaban según se explotasen o no bajo el principio del amparo por el trabajo (capítulo I, decreto ley 18880, Ley General de Minería). En 1972, Marcial Rubio escribiría un clásico sobre este tema;[1] y, en 1974, Alberto Bustamante desarrollaría su tesis *Las alteraciones en la ideología jurídica prevaleciente a propósito de la Reforma Agraria peruana.*

En 1973, Javier de Belaúnde ya había incorporado el tema dentro de su curso «Personas Jurídicas», que se estudiaba en segundo ciclo, al analizar las cooperativas agrarias de producción, las sociedades agrícolas de interés social y las comunidades campesinas; Luis Bustamante comentaría las «Consideraciones jurídicas sobre la propiedad social en el Perú»;[2] Luis Pásara analizaría el abismo entre «La utopía y el proyecto» de propiedad social;[3] y, finalmente, Fernando de Trazegnies se preguntaría «¿Existe la propiedad social?».[4]

Para desarrollar el Seminario era necesario conocer primero el modelo teórico de las empresas de propiedad social, promulgado recién en 1974. Estas, formadas como cualquier empresa, debían tener un patrimonio inicial, con aportes transitorios habilitados por las entidades financieras del Estado encargadas de la promoción del proyecto (la Corporación Financiera de Desarrollo —COFIDE— y el Fondo Nacional de Propiedad Social —FONAPS). Los trabajadores accederían a la propiedad de ese patrimonio conforme fuesen amortizando dicho aporte con las utilidades que su propio trabajo generase. En este primer nivel, las empresas de propiedad social no se diferenciaban de las demás empresas privadas, solo que el aporte individual de los socios capitalistas era sustituido por el aporte transitorio, que después los mismos trabajadores debían reintegrar.

---

[1] Rubio, Marcial. «Modificaciones al derecho de propiedad en la legislación de la Reforma Agraria». *Derecho*, n.° 30, 1972.

[2] Bustamante, Luis. «Consideraciones jurídicas sobre la propiedad social en el Perú». *Apuntes*, 1973.

[3] Pásara, Luis. «La utopía y el proyecto». *Derecho*, n.° 31.

[4] Trazegnies, Fernando de. «¿Existe la propiedad social?». *Derecho*, n.° 31.

Sin embargo, a diferencia de las empresas privadas, las empresas de propiedad social debían transferir el 10% de sus excedentes al FONAPS para que financiara otros proyectos de empresas de propiedad social. Para evitar que los excedentes de la empresa fueran distribuidos internamente entre los trabajadores bajo remuneraciones altas, al calcular el excedente solo se admitirían deducciones de hasta dos salarios mínimos vitales anuales por cada trabajador (artículo 108, decreto ley 20598). Adicionalmente, las empresas no solo debían reintegrar el aporte transitorio habilitado por el FONAPS, sino que estaban obligadas a pagar una compensación a la renta por ese aporte. Esta compensación era económica y jurídicamente distinta del interés que correspondía al monto del aporte transitorio porque (i) no se establecería en función del costo financiero de los recursos habilitados sino atendiendo a las condiciones económicas y financieras en que se desenvolvería la empresa (artículo 73, decreto ley 20598) y (ii) sería vitalicio, porque se fijaba para toda la vida económica de la empresa (artículo 75, decreto ley 20598). Asimismo, las empresas estaban obligadas a adquirir bonos de convertibilidad inmediata del FONAPS bajo determinadas condiciones y debían depositar a la vista el exceso de nivel de caja autorizado (artículo 81, decreto ley 20598).

A diferencia de las empresas privadas, las empresas de propiedad social constituían un Sector, cuyos órganos eran (i) las unidades regionales que integraban a todas las empresas de un territorio, con funciones de planificación regional; y (ii) la Asamblea del Sector, integrada por representantes de todas las unidades regionales, con funciones de coordinación, evaluación y formulación de políticas de desarrollo nacional. Paralelamente, el Estado estableció mecanismos financieros y tributarios para promover este tipo de empresas y creó un Sistema Administrativo de Apoyo. Este sistema era dirigido por un funcionario con rango de ministro, que tenía una Comisión Nacional (CONAPS) con representantes de los organismos públicos encargados de la producción y de su planeamiento —casi un pequeño gabinete ministerial—, organismos regionales paralelos a las unidades regionales y oficinas sectoriales en cada uno de los sectores administrativos.

Se decía, en consecuencia, que la propiedad era social porque el modelo permitía que todos los trabajadores accediesen a la gestión de las empresas en las que laboraban, pero también a la gestión de las demás empresas por medio de las unidades regionales y de la Asamblea del Sector, y que todos, en conjunto, se beneficiasen de los exce-

dentes, mediante los mecanismos de redistribución administrados por el FONAPS. No obstante, el modelo nunca llegó a operar plenamente en la realidad. Hacia finales de 1976, el entonces presidente general del Ejército Peruano, Francisco Morales Bermúdez, declaró que las empresas de propiedad social tenían una prioridad política y no económica, y propuso que estas empresas fuesen orientadas preferentemente a generar la mayor cantidad de puestos de trabajo (CADE 1976). En la práctica, estas empresas fueron relegadas a las actividades económicas más marginales y menos rentables de la economía. En este proceso se lograron promover menos de cincuenta proyectos, a mediados de 1978 solo seis de ellos habían llegado a constituirse formalmente y, años después, tuvieron que ser liquidados por insolvencia. Sin embargo, a principios de 1976, en pleno lanzamiento del proyecto, era válida la pregunta de Fernando de Trazegnies: ¿existe la propiedad social? Con esa pregunta se inició el Seminario.

4. La vaca y su leche

En el debate se precisó que la propiedad tiene un significado en el lenguaje jurídico: alude al conjunto de atribuciones —poder jurídico— de usar, poseer, disfrutar y reivindicar un bien dentro de los márgenes permitidos por la ley (artículo 850 del Código Civil de 1936, vigente entonces, reiterado por el artículo 923 del actual Código). En ese sentido, la relación jurídica de propiedad supone una persona titular, un bien o un derecho identificables sobre el que se ejercen los atributos de la propiedad, y los demás sujetos que deben respetar ese derecho, que se presenta como exclusivo y excluyente. En la realidad de las empresas, se descubre que la única relación de propiedad de acuerdo con el significado jurídico del término se produce entre la empresa como persona jurídica y sus activos empresariales. Dentro de esta línea de interpretación, no cabía afirmar que existiese una relación de propiedad entre los trabajadores de una empresa de propiedad social y los activos empresariales, porque no puede haber más que un titular del derecho de propiedad, y este es la empresa y no quienes la integran.

Tampoco se podía afirmar que la relación de propiedad se producía entre los trabajadores y sus empresas, porque entre los integrantes de una persona jurídica y esta no se genera una relación de propiedad, sino una relación de sociedad o de asociación. En el caso de la

sociedad anónima, por ejemplo, el accionista solo es propietario de su acción, es decir, del título que representa su aporte. Pero este derecho no le otorga ni le extiende derechos de propiedad sobre los activos empresariales sino otros muy distintos: derechos de gestión sobre la empresa que se traducen en el derecho a voto en la Junta General de accionistas para aprobar o desaprobar actos sociales, designar representantes y mandatarios, y fiscalizar su gestión; percibir utilidades; y un derecho expectante a una cuota ideal del patrimonio empresarial en la liquidación. Dicho de otro modo, la empresa como persona jurídica no es susceptible de tenerse en propiedad. En esencia, lo mismo podía decirse de los trabajadores al interior de las empresas de propiedad social.

No obstante, ya para 1976, se reconocía que el concepto de propiedad era utilizado en una connotación distinta: se hablaba de una mutación ideológica o sociológica de la propiedad o, en el mejor de los casos, de una perspectiva no clásica de la propiedad. El elemento que permitía esta mutación era reconocer que —en la perspectiva clásica— la propiedad sobre las cosas consideraba a los bienes destinados al consumo, en tanto que —en el mundo de las empresas— los activos empresariales estaban destinados a producir y generar excedentes. Así, los bienes de consumo eran productos, mientras que los activos empresariales eran medios de producción. Cualquier bien podía ser lo uno o lo otro. La diferencia estaba en los elementos no jurídicos que eran necesarios para que ese derecho de propiedad pudiera ser ejercido. El propietario de un producto, se sostenía, tiene relación inmediata con el bien del que es propietario y no existe, mayormente, interferencia alguna ni necesita de tutela adicional alguna para consumir. En cambio, los medios de producción, para ser dispuestos por su propietario, requieren de elementos adicionales, precisamente porque están inmersos en un proceso productivo. Por ese entonces, era frecuente la cita atribuida a Nicolás Guillén de que, tratándose de medios de producción, lo importante no es saber de quién es la vaca (quién es el propietario), sino saber quién la ordeña (quién la trabaja) y quién se toma la leche (quién se aprovecha del excedente). De modo tal que la propiedad de los medios de producción, para ser entendida incluso jurídicamente, requería que se conociesen esos otros elementos adicionales del proceso productivo. Pero ¿cuáles serían esos otros elementos? ¿Cómo entenderlos jurídicamente? O, simplemente, ¿tenían relevancia para el Derecho?

Las preguntas debían hacerse no solo respecto de las empresas de propiedad social sino también de las otras empresas integradas por

trabajadores —las cooperativas agrarias de producción y las sociedades agrícolas de interés social— que integraban el sector social de la economía. Incluso, debían ser extendidas a la experiencia de las empresas privadas reformadas por la comunidad laboral, para apreciar en qué medida sus trabajadores ejercían los derechos que la ley y el discurso político les reconocían. Recuerdo haber elegido para mis trabajos el comportamiento de la administración de justicia, de la administración pública y, obviamente, del mercado para investigar si influían y en qué grado en las decisiones empresariales. La hipótesis sostenía que quien finalmente pudiese influir sobre las decisiones de una empresa era quien finalmente controlaba el proceso productivo y quien, por tanto, se encontraba en mejores condiciones para apropiarse de los excedentes generados. Solo respecto de este sujeto se podía decir que era el propietario de los medios de producción.

5. El tremendo juez

Para el caso de la administración de justicia, analicé las sentencias del primer año (1975/1976) del Tribunal del Fuero Privativo de Comunidades Laborales, que resolvieron en última instancia judicial los conflictos generados entre las empresas privadas y sus comunidades laborales. Como se recuerda, la Reforma obligó a las empresas privadas a redistribuir una parte de sus utilidades entre sus trabajadores —participación líquida— y a capitalizar otra parte —participación patrimonial— para entregar a la comunidad laboral las acciones producto de esa capitalización. Con este mecanismo, la comunidad laboral se convertía en un accionista más de la sociedad, con todos los derechos clásicos de accionista. La comunidad laboral tenía, además, el privilegio de designar un mínimo de representantes en el directorio, si es que su cuota en el capital social no lo permitía. En el caso de la empresa industrial, la participación líquida fue de 10% y la patrimonial de 15% (decretos leyes 18350 y 18384). Con algunas variantes, el modelo se aplicó a las empresas pesqueras (decreto ley 18810), mineras (decreto ley 18880) y de telecomunicaciones (decreto ley 19020).

El interés del Gobierno militar por desarrollar y proteger sus reformas lo llevó a controlar la administración de justicia, mediante la creación de fueros privativos para imponer la ideología jurídica que la sustentaba. Así creó el Fuero Privativo Agrario para resolver los conflictos derivados de la aplicación de la Ley de Reforma Agraria y no

fue extraño que crease también el Fuero Privativo de Comunidades Laborales. Las sentencias del primer año, sobre todo aquellas relativas a conflictos sobre la gestión empresarial, tal vez hayan sido el esfuerzo más claro en el que la administración de justicia procesó ideología jurídica para ser un agente declaradamente promotor o tutor de un proyecto político.

Llama la atención esta elaboración ideológica, porque, en el discurso político, la comunidad laboral no fue introducida para crear conflictos en las empresas privadas, sino para unir los esfuerzos del trabajo y del capital en una formación cogestionaria, que debía producir mayores excedentes para todas las partes involucradas. Este discurso político, además, se concretaba al unificar la naturaleza jurídica de trabajadores y de empresarios como accionistas de la empresa —ambos rentistas, unos de su aporte de capital y otros de su aporte de trabajo, pero los dos dentro de la lógica de la sociedad mercantil tradicional—. Sin embargo, el tribunal advirtió que los trabajadores preferían siempre mejorar los niveles de remuneraciones y condiciones de trabajo, en lugar de priorizar economías en los costos de producción para asegurar resultados económicos futuros. La Ley de Estabilidad Laboral (decreto ley 18471), dictada poco después, reforzó ese carácter.

Al crear el Fuero Privativo la ley había impuesto un criterio de celeridad procesal al establecer que «[...] las normas legales que tutelan los derechos de las comunidades laborales [...] y de las empresas, serían aplicables de oficio por los jueces [...] y el Tribunal de Comunidades Laborales» (artículo 6, decreto ley 21109). Como se aprecia, el texto de la ley, siguiendo el discurso político, no establecía diferencia de trato alguno entre la empresa y su comunidad laboral sino que obligaba, más bien, a la aplicación de oficio de las normas que beneficiasen, indistintamente, a una y a otra. Sin embargo, el Tribunal estableció como jurisprudencia la función tuitiva a favor de las comunidades laborales, al reconocer que entre socios capitalistas (accionistas) y trabajadores existía una lógica empresarial distinta, ya que si bien las comunidades eran socias de la empresa, lo eran de una manera sui generis, desprovista del affectio societatis, es decir que, en los casos de conflicto, debían proteger sus intereses. Bajo este razonamiento, el Tribunal asumió competencia para resolver problemas típicos de gestión empresarial.

Uno de estos problemas fue la determinación de la renta neta sobre la que se debía calcular la participación líquida y patrimonial.

Humberto Medrano sostuvo que, tratándose de una renta a ser distribuida, esta no podía ser otra que la renta comercial, es decir, la determinada según los principios generalmente aceptados en contabilidad.[5] No obstante, hacia 1972, ya se había precisado normativamente que, en contra de esa opinión, era la renta neta determinada para efectos del impuesto a la renta (decreto supremo 287-68-HC) la que debía ser utilizada para el cálculo (decreto supremo 050-72-EF). Pues bien, si se trataba de una renta neta tributaria, la competencia correspondía al Tribunal Fiscal, aun más cuando había una norma expresa que establecía que el Fuero Privativo no era competente en los casos que estaban reservados al Ministerio de Economía y Finanzas, o al mismo Tribunal Fiscal (artículo 3, decreto ley 21109). Sin embargo, el Fuero Privativo asumió competencia bajo el argumento de que la tenía en todos los casos en los que una de las partes fuese la comunidad laboral. Igual criterio utilizó para los conflictos sobre la distribución de la participación líquida, a pesar de que por ser un derecho individual de los trabajadores, anterior incluso al régimen de la comunidad laboral, la competencia estaba reservada a la autoridad administrativa de Trabajo o al Fuero Privativo de Trabajo (decreto supremo 006-72-TR). De los diez casos identificados de conflicto sobre renta neta, todos se resolvieron a favor de la comunidad laboral.

Pero lo interesante no fue solo esta omnipresencia del Fuero Privativo para resolver todos los conflictos, excluyendo a otras instancias también controladas por el mismo Gobierno militar. Se ubicaron seis casos en los cuales la función tuitiva no se limitó a aplicar de oficio las normas que tutelan los derechos de las comunidades laborales, sino que fue invocada para discutir el resultado económico de las decisiones empresariales y declarar la ineficacia de las mismas, simplemente porque, en opinión del Tribunal, no generaban mayores beneficios para los trabajadores. En un caso, por ejemplo, el Tribunal declaró nulo el acuerdo para vender una máquina de embotellar, por considerar que, al prescindir de esa máquina, se iba a reducir la producción y, por tanto, los niveles de utilidad (expediente 15/76). En un segundo caso, el Tribunal ordenó que la empresa nacionalice —importe— maquinaria que ya se hallaba en depósito aduanero para que la incorpore a la producción a fin de sustituir operaciones con terceros, porque esta representaba un costo adicional que también reducía utilidades (expediente 06/75). En un tercer caso, el Tribunal extendió

[5] Informativo Legal Rodrigo. n.° 185.

los beneficios de participación en las utilidades a las que se generan en empresas vinculadas que comercializaban los productos fabricados por la empresa (expediente 09/75). En un cuarto caso, declaró fraudulento por simulación un desdoblamiento —escisión— empresarial porque tenía como objetivo perjudicar a la comunidad industrial (expediente 12/75). En un quinto caso, declaró que una empresa no podía trasladar su local de producción; sin embargo, en ejecución de sentencia, al reconocer que el antiguo local tenía un contrato de arrendamiento vencido, optó por reconocer el traslado pero obligó a reponer a los trabajadores que habían sido despedidos por no incorporarse al trabajo en el nuevo local (expediente 27/76). En un sexto caso, el Tribunal exigió la continuación de la sociedad que se había liquidado por carecer de pluralidad de socios (expediente 28/76).

Afirmaciones valorativas sobre la incidencia en el nivel de producción por la enajenación de una máquina, por la sustitución de servicios por terceros, por la incorporación de activos fijos o la conveniencia de reducir el sistema de comercialización escapan a lo que, en sentido estricto, es la función tradicional del juzgador. En conjunto, estas sentencias pretendían mantener los puestos de trabajo y asegurar a los trabajadores la mayor renta posible en opinión del Tribunal. Poco después, cuando la crisis de las empresas por falta de inversión privada las llevó a situaciones de insolvencia, se establecieron mecanismos legales para que los trabajadores administrasen esas empresas quebradas (decreto ley 20023).

Es verdad que, hacia finales de 1976, las reformas perdieron importancia política. De este modo, no se pudo analizar en la realidad cómo se hubiera desenvuelto el Fuero Privativo ni cuál hubiese sido el efecto de la reacción de las empresas privadas afectadas. No obstante, para el análisis, lo importante fue destacar que, al menos durante ese primer año, el Fuero Privativo —la administración de justicia— fue un instrumento que garantizó la eficacia política de la reforma de la comunidad laboral. Algunas sentencias fueron realmente innovadoras y precedieron en décadas a razonamientos jurídicos más profundos, como ampliar las consecuencias legales a empresas vinculadas o tratar a todas ellas como unidad (expediente 09/75), o el análisis de la simulación de reorganizaciones empresariales por falta de contenido económico (la escisión del expediente 12/75), aunque el argumento que utilizó el Tribunal, en los dos casos, fue simplemente el de haber sido realizados en perjuicio de la comunidad, sin tomarse la molestia de desarrollar argumentos generales como el abuso del De-

recho o el fraude a la ley. Otras sentencias no tienen explicación jurídica alguna hasta el día de hoy.

6. El tremendo Estado

Para el caso de la administración pública, no fue necesario realizar investigaciones más profundas, porque la vocación del Estado para controlar y dirigir las empresas era muy transparente. Esta era evidente en el gran número de empresas expropiadas, cuyas actividades fueron reservadas para el sector estatal de la economía. Pero el Estado también administró y controló directamente la gestión de aquellas otras que promovía, aun cuando en su discurso político y en el texto de la ley se sostuviese que esa gestión correspondía a los trabajadores.

En el caso de las cooperativas agrarias que resultaban de la reforma agraria, el Estado controló directamente la gestión porque, en términos reales, era el propietario de los activos empresariales. Conforme al diseño del proceso, al afectarse un predio agrícola, el Estado expropiaba los activos empresariales y se convertía en el deudor de las empresas expropiadas. Simultáneamente, obligaba a los beneficiarios potenciales a comprometerse contractualmente a pertenecer a la cooperativa o sociedad agrícola de interés social que resultase (artículo 86, decreto ley 17716). Más adelante, el Estado constituía esa empresa asociativa y le transfería los activos y la deuda agraria —el valor de expropiación de los activos— y reconocía, como aporte inicial de los trabajadores, el importe de los beneficios sociales que hubiesen generado en la empresa expropiada. La gestión de estas empresas asociativas estaba a cargo de unos comités especiales, integrados por representantes del Ministerio de Agricultura, de los bancos estatales de fomento y, en menor medida, por representantes de los trabajadores. Los trabajadores solo accedían a porcentajes mayores de gestión conforme fuesen pagando la deuda agraria (decreto ley 18299).

En el caso de las empresas de propiedad social, la ley había previsto que cada una de ellas se constituyese con los trabajadores que la iniciaban, después de que la misma administración pública hubiese evaluado los estudios de factibilidad. Sin embargo, para que hubiese trabajadores, alguien debía haberlos contratado y, para que esos contratos fuesen posibles, debería haber trabajo, es decir que la empresa debería haber estado funcionando ya y debería existir mucho antes de su constitución. Jorge Avendaño propuso en el debate, allá por el

año 1974, crear la figura de empresas «en formación», para reconocer el momento cierto a partir del cual se podían celebrar actos y contratos en nombre de la futura empresa de propiedad social, aún no constituida ni inscrita en los Registros Públicos. Estos actos y contratos quedarían convalidados con la inscripción posterior de la empresa, como ocurre con todas las demás personas jurídicas. Ese consejo fue seguido por la administración pública, que empezó a reconocer en formación a determinados proyectos y les designó un comité de gestión para que celebraran los actos y contratos que permitiesen posteriormente constituir las empresas. Los comités de gestión también estaban constituidos por funcionarios públicos, representantes de la CONAPS, del FONAPS, de algún otro sector de la administración pública y, en menor medida, por representantes de los proponentes, usualmente futuros trabajadores de la empresa.

Por medio de los comités especiales para las empresas asociativas agrarias y de los comités de gestión para las empresas de propiedad social, la administración pública se encargó de tomar las decisiones más importantes para una empresa, tales como el estudio de factibilidad —qué, cuánto, dónde, para quién y a qué costo se produce—, los contratos de financiamiento —monto de inversión, niveles de endeudamiento y costo de financiamiento— y la compra de activos fijos. En muy pocos casos, los trabajadores accedieron a controlar la gestión de sus empresas, fundamentalmente porque, para ello, requerían haber cancelado gran parte de la deuda que tenían con el Estado. Cuando lo hicieron, poco podían decidir, porque los principales actos y contratos ya estaban definidos y en ejecución.

Pero la presencia de la administración pública no se limitó a las grandes decisiones burocráticas sobre los proyectos de inversión, sino que se crearon mecanismos para el seguimiento y fiscalización de las decisiones empresariales que determinaron y legitimaron la intervención directa de las empresas, con lo cual se subordinó los órganos de gestión de la empresa a los comités especiales de intervención. El caso más notorio fue el de las cooperativas agrarias de producción de caña de azúcar que, durante los primeros años de expropiación, habían tenido relativo éxito debido a que el precio internacional del azúcar subió hasta los US $ 60 por tm por la baja producción de los países africanos —por ese entonces, en guerras de liberación— y de los países europeos —el clima mermó la producción de azúcar de remolacha—. Sin embargo, al recuperarse la producción mundial el precio cayó hasta US $ 7 por tm. La caída de precios obligó al Gobierno a

dejar de subsidiar el precio interno del azúcar —que no había variado en diez años, a pesar de un incremento promedio de 200% en los precios de otros productos agrarios—, a reestablecer un sistema tributario para empresas azucareras y, por último, a reducir las remuneraciones y cualquier otra reinversión en estas empresas. Finalmente, el Sistema de Asesoramiento y Fiscalización de las Cooperativas Agrarias de Producción (SAF-CAP) tomó directamente el control de la gestión de las empresas (decreto ley 21815).

No obstante, no era necesaria una crisis mundial para la intervención de las empresas. En el caso de las empresas de propiedad social, por ejemplo, a pesar de que la administración pública (CONAPS) había designado a sus propios funcionarios en los comités de gestión, se reservó el derecho para determinar qué trabajadores serían incorporados (resolución 081-77-PCNPS) o para autorizar los contratos de locación de servicios (resoluciones 271 y 290-77-PCNPS), incluso los de aquellos trabajadores o contratistas eventuales (resolución 361-77-PCNPS). La CONAPS también se reservaba el derecho de resolver los conflictos entre los trabajadores y sus empresas, aunque se mantenía a la Autoridad Administrativa de Trabajo como instancia revisora (resolución 272-77-PCNPS), y el derecho a aprobar las políticas de salarios y el incremento de remuneraciones (resoluciones 258 y 327-77-PCNPS). Como en el caso de la caña de azúcar, la CONAPS también intervino directamente a las empresas cuando lo consideró necesario, como en el caso de Decisión Campesina EPS, a raíz de una posible escisión del sector denominado 24 de junio (resoluciones 369, 375, 376, 377 y 415-77-PCNPS y resolución 011-78-PCNPS).

7. El mercado tremendo

¿Por qué los militares dieron el golpe de Estado en octubre de 1968? Ellos mismos trataron de responder presentando el denominado Plan Inca, que establecía todo un plan de gobierno, congruente y consistente cuando menos con la ideología política que lo inspiraba. Sin embargo, es curioso que este Plan fuese publicado en 1974, poco antes de cumplir seis años en el gobierno. Todo parece indicar que fue, más bien, una memoria posterior de las principales reformas que se iban adoptando conforme a las circunstancias. Quizá por eso la época se caracterizó más por respuestas políticas a estímulos políticos, que por un plan con racionalidad económica preestablecida.

Tratando de analizar el mercado, lamentablemente, queda claro que el Perú sigue exportando los mismos productos que hace cincuenta años (minerales y harina de pescado). Antes exportaba azúcar y algodón, pero la expropiación de las principales empresas exportadoras y la crisis posterior destruyó esa industria, que ahora intenta recuperarse mediante procesos de reconversión a empresas privadas. La oferta exportable apenas se ha ampliado con productos textiles —favorecidos, principalmente, por liberaciones arancelarias de los Estados Unidos—; algunos productos agrarios nuevos, como espárragos, mangos; y muy pocos productos industriales de escaso valor agregado. Conforme se desarrolla el comercio mundial, poco se puede influir en esas actividades. Aun más, los excedentes generados dependen más del precio internacional que de otros factores. Hablar en ese contexto de un control de los medios de producción de los trabajadores, de las empresas asociativas integradas por trabajadores o, en general, de cualquier otra empresa peruana promedio carece de sentido, a no ser que el interés se reduzca a aspectos microeconómicos de producción y competitividad.

Sin embargo, habrá que reconocer al Gobierno militar la intención de concretar en el Perú las recetas internacionales para el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo, aunque ahora se conozca que no resultaron eficaces. Estas recetas proponían construir una industria nacional, protegiendo el mercado local con altas tasas arancelarias a los productos importados, para convertirlo en un mercado cautivo que permitiese fortalecer a esas nuevas unidades industriales. Industrialización por Sustitución de Importaciones sería el nombre del proyecto. ¿Pero fue esta la idea que promovió el golpe? Todo parece indicar que no. El análisis político ha reconocido otras causas. Ha identificado, por ejemplo, que, durante el primer gobierno del arquitecto Belaúnde (1963-1968), se incumplieron varias promesas electorales que ofrecían mejoras a sectores populares, desplazados del campo a la ciudad por el deterioro de la actividad agraria, generado principalmente por la sobreproducción de las economías que subsidiaban la agricultura. Esta insatisfacción se sumó a otras insatisfacciones heredadas de gobiernos anteriores que originaron guerrillas armadas (1963-1964) que fueron reprimidas por el ejército en 1965. El descontento fue creciendo con la devaluación monetaria de 1967 y con la sensación de desgobierno debida a un vacío político generado por el conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Congreso dominado por la oposición (1968). La excusa final fue un convenio para la recuperación de los pozos petroleros de la costa norte, realizado por

el Gobierno pero avalado por todos los partidos políticos, que fue calificado de «entreguista» por algunos sectores (agosto 1968).

El primer impacto psicológico del Gobierno militar, a los seis días del golpe de Estado, fue una operación militar para recuperar los pozos y desconocer el acuerdo (9 de octubre, 1968). El valor de expropiación fue embargado simultáneamente para el pago de los tributos que la compañía petrolera se había negado a pagar por considerar que esos pozos eran suyos y no del Estado. Años después, ese mismo Gobierno militar compensaría indirectamente a la compañía petrolera dentro de un acuerdo mayor en el cual se indemnizaba a las compañías americanas expropiadas. Sin embargo, este impacto psicológico generó simpatía popular hacia el Gobierno militar y, sin duda, debe haberlo alentado para tomar otras medidas populares.

Meses después, se promulgó la Ley de Reforma Agraria (junio 1969), que también se inició con otro impacto psicológico: la toma militar de los grandes complejos agroindustriales de caña de azúcar, excluidos de la reforma anterior. Este impacto estaba destinado a restar base política al partido aprista, que era el principal partido de oposición y el que tenía las mayores posibilidades de ganar las elecciones generales que debían haberse convocado para 1969. Sin embargo, pese al texto de la ley, la reforma agraria no se implementó en la forma planificada que se había anunciado ni fue un proceso racional para la redistribución de tierras, y se convirtió, más bien, en un mecanismo para captar movimientos campesinos a favor del Gobierno. La regla dispuso que, allí donde existiese presión campesina, ahí se llevaría a cabo una expropiación. Se trató, de ese modo, de una respuesta política inmediata y no de una aplicación de planes y programas técnicos. El texto de la ley, que establecía causales amplias de expropiación, permitía a los funcionarios encargados descubrir causales de afectación cuando fuese necesario.

Conforme a la teoría de política económica, la reforma agraria debía haber representado la victoria de una burguesía industrial contra la oligarquía terrateniente y debía haber sido el primer paso de un serio proceso de industrialización. De hecho, se afirmaba, la reforma agraria mejoraba las condiciones económicas de los campesinos —por ese entonces el grueso de la población— y creaba un mercado interno para la colocación de los productos industriales. Sin embargo, en América Latina eso no ocurrió, ya que esta reforma no se ejecutó por causa de una presión de la burguesía industrial sino en aquellos países donde la presión social era insostenible y que, coincidentemente,

tenían burguesías industriales muy débiles, como México en la década de los años veinte, Bolivia en 1954 y Perú en 1969.

La percepción de esta debilidad pudo haber llevado al Gobierno militar a promover una capitalización interna en las empresas industriales. Aunque parezca paradójico, el modelo original de la comunidad industrial tenía ese propósito, al forzar capitalizaciones anuales de la participación patrimonial y al establecer incentivos tributarios a la reinversión de utilidades. Por eso, en el discurso político inicial, se hablaba de una alianza entre el capital y el trabajo. Cuando quedó claro que este proyecto generaba conflicto más que alianza y que la burguesía industrial, en esas condiciones, no iba a generar el proceso de industrialización que el país requería, el Gobierno asumió un proyecto de capitalismo de Estado. Sin embargo, para desarrollar el mercado desde el Estado, se requiere mucho dinero. Durante los primeros años, el Gobierno militar dispuso de recursos financieros al controlar directamente las actividades más dinámicas de la economía expropiadas al sector privado. Años después, no obstante, coincidieron una crisis financiera —que provocaría devaluaciones sucesivas desde 1975— con las reacciones del sector privado afectado por las reformas y con el golpe interno que desplazó a los milites revolucionarios —bajo el mando del general Juan Velasco Alvarado— e instaló en el poder a los militares reformistas o institucionalistas —bajo el mando del general Francisco Morales Bermúdez—. Para entonces, el modelo ya no pudo ser sostenido política ni financieramente, y se agotó.

8. Fin del Seminario

Entonces, en el Seminario se llegó a la conclusión de que la propiedad no era social. Aun cuando el discurso político, el modelo teórico y el mismo texto de la ley establecían que eran los trabajadores los propietarios de los medios de producción, las decisiones empresariales fueron concentradas en funcionarios públicos, que incluso fueron sustituidos en situaciones de crisis con intervenciones muy directas del mismo Gobierno. Este, además, instrumentalizó directamente a la administración de justicia, la cual asumió naturalmente que su función era procesar y desarrollar jurídicamente la ideología que pretendía sustentar las reformas. Evidentemente, todo este control estatal de la economía se aplicaba en el escaso margen de decisiones que

tenía la economía peruana, cuya fragilidad y pobreza no le permitía imponer mayores condiciones en el comercio mundial. Bajo este razonamiento, era el Gobierno, es decir, el Estado, y no los trabajadores o la sociedad en general el que controlaba los medios de producción.[6]

9. El ladrón y el oráculo o ¿qué es el Derecho?

¿Eran necesarias todas esas investigaciones sobre el comportamiento de la administración de justicia, de la administración pública y del mercado para entender el Derecho? ¿No eran acaso investigaciones que debían ser realizadas desde las Ciencias Sociales, desde el análisis político o desde el análisis económico, pero no desde el Derecho? ¿El Derecho se hizo sociológico, se ideologizó o se politizó?

Depende de qué se entiende por Derecho. La historia del ladrón de Holmes, contada en el curso de «Introducción al Derecho», de Marcial Rubio, puede ser de ayuda. Habría que precisar que Oliver Wendell Holmes no fue ningún ladrón sino el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos y un gran filósofo del Derecho a principios del siglo XX. Entre sus lecciones más claras, estaba aquella en la que sostenía que el ladrón no era el que robaba sino aquel que resultaba sentenciado por los tribunales de justicia; o aquella otra en la que advertía que la preocupación del abogado litigante no debía enfocarse en lo que dice el Derecho sino en lo que esa mañana el juez dirá que dice el Derecho.

En otras palabras, el Derecho no estaba en el texto de la ley sino en el modo cómo funcionaba y cómo se aplicaba. Por ejemplo, el texto que consagra constitucionalmente el derecho a la propiedad no ha variado en las últimas tres constituciones (1933, 1979 y 1993) y probablemente se reitere en la próxima Constitución. En síntesis, el texto establece que la propiedad es inviolable y que solo se puede expropiar por interés social o utilidad pública. Ese concepto, según Du Pasquier, es flexible, es decir que, a pesar de ser jurídico —o precisamente por eso—, su contenido es «llenado», es precisado, en cada coyuntura,

[6] Para la historia política reciente, la primera fase del Gobierno militar (desde octubre de 1968 hasta agosto de 1975) ha quedado sepultada en el olvido por sus propios errores, al fracasar sus proyectos y al intentar, al final de ese periodo, controlar políticamente a todas las fuerzas sociales, al extremo de expropiar todos los diarios y controlar los demás medios de comunicación social (1974). Una historia más serena deberá reivindicarlo, al hacer un balance entre el fracaso político y económico de sus reformas, y el acierto de incorporar las necesidades sociales en la agenda política.

por diversos factores no jurídicos. Y, en efecto, ese mismo texto sirvió para expropiar haciendas agrarias en 1969 y ahora sirve para reprivatizarlas. Los profesores sostenían que los abogados, en definitiva, debían ser como el oráculo de Delfos, que anunciaba el futuro, como se lo anunció a Edipo. Es decir, los abogados no eran los que conocían las leyes, sino los que podían predecir el comportamiento de quienes aplicaban el Derecho. Desde esa perspectiva, era de vital importancia conocer, además de las normas jurídicas, aquellos otros elementos que podían influir en la aplicación del Derecho.

Pues bien, esos otros elementos, a pesar de no ser propios de los estudios de Derecho, no podían ser ignorados. De este modo, no se aprendía a hacer análisis sociológico, político ni económico, pero sí se aprendía a conocer estos métodos y a utilizarlos cotidianamente para entender mejor el Derecho. Al igual que ahora, para entender cabalmente nuevos fenómenos jurídicos, se conocen y se utilizan regularmente herramientas de la Contabilidad, de las Finanzas y de la Economía, sin que se determine que los abogados sean, por ello, contadores, financistas o economistas.

Esa fue la escuela de Derecho que alentó Jorge Avendaño. Para ella es de vital importancia conocer cómo funciona el Derecho, cómo es utilizado por diversos agentes, para diversos fines, y cómo interactúan entre sí mientras mantienen intereses en conflicto. La reflexión teórica se tomaba prestada del funcionalismo de Oliver Wendell Holmes, del positivismo jurídico de Hans Kelsen y del law in action de la Universidad de Wisconsin. Este esfuerzo académico fue un antecedente y creó el campo propicio para que, tiempo después, cuando la ideología de intervención estatal cedió paso a una ideología más liberal con predominio del mercado, se incorporaran al estudio del Derecho los costos y los beneficios, pero siempre intereses en conflicto, como aquellos «otros elementos» externos que explican su funcionamiento. Es el law and economics de la Universidad de Chicago de hoy en día.

10. Fin del testimonio

Ninguna norma positiva que estudié por aquella época sigue vigente. ¿Qué estudiamos, entonces, que ahora nos sirva? Fue mucho: los principios generales del Derecho, su lógica, la doctrina, los métodos de interpretación y la lectura de la jurisprudencia, cuya esencia aún per-

manece. Pero, fundamentalmente, aprendimos a aprehender el Derecho, es decir, aprendimos a conocerlo. Nos formamos en una metodología que nos permitió seguir conociéndolo en medio de todas estas sucesivas y, a veces, vertiginosas modificaciones. Al conocer el Derecho, conocimos también de Historia, de Análisis Político, de Economía, de Sociología, de Psicología, de Antropología. Inclusive el lenguaje fue estudiado como un proceso social e histórico. La dinámica universitaria de aquella época obligó, incluso, a conocer de marxismo, pero la lucidez de nuestros maestros nos acercó más a Kant y a Hegel que a Lenin, Stalin y Mao. Hasta la teología cristiana estuvo en cuestión y fue necesario que transcurrieran todos estos años para que se reconociera el valor intelectual del aporte de Gustavo Gutiérrez y se asumiera que su apuesta por los pobres constituye una necesaria opción ética y no un postulado político.

En resumen, al conocer el Derecho de ese modo, se conoció también la realidad social, se aprendió a leer e interpretar lo que ocurría a nuestro alrededor, se rescató al Derecho del escenario artificial de los libros y de las leyes, y se le comprendió funcionando en la vida real, donde siempre había existido. De este modo, el Perú pudo ser conocido más profundamente —y este conocimiento es una manera de conocernos a nosotros mismos— y nos convencimos, como César Vallejo, de que había mucho que hacer. Desde entonces, nos ha sido imposible dejar de preocuparnos y trabajar por un futuro mejor para todos. Gracias, Jorge Avendaño, a ti y a cada uno de nuestros maestros.

Aprendiendo a aprender

Shoschana Zusman Tinman

Escucho y olvido
Veo y recuerdo
Hago y entiendo
Proverbio chino

1. Una epistemología alternativa

La revelación de la existencia de manejos fraudulentos por una de las empresas auditoras más importantes del mundo, ha provocado una crisis de confianza de tal magnitud que ha remecido los cimientos mismos del sistema capitalista. Dado que los analistas coinciden en señalar que no se trata de un caso aislado, sino de una práctica enraizada en las empresas auditoras, el tema ha tenido que ser incorporado en la agenda política mundial; pues con él se plantea la necesidad de restaurar la credibilidad de una profesión que, años atrás, funcionaba como garantía de transparencia y veracidad.

El cuestionamiento a la *performance* de las profesiones liberales no es nuevo. Data de la década de los 60, en la que, en especial en Estados Unidos, se inició un debate sobre el verdadero aporte de los profesionales al bienestar de la sociedad. Para los críticos más radicales, los profesionales conforman una casta que se ha apropiado del conocimiento, al que monopolizan, que se desinteresa de las injusticias so-

ciales y que ha mistificado indebidamente su *expertise*.[1] Se considera también que los profesionales han recibido el inmerecido mandato de ejercer el control social en sus campos de especialización, lo que les permite actuar con autonomía en la definición del contenido y alcances de su práctica, y con el poder que les concede ser la autoridad en la materia, sin exhibir, como contrapartida, la capacidad de resolver problemas con efectividad y con sentido ético.

Subyace en tal crisis —se dice—[2] una educación universitaria fundada en una epistemología positivista, cuyo modelo educacional —llamado modelo tecnocrático o de exposición neutral— consiste en la pura transmisión de conocimientos. Según dicha perspectiva, la *performance* será verdaderamente profesional cuando la solución de los problemas se haga a partir de un conocimiento científico sistematizado, que los estudiantes deben almacenar a lo largo de su formación profesional y que podrán reproducir en el momento que ello sea requerido. No se repara, sin embargo, en que los problemas son únicos, que no se presentan en la práctica de manera uniforme y previsible, que su solución reclama la participación de otras disciplinas, que la creciente especialización hace que los profesionales no logren dominar todas las áreas del conocimiento[3] y que, por todas esas razones, el modelo de la pura transmisión de conocimientos es insuficiente. Tal insuficiencia ocasiona un alto costo social, pues es necesario complementar lo aprendido con una preparación vocacional adicional, que encarece el servicio y que, a la larga, *elitiza* la profesión.

Uno de los principales críticos del modelo tecnocrático es Donald Schön, profesor de «Estudios Urbanos y Educación» del Massachusetts Institute of Technology (M.I.T), quien revolucionó la enseñanza universitaria a partir de una investigación sobre el modelo de enseñanza de la Arquitectura. En su libro *The Reflective Practitioner*, publicado en el año 1983, Schön cuestiona el modelo tecnocrático por restringirse a un único tipo de reflexión —el conocimiento científico— sin conceder espacio a una aproximación alternativa que se pregunte qué se puede aprender de aquellas personas consideradas «talentosas», «sabias», «intuitivas» o «artistas», a las que el común de los seres humanos considera excepcionales. A partir de dicho cuestionamiento, Schön

---

[1] SCHÖN, Donald A. *Educating the Reflective Practitioner*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1987, p. 7 (traducción libre).

[2] Schön, Barnett y Houle, por ejemplo.

[3] Un reciente estudio en el Reino Unido revela que los abogados no pueden dominar más de dos especialidades.

propone una epistemología alternativa inspirada en la educación impartida en estudios de arte, conservatorios de música, supervisión psicoanalítica y entrenamiento deportivo, que pone el énfasis en un conocimiento para la práctica que el autor denomina *reflection in action* y que apunta a desarrollar una suerte de arte —*artistry*— que permite al profesional pensar en lo que está haciendo mientras lo hace y a hacerlo apelando no solo a lo aprendido en la universidad, sino a los conocimientos adquiridos a lo largo de su vida, es decir, a su experiencia. Y lo hace mediante un particular proceso de reflexión que permite el desarrollo de un conjunto de habilidades, para las cuales no existen reglas ni procedimientos, pero que son un verdadero «arte», como ocurre con los músicos de jazz que *sienten* la música, con los futbolistas que *sienten* la pelota y con los abogados que *sienten* el caso.[4]

El modelo de Schön parte de la descripción de una topografía profesional de dos pisos: el piso superior o «cielo de conceptos», que mira el piso inferior o «pantano de problemas». En el piso superior, los problemas pueden siempre resolverse con la aplicación de las técnicas aprendidas, mientras que, en el piso inferior, estos no son tan fáciles de resolver, pues se presentan pantanosos, desordenados y confusos, desafiando las soluciones pacíficamente encontradas en el piso superior. Lo irónico del caso —señala Schön— es que «los problemas del piso superior tienden a ser relativamente insignificantes para los individuos o para la sociedad en su conjunto, no obstante lo grande que pueda ser su interés técnico, mientras que en el pantano se sitúan los problemas que más preocupan a los seres humanos».[5] Los ingenieros civiles, por ejemplo, pueden estar muy bien preparados para la construcción de caminos según sus conocimientos de suelo, materiales y técnicas de construcción. No obstante, cuando se preguntan cómo afectará el camino a la economía de los pueblos aledaños o si es verdaderamente necesario construirlo, comienzan a enfrentar un abanico de problemas de carácter financiero, medioambiental, político e, incluso, antropológico —para no mencionar los aspectos éticos y de conflicto de interés— en relación con los cuales las teorías con las que están familiarizados son totalmente inútiles. Lo mismo ocurre con los

---

[4] JONES, Philip A. «We're all reflective practicioners now: reflections on professional education». En WEBB, Julian y Caroline MAUGHAN (eds.). *Teaching lawyer skills.* Butterworths,1996 (traducción libre).

[5] SCHÖN, Donald A. *Op. cit.*, p. 3 (traducción libre).

abogados, quienes podrán estar muy bien preparados en detectar cuál es el vicio del contrato y cuál es el procedimiento para remediarlo, pero que no lo están tanto cuando advierten la necesidad de analizar las relaciones entre las partes involucradas o el impacto económico del caso. En tales casos, la solución dependerá no solo de los conocimientos adquiridos durante la formación profesional, sino del conjunto de valores y de la formación previa del profesional en áreas distintas como son la política, la economía, la historia o la psicología, es decir, de su formación personal.

Una situación problemática es, para Schön, frecuentemente única y, por lo mismo, no puede ser ubicada dentro de las categorías conocidas por la teoría existente, sino dentro de aquello que el autor denomina *zonas indeterminadas*. El caso no está en los libros y, sin embargo, reclama una solución. Y para ello no es suficiente con aplicar las reglas almacenadas a lo largo de la formación profesional, sino desarrollar un tipo de análisis que apunte a encontrar soluciones prácticas y creativas mediante la combinación de conocimiento, intuición y acción. De esa manera, el concepto «arte» envuelve tres capacidades: el arte de plantear el problema, el arte de implantarlo y el arte de improvisar —*knowing in action*—, que permite responder a situaciones nuevas de manera «automática», y hasta inconsciente. Para ello, el profesional debe valerse de todo su bagaje cultural, al cual Schön llama *conocimiento tácito*, que el modelo tecnocrático descarta y que el autor reivindica como herramienta indispensable en el trabajo profesional. Se trata, entonces, de un ejercicio de la inteligencia distinto del tradicional, absolutamente riguroso en sus términos y que ocupa, sin duda, un lugar central en la práctica profesional.

Pese a su innegable valor y atractivo, la teoría de Schön ha sido cuestionada. Se dice, por ejemplo, que no todo lo que se presenta en la práctica es necesariamente conflictivo; que existen situaciones imprevistas no conflictivas y situaciones rutinarias conflictivas; que la utilización de la arquitectura y el diseño como modelos de aprendizaje no es correcta, pues no toda acción humana involucra creación; que la separación entre conocimiento y «arte» es artificial; que Schön minimiza la importancia del conocimiento; y, finalmente, que no todo acto profesional se produce en un lapso tan corto que requiera «pensar en un pie». No obstante, y pese a lo fundado de la crítica, ningún teórico posterior a Schön deja de reconocer su decisiva importancia como iniciador del proceso de aprendizaje por medio de la reflexión y su influencia en el desarrollo de nuevas corrientes epistemológicas que

cuestionan el modelo tecnocrático tradicional, como son las lideradas por Dewey, Eraut y Barnett.[6]

2. Algunos modelos de enseñanza del Derecho basados en la epistemología de Schön

La teoría de Schön ha sido acogida en la enseñanza de la Medicina, la Ingeniería y el Derecho a través de diversos modelos de enseñanza conceptualmente vinculados entre sí. Entre estos destacan el modelo holístico y el de la enseñanza basada en problemas, este último incorporado como *full curriculum* en las facultades de Derecho de las Universidades de Limburg, en Maastrich, Holanda; y Southwestern, en Los Ángeles, California.

En teoría educacional, el término holismo es utilizado para describir una manera estructurada de aprender, en la que la atención se centra en el análisis del problema entendido como conjunto y no en el de sus partes integrantes. Julian Webb[7] define el holismo de la siguiente manera: «Sugiero que el holismo es un término que describe aquellas aproximaciones a la educación que subrayan la relevancia de una gama de formas de conocimiento: el proposicional, el práctico y el personal. Para ponerlo en términos simples, el conocimiento se convierte en holístico cuando incluye el conocimiento teórico, valores y habilidades en el contexto de una experiencia individual [...]». Se trata, como puede verse, de una manera distinta de aproximarse a los problemas, que supone la integración de los tradicionales valores académicos de comprensión y crítica —el cielo de conceptos de Schön— con el mundo de la acción —el pantano de problemas— que incluye el aprendizaje de habilidades o destrezas (i.e. comunicación y negociación), y el desarrollo de actitudes, como son la conciencia de la necesidad de aprender a lo largo de toda la vida, la apertura a ideas provenientes de otras disciplinas, «el estado de alerta», la adopción de ciertos hábitos de análisis y de reflexión sobre la propia conducta (autocrítica), la incorporación del contexto en el análisis del problema y, finalmente, el *back talk*, que obliga a plantear el problema una y

---

[6] Véase Jones, Philip A. *Op. cit.*

[7] Webb, Julian. «Why theory matters». En Webb, Julian y Caroline Maughan (eds.). *Op. cit.*, p. 38 (traducción libre).

otra vez, a pensar en sus consecuencias e implicancias, y a evaluarlo según las reglas del costo-beneficio.

El modelo de aprendizaje holístico se caracteriza por aceptar la existencia de distintas «verdades» sobre el Derecho y de distintas —e igualmente válidas— maneras de interpretar la ley y los contratos. Para el holismo, no existe una sino muchas respuestas correctas, y tampoco existe autoridad en la materia. De lo que se trata es de unir la respuesta netamente técnica —los principios del contrato, los remedios y los mecanismos procesales— a consideraciones extralegales, como son las consecuencias comerciales o personales del problema. El holismo es, también, una aproximación sociopráctica que toma contacto con la dimensión humana del problema, lo que permite incorporar sin dificultad aspectos éticos que nunca aparecen cuando las aproximaciones son puramente técnicas. Esta metodología permite entender que la abogacía consiste en un ejercicio básicamente argumentativo, en el que se trata de «construir», «elaborar» o «crear» razones, alegaciones y argumentos, y de orientarlos creativamente a favor del cliente en un contexto de total incertidumbre sobre el resultado del caso. Se trata, en definitiva, de enfatizar lo «concreto» del problema, de establecer alternativas y actuar sobre la base de ellas, y de incorporar el afecto, la intuición, la ética y la empatía al manejo del caso, sensibilizando al futuro abogado sobre la necesidad de estar alerta no solo a las reacciones de los demás, sino también a las suyas.

Como se apreciará mejor en el capítulo siguiente, en el que se describirá un curso imaginario, la enseñanza mediante el método holístico se hace por medio del planteamiento de problemas deliberadamente simples que, a pesar de ello, despiertan en los alumnos dudas e interrogantes que les permite ir convirtiéndose, gradualmente, en los *reflective practitioners* aludidos por Schön. Así, por ejemplo, para entender la diferencia entre el «pantano de problemas» y el «cielo de conceptos», se trabaja con un contrato de compraventa a distancia, en el que se produce una desinteligencia entre las partes consistente en que, para el vendedor, el plazo de entrega es prorrogable, mientras que, para el comprador, es improrrogable. Las preguntas que los alumnos deben formularse son, entre otras, ¿cuál es el problema legal?, ¿qué preguntas debo hacer al cliente para entender el problema real?, ¿qué preguntas no debo hacerle?, ¿qué chances tiene el cliente de ganar un hipotético juicio?, ¿qué tiempo tomará?, ¿vale la pena litigar cuando el monto involucrado no es significativo?, ¿quién es la otra parte?, ¿se trata de una persona con la cual puede iniciarse una nego-

ciación?, ¿cómo debo transmitir mi opinión al cliente?, ¿la tomará exactamente en el sentido que pretendo transmitírselo?, ¿cuál sería la reacción de mis colegas en el estudio si recomiendo al cliente no tomar acción?, ¿soy capaz de manejar un caso de esas características?, ¿tengo la experiencia suficiente? Como puede verse, si la aproximación se hiciera a partir del puro conocimiento técnico, solo con conocer los aspectos legales del problema, este quedaría resuelto. Sin embargo, cuando la aproximación es holística, la respuesta es tan solo el inicio del análisis, pues es posible que, en el ejemplo propuesto, cualquiera de las partes tenga la razón, pero que, por consideraciones distintas, a ninguna le convenga ir a juicio. La reflexión, pues, no se agota, ni mucho menos, en el análisis estrictamente jurídico, lo cual revela la existencia de un abismo —aunque también de una vinculación— entre la teoría y la práctica. No es, entonces, suficiente con tener capacidad de resolver el problema en el papel, es decir, en la teoría, pues, con ello, el caso real casi nunca quedará resuelto, sino que también es necesario poder trasladarlo a una realidad que reclama respuestas, algunas técnicas y otras de índole distinta.

El segundo modelo de enseñanza derivado de la epistemología de Schön es, como se ha adelantado, la enseñanza basada en problemas (*problem based learning*). En ella, de manera semejante a la metodología holística, se pone el acento en el valor de la experiencia profesional. Así, lo que, en un primer momento, se presenta como un «problema», se convierte, por efecto de su repetición, en un mero «ejercicio». Por ello, este método apunta a la enseñanza por medio de problemas con una alta dosis de realidad donde el reto consiste en convertirlos en rutina mediante la unificación de la teoría, el desarrollo de destrezas (i.e. redacción, defensa) y el conocimiento práctico. Uno de los estudios más recientes sobre el valor de la experiencia muestra que, en el campo de la medicina, «un médico experimentado sólo encuentra el 5% de problemas en su práctica. El resto de los casos representa algo visto antes».[8] Por esa razón, este método de enseñanza trata de cerrar la brecha existente entre el «novato» y el «experto», acelerando el proceso de acercamiento, aunque con plena conciencia de que —como en todo— el transcurso del tiempo es insustituible para sedi-

[8] Se trata de las investigaciones de Norman y de Woods, citados por CRUIKSHANK, David A. «Problem based learning in legal education». En WEBB, Julian y Caroline MAUGHAN (eds.). *Op. cit.*, p. 193 (traducción libre).

mentar ideas, valores y actitudes.[9] Y, aunque no existe todavía evidencia empírica sobre los resultados de este método de enseñanza, se destaca, entre sus ventajas, la motivación, pues estimula a que los alumnos, abandonando la pasividad, produzcan algo propio;[10] la recordación, pues se considera más fácil recordar lo hecho que lo oído;[11] la capacidad de apreciar el valor de los conceptos legales; la capacidad de expandir las fuentes de conocimiento (biblioteca, observación, entrevistas); la incorporación al análisis de aproximaciones interdisciplinarias; y, en general, el desarrollo de la capacidad de «aprender a aprender» mediante la focalización de la responsabilidad del aprendizaje en el alumno y no en el profesor. La tarea del profesor está en el diseño de los problemas, y en la construcción y facilitación de la discusión en grupo, mas no en la preparación de clases y conferencias lo cual da cuenta de su complejidad, pues no siempre es fácil acceder y, mucho menos, imaginar casos cuya riqueza permita lograr los cometidos de esta metodología.

En lo que sigue, y con el propósito de ilustrar al lector sobre la aplicación de la metodología holística, describiremos un curso imaginario y una clase imaginaria, ambos inspirados en los cursos dictados por Caroline Maughan y Julian Webb en la Universidad de West of England, y por Andy Boom en la Universidad de Westminster, que han sido detalladamente descritos en los magníficos artículos «Taking Reflection Seriously» y «Skills in the Initial Stage of Legal Education: Theory and Practice of Transformation», así como en el texto *Lawyering Skills and the Legal Process*.

3. Un curso imaginario

Se trata del curso denominado «Destreza Legal», imaginario por el momento, aunque real en el semestre 2003-II, en que Huáscar Ezcurra y yo, con la invalorable participación de Jorge Avendaño como nues-

---

[9] Ha sido demostrado que toma aproximadamente diez años adquirir experiencia para resolver problemas y que los patrones de razonamiento en un área no son necesariamente transferibles a otra (Hayes, citado por Cruikshank en *op. cit.*, p. 197.

[10] Cabe señalar que la pasividad de los estudiantes es considerada como uno de los problemas más graves de la enseñanza por medio del método tecnocrático o de pura transmisión del conocimiento.

[11] La recordación es fundamental si se considera que la memoria es un instrumento valiosísimo en la práctica legal.

tro mentor y consejero, dictaremos a los alumnos del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. El curso se desarrollará a manera de taller, en bloques de tres o cuatro horas semanales, durante 18 semanas. En este curso, pretendemos desarrollar los *DRAIN Skills*,[12] sigla que comprende el aprendizaje de las habilidades de redacción, investigación, defensa, entrevistas y negociación. Si bien el número de horas asignadas es insuficiente para trabajar cada una de dichas habilidades en profundidad, es nuestra intención recorrerlas todas. Para ello, se han asignando, aproximadamente, cuatro sesiones a cada una, a fin de que los alumnos tengan un panorama completo de lo que significa el entrenamiento en habilidades. Según cual sea el resultado del curso, en los siguientes semestres se podrá profundizar el aprendizaje de alguna de dichas habilidades.

Según lo señalado, el curso se adscribe a la metodología holística, por lo que los problemas que se traten serán analizados desde todos sus ángulos y siempre con el auxilio de otras disciplinas, en particular la psicología, la economía y la administración. Para ello, hemos «inventado» un caso, cuyo nombre ficticio es el «Caso Marconi», que atravesará todo el curso y que ha sido construido a partir un caso real con algunos elementos imaginarios. Se trata de una empresa familiar de la tercera generación (nietos), en la que se produce un conflicto entre los socios minoritarios y mayoritarios debido al deseo de algunos minoritarios de separarse de la sociedad. El caso tiene gran riqueza pedagógica, pues el debate jurídico se produce en el contexto de pérdidas patrimoniales significativas y del deterioro de las relaciones entre los miembros de la familia, lo que permitirá abordar el problema desde las perspectivas jurídica, económica, administrativa y psicológica. Se trata, pues, de una aproximación holística, mediante la que se espera que los alumnos lleguen a entender que el análisis jurídico no agota, ni mucho menos, el tema y que, además del conocimiento del caso, la intuición, el sentido común, la empatía y el autoanálisis constituyen herramientas esenciales en el manejo de un caso.

El «Caso Marconi» será presentado a los alumnos al inicio del curso como el elemento central de unos materiales de enseñanza que contendrán la información jurídica pertinente, así como textos de psicología y administración de empresas que tratan la problemática de

[12] Se conoce como *DRAIN Skills* el desarrollo de las siguientes destrezas: redacción (*Drafting*), investigación (*Research*), defensa (*Advocacy*), entrevistas (*Interviewing*) y negociación (*Negotiation*).

la empresa familiar a partir de sus respectivas perspectivas. Dichos materiales contendrán únicamente lo elemental, pues uno de los objetivos del curso es lograr que los alumnos se familiaricen con técnicas de investigación, como son la recopilación del material del caso (actas, cartas etc.), el estudio de doctrina (textos de diversas disciplinas) y el análisis de la jurisprudencia sobre el tema. Los materiales también contendrán algunos textos sobre la enseñanza de la destreza legal, dado que se considera imprescindible que los alumnos conozcan exactamente los porqués de lo que están haciendo a fin de evitar los riesgos de apatía, desinterés y frustración, que suelen ser reportados como los principales problemas en esta línea de carrera.

La idea es dividir a los alumnos en tres grupos: los defensores de los socios minoritarios, los defensores de los socios mayoritarios y los jueces o árbitros. Además, se trabajará mediante la simulación de casos o *role playing*. Los propios alumnos, los profesores y, en algunos casos, incluso actores de teatro[13] desempeñarán los roles de cada uno de los personajes. La intervención de los profesores como clientes es, en este caso, importante, pues se considera que ello permitirá orientar la discusión gracias a la incorporación de dosis de incertidumbre y de dificultad, requeridas para entender adecuadamente el «pantano de problemas». El objeto de la división en grupos es forzar a los alumnos a adoptar el punto de vista de una de las partes, para lo cual deberán «construir» los argumentos del caso. Al ser el *role playing*[14] una de las herramientas fundamentales del curso, cada grupo deberá manejar el caso con la mayor aproximación posible a la realidad. De esta forma, los alumnos se ejercitarán en la defensa escrita y oral de sus respectivos patrocinados o, en el caso de los jueces, en la producción de la sentencia, bajo la mirada crítica de los tutores y de los demás alumnos. Algunos textos recomiendan que, a lo largo del curso, los grupos se recompongan, de manera que los partícipes de un grupo transiten de un rol a otro y puedan, así, «sentir» la naturaleza fundamentalmente argumentativa del Derecho. Sin embargo, no optaremos por ello, debido a las dificultades que vislumbramos puedan producirse por tratarse de la primera vez que el curso será dictado.

---

[13] La participación de actores de teatro es una práctica frecuente en las universidades norteamericanas.

[14] El juego de rol no es la única herramienta. También, se utilizan grabaciones o videos, asignación de pequeñas tareas de investigación, ejercicios de interpretación y otros.

La división en grupos cumple un objetivo adicional: el aprendizaje del trabajo en equipo. Este aspecto es considerado fundamental en esta línea de carrera, no solo debido a la creciente tendencia a la especialización —que hace del trabajo en equipo un esquema obligatorio—, sino porque permite poner a prueba áreas de conducta como son la tolerancia, la perseverancia, la empatía o la motivación cuyo valor es indiscutible en el ejercicio profesional, y que la metodología tradicional considera —equivocadamente a nuestro entender— atributos naturales no susceptibles de ser aprendidos y desarrollados.

Como decíamos, el curso transitará por el aprendizaje de todas las destrezas o, por lo menos, de la mayor parte de estas. Luego de dos clases introductorias, las siguientes cuatro clases (primer bloque) serán dedicadas al aprendizaje de la entrevista con el cliente; en ella, también a partir del *role playing*, los alumnos tendrán que saber qué preguntar, cómo preguntar y cuándo preguntar, para lo cual deberán haber estudiado el caso. Todo cuenta al aprender a entrevistar: la manera de recibir al cliente, las interrupciones, el ambiente de la oficina, la «presencia» del abogado, tomar o no tomar notas, discutir o no el honorario, el territorio en el que se realiza la primera entrevista, y la capacidad de escuchar y de preguntar. El segundo bloque —también de cuatro clases— será dedicado al desarrollo de la habilidad de resolver problemas; para ello, se enseñará a utilizar un modelo estructurado que comprende reunir información (para ello, existen diversas técnicas), generar hipótesis de trabajo (la elaboración de los aspectos jurídicos del problema), interpretar la información (mediante el contraste con la hipótesis y la construcción de la historia del caso) y evaluar la hipótesis (por medio del análisis del pro y el contra, y la elección del camino más conveniente). El tercer bloque, de seis clases, comprende la elaboración de documentos; en este bloque, el principal objetivo será sensibilizar a los alumnos sobre la importancia que tiene en Derecho la «buena pluma», y ayudarlos a identificar sus fuerzas y debilidades de redacción. Así, se ejercitará a los alumnos en la lectura de textos y en su redacción. Además, se les explicará la importancia de la precisión y claridad, y se les pedirá que descarten la muy enraizada idea de que los textos serán más legales cuanto más oscuros y complicados sean. Asimismo, los alumnos deberán aprender a discriminar entre las características de los diversos tipos de documentos (demandas, cartas, memorandos, etc.) y a conocer sus diferencias en cuanto a extensión, precisión, formalidad, objetividad, etc. El último bloque, finalmente, estará dirigido a la presentación oral del caso

Marconi; para ello, se trabajará el tema de los abogados como comunicadores y se analizará una serie de aspectos como son las barreras comunicativas, el metalenguaje y, en especial, el lenguaje corporal (proximidad, postura, orientación, apariencia física y movimiento de manos).

El ambiente del curso será informal, aunque no por eso poco riguroso. Se considera que la informalidad elimina de manera muy provechosa barreras comunicativas entre el profesor y el alumno, y entre los mismos alumnos. No obstante, los profesores deben imponer seriedad y respeto, de forma tal que los estudiantes puedan opinar, argumentar y explayarse en un ambiente de «cero riesgo». El clima de soporte y confianza es difícil de crear no solo por la amenaza que, para algunos alumnos, significa ser observado, sino por la falta de comprensión de los objetivos del *role playing* y, en general, del valor de la crítica. Se recomienda, por ello, que, desde el inicio, profesores y alumnos establezcan ciertas reglas de conducta, que incluyan el respeto por lo que están haciendo, y la comprensión de la importancia de la crítica y de la retroalimentación en este tipo de trabajo. Cada ejercicio, entonces, será «actuado» por un grupo y comentado por el otro, con el apoyo de los tutores, de manera que, gracias a la discusión, se expongan no solo los aspectos jurídicos, sino también los aspectos psicológicos, económicos, administrativos, éticos y operativos del problema.

El rol de los profesores es esencial. Dado que el curso se apoyará en la participación de los alumnos, los profesores, lejos de cumplir el rol de expositores, serán *facilitadores* de la discusión y actuarán a manera de espejo, es decir, «devolviendo» críticamente las actitudes y comentarios de los alumnos. Heron[15] sintetiza muy bien el rol del tutor cuando señala que «un buen consejero [tutor] usará su experiencia y distancia del problema para crear intervenciones positivas que sean el soporte del desarrollo y el crecimiento individual, pero que, por momentos debe ser mandatorio o confrontacional. Ese es el efecto que trato de conseguir». La idea es enseñar cómo y no enseñar qué; así, el cometido de los profesores consistirá en apoyar a los alumnos en sus respectivos procesos de aprendizaje a manera de tutores o *coaches*. Por ello, se eliminará la división del espacio físico que separa a profesores y alumnos —el pupitre— con la intención de suprimir el control

[15] Heron, citado por Webb, Julian y Caroline Maughan. «Taking Reflection Seriously: how was it for us?». En Webb, Julian y Caroline Maughan (eds.). *Op. cit.*, p. 268.

de la situación por parte de los profesores, quienes intervendrán en las discusiones lo menos posible, a fin de restringir al máximo su influencia en el manejo de los casos. Como puede verse ser tutor no es tarea fácil, pues, si bien la idea es no ser especialista en ningún tema en particular, la falta de especialización puede atentar contra el rigor del análisis. Por otro lado, el tutor debe estar alerta a no perder su rol de *facilitador*, para lo cual debe evitar caer en la tentación de responder a todas las preguntas. La idea es, según Maughan,[16] «convertirse en redundante lo más pronto posible, permitiendo a los alumnos descubrir por sí mismos qué funciona, por qué funciona y cómo capitalizarlo». Se trata, por lo demás, de una actuación que, aunque flexible e informal, no es ni puede ser improvisada, ya que es indispensable no solo la preparación de cada clase con gran nivel de detalle, sino su dictado en un particular estado de alerta que permita analizar y criticar los comentarios de los alumnos de manera creativa, franca y respetuosa.[17]

La actitud de los alumnos es, asimismo, importante. Si, como se ha señalado, estos no logran captar la esencia del curso, pueden desarrollar apatía, desinterés o frustración. Por eso, se afirma que más que saber lo que están haciendo deben creer en lo que están haciendo. Para ello, resulta fundamental la convicción de los propios profesores sobre el valor del curso y, por supuesto, su adecuada transmisión. Esto último es fundamental, pues se considera que, si los alumnos no tienen claro los porqués del curso y la importancia del aprendizaje de habilidades pueden llegar a desarrollar la tendencia al facilismo y confundir el aprendizaje con el juego, lo cual atenta directamente contra el objetivo que se pretende alcanzar.

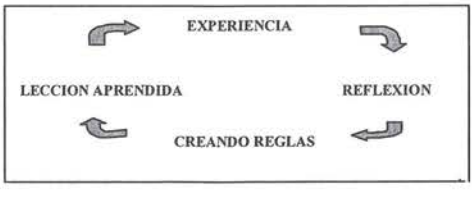
Como se ha señalado, el curso apunta al aprendizaje del «arte de ser abogado», lo que implica un proceso de reflexión o análisis de lo que se está haciendo, y de aprehensión o creación de una teoría de conducta. Para ello, se trabajará con el modelo de Kolb,[18] que descri-

---

[16] MAUGHAN, Caroline. «Learning how to learn: the skills developer guide to experiential learning». En WEBB, Julian y Caroline MAUGHAN (eds.). *Op. cit.*, p. 64.

[17] CRUIKSHANK, David A. *Op. cit.*, pp. 199-203.

[18] Ciclo de aprendizaje de Kolb:



be un ciclo de aprendizaje, cuya secuencia se divide en cuatro partes: (i) se encuentra la experiencia del problema, fase que produce, generalmente, la sensación de perplejidad; (ii) reflexión donde el problema es analizado, tanto desde el punto de vista de la experiencia misma como de los sentimientos que dicha experiencia despierta; (iii) creación de la regla de conducta, producto de la reflexión; y, (iv) planeamiento y demostración que implica que la conducta ya ha sido modificada y que se utilizará de esa manera en una futura experiencia. Los alumnos utilizarán el ciclo de Kolb para resolver problemas tales como tener que dar una mala noticia al cliente o hacerle una propuesta no necesariamente «ganadora», aunque racional y práctica. A partir de dichas situaciones, el alumno deberá identificar la «experiencia» (la mala actitud del cliente), la «reflexión» (el error consistente en haber dado la noticia en un momento inadecuado), la «regla de conducta» (el aprendizaje de que no todo momento es igualmente bueno para dar malas noticias) y el planeamiento y demostración (el cambio de conducta para el futuro). El ciclo de aprendizaje de Kolb será explicado en la primera clase y los profesores deberán enfatizar que cada nueva experiencia tiene que ser analizada utilizando dicho modelo.

Una de las herramientas fundamentales del curso es la utilización de un diario. Se trata de un cuaderno de notas en el que cada alumno debe hacer el análisis crítico de su propia *performance* y el de sus compañeros. Para ello, debe anotar, libremente, todo aquello que le parezca importante, incluso los aspectos jurídicos del problema, su punto de vista sobre la actuación de los demás y las sensaciones producidas a partir de la experiencia vivida. El uso del diario es importante, pues crea un espacio de reflexión que permite a los alumnos no solo capacitarse en el pensamiento crítico, sino —lo que es más importante— producir nuevas ideas. Algunos ejemplos sobre el contenido de los diarios han sido descritos por Boon[19] a propósito del curso *Law in Action* dictado por dicho autor en la Universidad de Westminster. Un alumno describe el tránsito del razonamiento dual (blanco o negro) a uno relativista (gris) de la siguiente manera: «He descubierto que mi manera de aprender debe madurar drástica y rápidamente. El semi-

[19] Boon, Andy. «Skills in the initial stage of education: theory and practice of transformation». En Webb, Julian y Caroline Maughan (eds.). *Op. cit.*, p. 115 (traducción libre).

nario *Law in Action* me ha abierto los ojos y me ha enseñado mucho acerca de mí mismo y de los otros [...] ha sido una experiencia amenazante [...] ahora sé que debo cambiar [...] y yo sé que todavía soy extremadamente flojo. La manera como estudio es pasiva y superficial [...]». Otro alumno, al analizar una clase de entrevistas, sintió que le fue mal. En dicha ocasión, el cliente entrevistado —interpretado por el tutor— exhibió una conducta que disgustó al alumno, sobrepasándolo y colocándolo en una lógica que le despertó angustia y frustración. El alumno escribió lo siguiente: «Sentí que inicié la entrevista bien [...] aunque no hice buen uso del tiempo asignado para la entrevista [...] la entrevista perdió espontaneidad, porque no me «separé» del texto, [...] fui muy lento en preguntar [...]». Una alumna señalaba, respecto de la primera entrevista con el cliente, que «[...] inicialmente culpé de mi mediocre desempeño a la falta de realismo que implicaba estar frente a una cámara de video, así como al ruido fuera del cubículo [...] pero luego entendí que ese sería el ambiente normal en mi práctica profesional y que los equipos de grabación serían usados en cualquier circunstancia». Otro alumno describía sus errores en una clase de negociación de la siguiente manera: «[...] reconozco mi error en haber diseñado el plan, porque profundicé demasiado[...]». Otro alumno señaló, finalmente, que «al comienzo yo estaba escéptico sobre el resultado del curso y de los beneficios potenciales del mismo. Este escepticismo ha desaparecido desde que comencé a escribir el diario [...] el análisis del duro proceso de elaborar planes de acción; de los aspectos que funcionaron y de los que no funcionaron y el presenciar la evaluación de la *performance* de mis compañeros [...] es un aprendizaje valioso, que me durará toda la vida [...]».

La evaluación es uno de los aspectos más difíciles en esta línea de carrera, pues no siempre es claro qué es lo que debe evaluarse. Se pretende, en principio, evaluar el conocimiento de los aspectos jurídicos (sustantivos y adjetivos); el razonamiento jurídico; las habilidades específicas en entrevistas, investigación, presentación oral y escrita; la capacidad de trabajar en equipo; la habilidad de incorporar el contexto y de incorporar los aspectos interdisciplinarios que el problema reclame; el manejo afectivo del problema; y la utilización del diario. Lo ideal es que cada alumno tenga la oportunidad de ejercitarse frente a los profesores y demás alumnos en una entrevista al cliente, y que cada grupo presente un informe escrito, una demanda o una contestación a la demanda, y un informe oral. Asimismo, el diario deberá ser evaluado por los profesores en detalle, analizando, en especial, el

grado de profundidad en el análisis y la capacidad de autocrítica, lo cual es complicado debido a la previsible —y natural— tendencia de los alumnos a considerar que la autocrítica será penalizada cuando se trata exactamente de lo contrario.

Finalmente, algo sobre los problemas y dificultades que enfrentaremos. El primero de ellos está referido al número de alumnos por clase, pues se considera que cada grupo debe tener como máximo 12 integrantes, de manera que todos tendrán la oportunidad de acceder a la «experiencia». Este aspecto es difícil de lograr, pues el número de alumnos podría ser mayor, con lo cual el riesgo de tener estudiantes pasivos no podrá ser eliminado en su totalidad. Asimismo, las facilidades materiales, tales como suficientes textos de lectura, computadoras, impresoras y otros, no abundarán, aunque esas mismas dificultades pueden ser un aprendizaje de adaptación a las condiciones existentes. La retroalimentación (*feedback*) por parte de los tutores —considerada en las encuestas sobre el tema como la principal fuente de aprendizaje—[20] es, asimismo, problemática, ya que es previsible que, en las pocas horas de clase y con un número de alumnos mayor al ideal, la retroalimentación resulte insuficiente. La evaluación también es complicada, pues no se llegará a conocer a los alumnos lo suficiente como para poder determinar exactamente el beneficio obtenido desde que comenzaron el curso hasta que lo terminaron. La dependencia de la técnica del *role playing* es igualmente problemática, pues lo artificial del ambiente podría estimular la falta de seriedad. Esto último, sin embargo, puede ser remontado con la adecuada preparación de cada clase y con el complemento del *role playing* con otras herramientas tales como videos o grabaciones. Es posible, asimismo, que un ejercicio despierte emociones, sobre todo en aquellos casos en que se aluda a actitudes y valores. No obstante, el despliegue de emociones, aunque complicado, puede ser favorable si se produce en una atmósfera de soporte y confianza, y si la retroalimentación de los tutores logra que los alumnos saquen provecho de la situación.

La expectativa es, pues, formar estudiantes capaces de integrar la teoría con la práctica y de dar valor a los conceptos. También, es necesario que incorporen el contexto al análisis, que aprendan a valerse de otras disciplinas y que sean capaces de desarrollar un elevado sen-

[20] KILPIN, Peter. «Skills teaching on the Legal Practice Course». En WEBB, Julian y Caroline MAUGHAN (eds.). *Op. cit.*, p. 254 (traducción libre).

tido ético. Finalmente, los alumnos podrán identificarse con los casos, aprender a lo largo de toda la vida y, en definitiva, dominar el «arte» de ser abogado.

4. Una clase imaginaria

La clase imaginaria que a continuación se describe da cuenta de un problema surgido con uno de los clientes en el «Caso Marconi». Los hechos son reales, aunque el diálogo es imaginario.

El problema es el siguiente: el grupo de «abogados» de uno de los minoritarios ha llegado a la conclusión de que lo más conveniente para su cliente es solucionar el problema por medio de una negociación. No obstante, la mala relación entre minoritarios y mayoritarios permite vislumbrar que la participación directa del cliente en la negociación terminaría irremediablemente en un fracaso. Por ello, el consejo al cliente es que otorgue poder a uno de los «abogados», de manera que, al ser suficientemente neutral, pueda actuar con mayor efectividad. Para dicho fin, el grupo ha redactado un poder amplio y general, en el que el abogado puede administrar y disponer irrestrictamente de los bienes de su «representado». El grupo ha evaluado también el aspecto referido a sus «honorarios» y ha llegado a la conclusión de que no existe seguridad de que el cliente cumpla con el pago de estos. Se ha considerado, por ello, «aprovechar» el poder, de manera que incluya la capacidad del abogado representante de detraer automáticamente el monto de sus «honorarios» del precio de venta de algunos inmuebles de los clientes.

La técnica a ser empleada es la simulación o *role playing*. Así, el «abogado» será uno de los integrantes de uno de los grupos y el «cliente» será, en este caso, el tutor. El lugar es la oficina del abogado. El abogado recibe al cliente vestido informalmente.

Simulación o *role playing*

Abogado: adelante, pase usted. (No extiende la mano para saludar)
Cliente: muchas gracias. (Tampoco extiende la mano para saludar)

El abogado se sienta detrás de su escritorio y le alcanza una silla al cliente para que se siente. Se enredan en una conversación inicial sobre los últimos acontecimientos políticos.

Abogado: eee... bueno... yo quería plantearle... eee... que he estado analizando la situación y considero que... eee... llevar el asunto a juicio podría ser inconveniente para usted, debido a las demoras y los altos costos que un proceso significa. Por ello... eee... lo mejor es ir a una negociación con la otra parte.

Cliente: me parece correcto, pero ¿cómo sería?

Abogado: bueno, ahí está el problema, porque no sería efectivo que... eee... usted participara directamente en la negociación...

Cliente: ¿por qué?

Abogado: bueno... le ruego no tomárselo a mal, pero... eee.. .usted sabe... muchas veces las negociaciones desatan emociones difíciles de manejar y un fracaso podría complicar aún más las cosas...

Cliente: (algo irritado) bueno, no concuerdo con usted, porque yo me considero una persona capaz de manejar muy bien mis emociones, cosa que no ocurre con la otra parte, que es temperamental, poco inteligente y poco instruida. Pero puedo entender su punto. ¿Qué es lo que propone?

Abogado: bueno... eee... yo considero... quisiera que usted entienda... eee... que lo mejor sería que yo lo represente en la negociación... eee... eso facilitaría mucho las cosas...

Cliente: me parece bien, aunque le reitero mi posición...

Abogado: me he permitido preparar un texto de otorgamiento de poder en mi favor... (se lo alcanza)... que le ruego revisar aquí mismo y, de ser posible... eee... firmarlo de inmediato, puesto que lo deseable es... eeee... iniciar las negociaciones lo más pronto posible...

Cliente: bueno, déjeme verlo, pero explíqueme antes de leerlo si yo corro algún riesgo al otorgarle poder.

Abogado: ¿riesgo?... bueno, en realidad ninguno... bueno, es cierto que el poder comprende la posibilidad de disponer de todos sus bienes, pero es obvio que yo no lo haré sin antes consultar con usted... es tan solo una formalidad la del poder que, como le expliqué, permitirá una negociación más fluida...

Cliente: aunque yo no soy abogado, por lo que puedo entender, usted podría vender todos mis bienes y no entregarme el dinero. ¿Cómo me aseguro de que eso no ocurra? No es que desconfíe, pero... yo quisiera dormir tranquilo... entiéndame, no es que desconfíe de usted...

Abogado: (irritado) bueno, eso es teóricamente cierto, pero, en la práctica, no se dará... puede usted consultar sobre mi solvencia moral y verá que ese riesgo no existe...

Cliente: sí, estoy seguro de eso, pero, en todo caso, quisiera pensarlo...

Abogado: quisiera también explicarle que el poder incluye la posibilidad de detraer automáticamente el honorario, de manera que... eee... sea algo más fácil... eee...

Cliente: ¿más fácil, qué?

Abogado: bueno, la cobranza... usted sabe que los abogados, como todos los demás profesionales, vivimos de los honorarios... eee... y sería todo más simple, menos complejo...

Cliente: sí, pero parece que usted desconfía de mí...

Abogado: no, no es eso, no lo tome de esa manera, no ha sido mi intención... eee... pero quisiera que entienda...

Cliente: (totalmente irritado) ¿que entienda qué? ¿Que yo sí debo poner todos mis bienes en sus manos y usted no es capaz de poner en riesgo su honorario? ¿Le parece eso correcto? ¿No cree que la confianza debe ser recíproca?... por lo pronto, no firmaré el poder hoy, quisiera pensarlo con tranquilidad y consultarlo con un primo mío que es abogado...

Abogado: pero eso retrasará la solución del problema... piense usted que yo no puedo actuar sin tener un poder suficiente... y, en estos casos, si no se actúa en el momento, se pierde la oportunidad...

Cliente: (más irritado aun) no quisiera discutir más el asunto. Ya me comunicaré con usted cuando lo tenga claro... hasta luego...

Experiencia y reflexión

Siguiendo la secuencia del ciclo de aprendizaje de Kolb, la discusión se inicia con las siguientes preguntas: ¿qué ocurrió?, ¿qué fue lo que permitió que eso ocurriera? y ¿cuál fue el resultado? Esta reflexión debe ser complementada con el análisis de las actitudes, valores y emociones.

¿Qué ocurrió? (experiencia)

Tengo la impresión de que el cliente llegó a mi oficina de mal humor; me sentí cohibido de extenderle la mano y él tampoco hizo el intento. Mi actitud tampoco fue demasiado amable, pues el cliente me parece problemático y temperamental. Habla demasiado, me hace perder tiempo y no parece ser receptivo a lo que yo le digo. Cuando le propuse que me otorgara el poder, sentí que se irritaba y pensé que no logra-

ría convencerlo, con lo cual el caso no podría resolverse. Me sentí mal. La situación empeoró cuando le hice referencia a que le cobraría el honorario detrayendo directamente el monto. Al ver su reacción, sentí que podría haber perdido el cliente. Sin embargo, no veo otra solución que la del poder.

¿Qué permitió que eso ocurriera? (reflexión)

Tal vez, no me preparé suficientemente, pues la solución que le propuse era muy riesgosa. Debí pensar mejor en cómo se lo diría. Estuve particularmente inseguro. Debí haber pedido ayuda al jefe del estudio, quien tiene cierto ascendiente sobre el cliente. Mi vestimenta informal puede haber influido en su desconfianza, pues no parezco abogado. Creo que mi nerviosismo fue ostensible; él lo percibió y, tal vez por eso, adoptó una actitud defensiva. Es cierto que un poder de disposición amplio y general es un riesgo, pues, aunque yo sé que mis valores son muy sólidos y que no sería capaz de traición, el cliente no tiene por qué percibirme de esa manera. Y eso no tiene por qué ofenderme, aunque me ofendió. Es posible que yo haya sido demasiado insistente, pero, por otro lado, mi deber es convencer al cliente de actuar conforme a sus intereses, y el otorgamiento del poder responde a ello. Sin embargo, eso lo sé yo, mas no necesariamente él. Por otro lado, entiendo perfectamente la irritación que puede producir la desconfianza que demostré no solo respecto de su incapacidad de manejar un asunto, sino del cumplimiento en el pago de los honorarios. También, influyó la contradicción que el cliente percibió —y anotó— en relación con haberle pedido una muestra de confianza, sin darle yo, como contrapartida, una muestra de confianza equivalente. Pienso que esa actitud contradictoria fue el detonante de su negativa. No obstante, ¿cómo reaccionarían los miembros del estudio si les informo que he decidido confiar en el cliente?, ¿qué pasaría si, resuelto el problema, no paga el honorario?, ¿cambiará mi situación en el Estudio?

¿Cuál fue el resultado? (reflexión)

No conseguí el poder, los honorarios siguen sin tener una solución clara y pienso que podría perder el cliente.

Regla de conducta

Entonces, ¿qué debo hacer? He perdido la confianza en mi capacidad de resolver este asunto. Pienso que, si quiero resolver el problema del cliente, tengo que tomar el riesgo respecto del honorario y confiar en él. Tal vez, mostrándole confianza, la relación recupere simetría y consigo que me otorgue el poder. Ahora, si pese a ello insiste en no otorgarlo, tal vez la idea sea reservar explícitamente ciertas decisiones a la consulta con el cliente. Pero tengo que pensar si vale la pena mantenerlo, pues siempre existirá el riesgo de que no pague el honorario y eso me puede traer problemas con mis colegas en el Estudio. Por otro lado, es un caso económicamente significativo que, además, puede prestigiar al estudio y vale la pena tomarlo, aunque se ponga en riesgo el honorario. ¿Cómo asegurar medianamente el cobro? Tal vez, si el cliente firmara un documento, tendría una mayor seguridad. Lo mejor es retomar el contacto con el cliente, aunque dentro de algunos días, para, así, una vez calmado, plantearle la solución. Dicha solución consistiría en mantener la idea del poder, aunque permitiendo que el cliente tenga decisión en ciertos puntos importantes; y renunciar al cobro automático del honorario para sustituir dicho mecanismo por un contrato. Previamente a ello, deberé discutir el tema con los demás miembros del Estudio.

Lección aprendida

- Se debe pensar en los riesgos de lo que se dice. La solución puede ser buena, pero el cliente no lo percibirá necesariamente de esa manera.
- El abogado debe transmitir seguridad.
- Nunca hay que esperar que el cliente confíe totalmente en el abogado y menos irritarse por ello.
- Se debe evitar colocar al cliente en la situación de tener que dar muestras de la desconfianza que siente.
- Hay soluciones intermedias mediante las cuales se consigue, si no lo mismo, algo parecido.

Reflexión final

Introducir una línea de carrera centrada en el aprendizaje de habilidades no será tarea fácil. Ya hemos mencionado los retos que enfren-

taremos. Sin embargo, si el curso logra sensibilizar a los alumnos sobre la importancia de los valores y las actitudes en el ejercicio profesional; si contribuye a mejorar en algo la capacidad de investigar, redactar, comunicar, razonar y trabajar en equipo; si introduce la práctica de la autoevaluación permanente; si logra transmitir la idea de que el aprendizaje es para toda la vida y que lo que cuenta es «aprender a aprender»; y si, finalmente, sensibiliza a los alumnos sobre el «arte de ser abogado», habremos logrado nuestro cometido y continuaremos el camino iniciado por Jorge Avendaño, quien, con lucidez y apertura al cambio, introdujo la reforma de la enseñanza del Derecho en el Perú.

La «destreza legal» como parte de la enseñanza del Derecho

Aníbal Quiroga León

En países de mentalidad sísmica, es fácil hallar poetas, políticos, oradores. La aparición de grandes juristas es un fenómeno de sedimentación ulterior. El Perú, país contradictorio, los ha tenido, a pesar de todo. Riqueza de subsuelo, sin el abono de calores multitudinarios ni belleza ornamental.

JORGE BASADRE

Los Fundamentos de la Historia del Derecho Peruano

The most fundamental question form professional ethics is whether those in professional roles require special norms and principles to guide their well-intentioned conduct. This is the most interesting issue form the point of view of moral theory, since its answer affects the structure of any complete moral system. It is also the most crucial for professionals themselves and for those who attempt to evaluate their conduct, since many decisions and evaluations in this area will differ according to whether special norms are required.

ALAN H. GOLDMAN

The Moral Foundations of Professional Ethics

1. Presentación

Ser parte de un libro homenaje siempre es una satisfacción. Escribir una contribución —por modesta que sea— para una obra colectiva que se organiza y ordena en honor de quien lo merece es uno de los pocos modos de gratitud que la vida académica conoce como recompensa imperecedera. Por ello, cabe recordar lo que Oscar Wilde sentenciara: «No existen más que dos reglas para escribir: tener algo que decir y decirlo». Esto es mucho mejor cuando, con renunciamientos y generosidad, los profesores y discípulos del homenajeado que tienen algo que decir y quieren decirlo lo hacen en vida del homenajeado y no cuando sucede a su inexorable desaparición, puesto que, de esa forma, se presenta como ejercicio tardío, en parte mezquino y otro tanto culposo, cuando no se ha tenido la hidalguía de decirle al homenajeado, en persona, las preces que dan sustento al justo reconocimiento a toda una vida dedicada a la docencia, la academia o la investigación.

El maestro Jorge Avendaño nació en Lima el 24 de mayo de 1933. Realizó con éxito sus estudios de abogacía en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú cuando cumplía poco más de tres lustros. En 1956, se graduó como abogado en dicha facultad. Ocho años más tarde, allí mismo, obtuvo el grado académico de doctor en Derecho Privado en 1964. Inmediatamente luego de graduado como abogado, en 1957, empezó a enseñar en la Facultad de Derecho el curso de «Derechos Reales», un curso clásico que dicta hasta la fecha, y que complementa con el curso de —para mi grata sorpresa— «Derecho Procesal Civil» (1959), y, luego, con los cursos de «Derecho Registral» (1960-1965), «Derecho de Sucesiones» (1966, 1974 y 1975), «Seminario de Propiedad» (1976) y «Garantías» (1974-1979).

Fue, además, decano de la Facultad de Derecho en dos oportunidades (1964-1970 y 1987-1993). A los 37 años, prorector (vicerrector) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1970-1973), presidente del Centro Interuniversitario de Desarrollo Andino (1971-1973), presidente del Comité sobre Reforma de la Enseñanza del Derecho de los Países en Desarrollo (1971-1975), presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo (1973), profesor honorario de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica (1976) y miembro del comité directivo del International Legal Center (1972). A ello, su historia de vida suma haber sido elegido como decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (1993-1994) y congresista de la república (1995-2000) por UPP, partido de la minoría en ese entonces.

Jorge Avendaño Valdez, sin duda alguna, forma parte integrante de la historia de vida la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, uno de los órganos académicos más antiguos de dicha universidad. Esta facultad, que ya cumplió 86 años de vida, se inició, como cuenta el historiador Teodoro Hampe[1], con dos aulas del viejo edificio de La Recoleta en la Plaza Francia, con solo una veintena de alumnos y no más de cinco catedráticos. Carlos Arenas y Loayza fue su primer decano, cargo que compartió con el vicerrectorado hasta 1935, año en que pasó a ser ministro de Justicia y Culto. A él le sucedió Raúl Noriega Ayarza; con él, nació la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en 1936. En 1943, asume el decanato Víctor Andrés Belaunde; en 1944, aparece la revista *Derecho PUC*, de la que hemos sido herederos. Luego, se inicia una sucesión ordenada de decanos cada tres años. Así, son también decanos Hugo Piaggio Bértora (1948-1950), Luis Echecopar García (1951-1953), Ismael Bielich Flórez (1954-1956), Domingo García Rada (1957-1959) y Raúl Ferrero Rebagliatti (1960-1964), a quien, precisamente, sucede Jorge Avendaño Valdez en su primer decanato en 1964.

Abogado civilista, jurista de nota, experto en Derecho de la Propiedad (Derechos Reales), Avendaño puede ser considerado como uno de nuestros juristas contemporáneos más importantes. Tuve la suerte de haber sido su alumno en los cursos de «Derechos Reales» y de «Garantías», y no solo aprecié, como muchos, sus didácticas clases, sino también, y desde entonces, su generosa entrega a la docencia universitaria. Fui, además, secretario académico en la primera parte del curso de su segundo decanato, entre 1987 y 1989, y pude apreciar las variadas facetas que despliega su amplia personalidad. Quisiera, en este homenaje a él, referirme a dos de estas.

Creo que, en realidad, no hay un Jorge Avendaño; en puridad, hay dos Jorge Avendaño. Me explico: existe básicamente el Jorge Avendaño maestro universitario que es permanente referente para nuestra Facultad de Derecho y siempre se encuentra preocupado por la vida de esta. Este mismo Avendaño es, además, uno de los artífices del fundamental cambio del sistema de enseñanza legal en nuestra Escuela de Derecho —uno de los aspectos que más nos distingue y

[1] Hampe Martinez, Teodoro. *Historia de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1989, pp. 117 y ss.

caracteriza respecto de las demás facultades de Derecho— y de que se haya introducido el método de enseñanza activa desde la época de los *Wisconsin boys* con más de 25 años de vigencia.[2] Asimismo, es él quien siempre tiene una palabra de consejo a quien se lo pida; quien siempre atiende el teléfono y nunca deja una llamada pendiente por devolver; quien nunca deja tema pendiente por abordar y no teme plantar cara a debate alguno, por más áspero o complejo que pudiera parecer; y quien, de uno u otro modo, ha alentado siempre, con la mayor lealtad, a sus alumnos a la superación y ha contribuido a la solución de más de un entuerto académico o personal —inevitables en la vida de una comunidad universitaria— allí donde la solución parecía a veces tan lejana. Hay una pléyade de exalumnos, de la década de los setenta, hoy consagrados abogados, que son como los hijos jurídicos de Jorge Avendaño. Pertenezco a una generación posterior —la de los ochenta— y, por eso, se podría afirmar, sin rubor, que soy como una suerte de «*nieto jurídico*» de Jorge, tributario en segunda generación de los *Wisconsin boys*. Soy un producto de ese sistema de educación legal y también ejerciente convicto de ese método desde hace más de 18 años como consecuencia del ejemplo de profesores como Jorge Avendaño Valdez.

Está, por el otro lado, el Jorge Avendaño abogado, el hacedor de Derecho en la realidad, acreedor de una innata y natural destreza legal. El Jorge Avendaño que es consejero, ejerciente y litigante, leal colega, agudo e inteligente abogado, y discípulo de un gran maestro y maestro de muchos discípulos —parafraseando lo que un día se dijo del insigne abogado procesal florentino Piero Calamandrei respecto del tratadista Giusseppe Chiovenda. Es, además, práctico, pragmático y eficiente, con una importante cartera de clientes e importante actividad profesional gracias a la confianza que su labor otorga.

---

[2] «Sin embargo, era evidente que, aun siendo positivo el balance de la formación en esta área, se hacía necesario reformar su estructura física y su proyección a la comunidad, de modo que los estudiantes de jurisprudencia tuvieran un contacto más directo con la realidad circundante. Con tal intención, justamente, se otorgó la ayuda de la Fundación Ford, y esta recibió en Derecho la benévola acogida de su nuevo decano (electo en 1964, que era Jorge Avendaño Valdez, joven abogado y catedrático en Derechos Reales». Véase Hampe Martinez, Teodoro. *Op. cit.*, p. 119.

2. El desafío de la enseñanza del Derecho: la integración de la teoría y la práctica

Uno de los problemas más acuciantes en la enseñanza del Derecho, que tanto ha preocupado y preocupa en nuestra Facultad de Derecho, radica en lograr la correcta relación entre la teoría y la práctica, en la que se va a ejercer la teoría aprendida. El ejercicio del Derecho, es decir, la vivencia concreta, y la aplicación vital y dinámica de la profesión de abogado, que trata de encerrar una determinada realidad para aplicarle, del mejor modo posible, la teoría normativa aprendida no siempre en relación simétrica, constituye uno de los retos más difíciles de la enseñanza legal, y no siempre produce el mejor resultado. Tributarios de una tradición jurídica teórica (*civil law*) ponderamos y nos impacta —a veces con exceso— la enseñanza legal y ejercicio profesional del *common law*, básicamente empírica y de acercamiento a la vida, a la sociedad, a sus conflictos y casos, y tratamos de emularlo con disímil técnica, conocimiento y resultado.

Parte de ese ejercicio profesional (si bien una parte importante, no es el todo) constituye el ejercicio de la defensa frente al conflicto concreto bajo el marco normativo de las leyes del Estado, es decir, la defensa y patrocinio del litigio. Y es lugar común el pensar que todos los problemas litigiosos, presentes y futuros, deben terminar siempre en un estrado judicial y con un fallo. De allí, solo hay un paso a sostener que, por ello, son los abogados defensores o los litigantes los culpables de alentar intencionalmente los litigios y la demora de las soluciones judiciales casi como única vía de solución. Esta es una idea generalizada tan poco seria —casi infantil— como nunca probada. Al lado de esta perniciosa idea, además de falaz, otra inferencia más grave le es subsecuente: «Si esto es así, entonces todos los abogados están en capacidad de defender en juicio».[3]

Ello no es correcto. No todo abogado debe, o puede, afrontar adecuadamente la responsabilidad del patrocinio de un litigio y sus consecuencias. Es decir, en el ejercicio del Derecho, no todo abogado está debidamente capacitado para afrontar con eficiencia una defensa judicial con la adecuada destreza y responsabilidad. Esto se debe a que el proceso judicial —a contramano de lo que ha sido la ideología jurí-

[3] Véase documento de trabajo *power point* del curso «Destreza Legal» de la Facultad de Derecho de la UPC, Hotel Meliá. Lima, mayo, 2001.

dica de considerar la defensa en juicio como un ejercicio de segunda categoría, algo accesorio, adjetivo y, por lo tanto, fácil de ser afrontado por cualquiera con un título profesional de abogado— tiene elementos técnicos y de habilidad en el antes, en el durante y en el después de cada una de estas defensas. Sin embargo, se asume que defender en un proceso es lo mínimo que todo abogado debe saber. De esta forma, se ve dicho proceso casi como una curación menor para cualquier médico cirujano, tal como una profilaxis para un novel odontólogo, como la mezcla de cemento para un ingeniero o como clavar un panel para un arquitecto. En otras palabras, se piensa en él como algo mecánico, en el que ni siquiera el conocimiento de fondo se va a poner en juego.

No obstante, no lo es. En primer lugar, no es así, porque la solución judicial (término amplio que incluye todo mecanismo heterocompositivo trilateral de solución pacífica de controversias, tales como las conciliaciones, las negociaciones, las mediaciones, los arbitrajes, los procesos administrativos, los procesos privados, los procesos políticos y, ciertamente, los procesos judiciales) requiere de un necesario *expertise*, de una adecuada experiencia, preparación y natural habilidad para encarar esto con el necesario planteamiento, y el particular análisis previo; de un modo especial de recepción de los hechos y de la construcción de la prueba; y, finalmente, del modo más apropiado de presentación de los argumentos ante la autoridad encargada de decidir, de ejercer la *Iuris Dictio*, el *Ius Dicere*, para hacer valer, del mejor modo, los derechos del defendido y lograr, así, un convencimiento favorable a los intereses de este. En segundo lugar, dicha idea es falsa, po que se van los derechos sustantivos de las personas; sus derechos de fondo; parte de su honra; y, tal vez, su libertad, su familia, su patrimonio y, a veces, hasta su vida. La formación universitaria y académica de la Facultad de Derecho no prepara a los futuros abogados en este *expertisse*; ni siquiera los prepara para distinguir que existe ese *expertisse* y sus contornos. A ello se le suma que la adecuada defensa requiere, además de una relación coherente entre la «teoría» aprendida en las facultades de Derecho y la praxis cotidiana que solo enseña —a veces muy duramente— el tiempo, la experiencia y las inevitables frustraciones.

El arte del litigio y de la defensa requiere de determinadas habilidades que hay que saber reconocer en uno mismo y, por ende, reconocer en los demás. El abogado «litigante» [así en el original] o

«procesalista» no pertenece a una especie particularmente abundante, ni a una escuela abrumada por sus integrantes ni proviene de algún dedicado y focalizado capítulo de nuestra enseñanza profesional. Tampoco es una *rara avis* en extinción que accede a una ciencia oculta. Pertenece a un rubro o una especialidad que debe reconocer particulares habilidades y destrezas en consonancia con el escenario de su desarrollo profesional. Por ello, frente a la diversidad de ramas y opciones que ofrece el Derecho, la defensa en el proceso es solo una de ellas, la cual requiere de determinadas condiciones y cualidades dentro de una razonable distribución del trabajo. De esta manera, dicho ejercicio se realiza con calidad, posibilidades de éxito y de satisfacción personal-profesional.

La destreza legal nos permite descubrir, dentro de esa particularidad, cuáles deben ser aquellos elementos más saltantes que deben ser potenciados en aras de lograr un cometido. Asimismo, nos posibilita revelar cuáles son las destrezas o habilidades que el defensor debe tener en cuenta en cada estadio de su trabajo y cuáles son aquellas que uno, como abogado bien formado, puede reconocer con acierto en sí mismo.

3. La destreza legal en la defensa. Esquema

3.1. El abogado y la defensa

La defensa de un caso supone necesariamente que, de modo previo su existencia o nacimiento, se esté en aptitud de reconocer que se haya generado un conflicto de intereses jurídicamente relevantes o, en términos más simples, un problema relevante o una incertidumbre trascendente susceptibles de ser resueltos —y de justificar una respuesta— por medio de mecanismos legales. Además, debe ser un conflicto lo suficientemente importante como para soportar el esfuerzo, costo, gasto y la asunción, mayor o menor, del margen de riesgo que siempre existe y que siempre existirá.

Los abogados estudiamos, desde siempre, conceptos tales como aquellos que se refieren a la teoría elemental de cada una de las ramas del Derecho, a veces, en meras pinceladas tan alejadas de nuestra realidad como la descripción detallada de la cara oculta de la luna. Solo algunos hemos tenido la oportunidad de recibir una enseñanza «en vivo» de aquella especialidad o materia que, diariamente, tene-

mos que vivir en la práctica o que tenemos de cerca en el ejercicio profesional.

Todos los abogados no tendremos igual acercamiento al Derecho. Algunos pretenderán hacer del Derecho una ciencia oculta, de ininteligible conocimiento, a la que solo accedan ellos, como los brujos o los chamanes de las antiguas sociedades. Otros tratarán de explicar un caso sobre la base de latinazgos y desparramadas citas doctrinarias. Tampoco faltarán los que traten de simplificar las cosas, utilizando el principal elemento del Derecho, la simple y pura lógica humana, pues las leyes, su interpretación y aplicación no serán más que un mero ejercicio de lógica. Por último, otros harán del Derecho un nuevo instrumento utilitario de otras finalidades.

¿Cómo acercarse al Derecho desde el estrado de la defensa en el proceso? ¿Cómo, entonces, asumir una defensa cuando nuestra propia deformación profesional nos ha configurado hacia la teoría? La respuesta es simple. Por un lado, debemos adquirir práctica, reconocer nuestras debilidades y fortalezas, y asumir la defensa mediante el uso de la lógica jurídica. Por otro lado, hay que pensar que nuestra función social no es ingresar a una confrontación, sino tratar de resolver el problema sin tener que ingresar a esta y, luego, si no existe otra salida, asumir la defensa utilizando las armas jurídicas que tenemos a nuestro alcance.

La defensa de un caso no supone solamente conocer el detalle de la ley aplicable al caso de que se trate ni ser un gran estudioso de la materia involucrada en el caso. Supone mucho más que ello. Uno se debe interiorizar en el caso de modo tal que pueda caminar a lo largo de esta defensa, y saltar o esquivar aquellas barreras que vayan surgiendo con la finalidad de persuadir al tribunal o al juez de los propios argumentos para, al final, obtener una decisión favorable.

Ahora bien, la interiorización de una defensa legal no puede ser asumida por el abogado de modo tal que se convierta en una parte del problema. Debe haber una distancia equidistante entre esta interiorización a la que nos referíamos y la ponderación de ser siempre un tercero en el problema, pues, de lo contrario, incurriríamos en serios problemas que nos podrían impedir ver las cosas como son en la realidad. Así, podríamos adoptar la postura del cliente defendido, quien, obviamente, es parte interesada en el conflicto. Nuestro interés, entonces, debe ser resolver el conflicto del mejor modo para nuestros clientes en el marco de la legalidad y el buen comportamiento profesional.

No es un invento nuestro lo que hoy abordamos en este trabajo. Ya nuestros maestros lo expusieron hace 30 años cuando, por ejemplo, De Trazegnies[4] precisó:

> La reforma de la enseñanza del Derecho que se viene llevando a cabo en las Universidades latinoamericanas durante los últimos años, ha presentado una cierta tendencia a distinguir entre los métodos y el contenido de la enseñanza jurídica, acentuando muy enfáticamente el problema de los métodos y, en especial, la utilización del llamado «método activo». Un cambio radical en los estudios de Derecho, se ha dicho, supone la sustitución de la clase magistral por un sistema de enseñanza dialogada que desarrolla mejor las «habilidades» jurídicas, insiste en la adopción de un método de razonamiento que permita resolver cualquier problema legal antes que en la divulgación del contenido preceptual de leyes en estado permanente de cambio, facilita la retención por el alumno del mínimo de conocimientos legales básicos que el profesor le trasmite a través de la discusión, etc.

Hoy vemos ello nuevamente abordado en diversos foros de discusión:[5]

> Reformar la enseñanza del derecho significaba producir cambios en un escenario de mayores transformaciones en la agenda pública, impregnados por el influjo que éstos traían consigo. El contexto se hacía propicio para poner al día el rol de las instituciones jurídicas y de los profesionales del derecho, como respuesta a las demandas sociales y al desajuste de las hegemonías internacionales, especialmente en la América Latina de fines de los sesenta.[6]

---

[4] De Trazegnies, Fernando. «La enseñanza del Derecho como actividad subversiva». En *II Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo*. Lima: Programa Académico de Derecho PUC del Perú, pp. 50 y ss, 1973.

[5] Gonzáles Mantilla, Gorki. «Enseñanza del Derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades». *Revista Derecho*, n.° 56, 2003 (en imprenta).

[6] Como recuerda Lorenzo Zolezzi, «en este escenario [...] muchas fundaciones norteamericanas y organismos internacionales se mostraron dispuestos a apoyar financieramente proyectos ordenados de desarrollo, en los cuales se asignaba un rol importante a las instituciones jurídicas y a los profesionales del Derecho [...]» (Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. «Formación del abogado y sociedad: balance y perspectivas». *Revista Derecho*, n.° 45, p. 457). También, se dice: «Es de reconocer, igualmente, que estas iniciativas corresponden a una preocupación más general del gobierno norteamericano por los asuntos latinoamericanos, como resultado de la Revolución Cubana». Véase,

El mencionado proyecto de reforma de la enseñanza del Derecho ha tenido tres importantes momentos en el tiempo. El primero se reflejó en la propuesta de plan de estudios de Carlos Fernández Sessarego, de 1965.

Ésta consideraba una duración de diez ciclos, seis de ellos de formación común y el resto orientado hacia la especialización en siete grandes rubros:

Derecho Privado, Ciencias Penales, Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho de la Empresa, Derecho del Desarrollo y Derecho Internacional y Diplomático. La propuesta fue objeto de una serie de ajustes, donde los estudiantes jugaron un papel relevante.

El segundo momento se produjo con la entrada en vigencia del plan de estudios en 1967, cuya duración fue, sin embargo, efímera. Este plan marcó una notoria diferencia con la tradición previa: además de continuar con la idea de los cursos electivos, se puso énfasis en el método activo y se incorporaron cursos tales como Sociología del Derecho y Metodología del Aprendizaje Jurídico. Tres años después se dictó un nuevo plan de estudios, que profundizaría las reformas. En esto también tuvo que ver el Decreto Ley N° 17437, Ley Universitaria (arts. 94 y 95). No obstante, las críticas a las que quedó sometido este plan, fueron las coordenadas que marcaron la evolución de la reforma en el tiempo.

En su versión fuerte, el movimiento reformista expresaba su disconformidad con el «orden establecido»; sugería, por tanto, la necesidad de cambiar en forma radical. El modelo de enseñanza en la perspectiva de promover cambios sociales.[7] Una visión de «compromiso con la realidad»,

---

al respecto, Skidmore, Thomas E. «Studying the History of Latin America: A case of Hemispheric Convergente». *Latin America Research Review*, vol. 33. n.° 1, pp. 105-127, 1998.

[7] «La pregunta que se formulaba en este sentido —a cinco años de iniciado formalmente el proceso de reforma— el doctor Jorge Avendaño Valdez, ex-Decano de la Facultad de Derecho de aquel entonces, parecía crucial: ¿En qué sentido debe cambiarse la educación legal para que efectivamente dé lugar al surgimiento de nuevos abogados para esa nueva sociedad que se requiere? La respuesta —en palabras del mismo ex-Decano— no era menos dramática: Hay que aclarar, en primer término, que el cambio en la enseñanza del derecho sólo puede calificarse como verdadero cambio cuando sus efectos benefician a todos o a la gran mayoría de miembros de una sociedad. En el caso concreto de un país subdesarrollado los criterios deben establecerse

que prefigura la idea del derecho en cuestión, se ve graficada en una de las posturas más críticas —la del profesor Luis Pásara— como el enfoque legalista tradicional, que creyó en la existencia del orden jurídico como un mundo autónomo de consistencia propia, con sus propias normas, principios y fines, sustraídos y por encima de las luchas y los enfrentamientos del mundo cotidiano, de la realidad. Esta visión mítica del derecho claramente a-científica creó conceptos y vías metodológicas que no sólo no tenían validez teórica sino que cumplieron una función de ocultamiento de la realidad social y económica, al servicio de la cual el derecho tuvo una función instrumental sumamente importante.[8]

Una reconstrucción aproximada de este panorama inevitable —en la versión del profesor Pásara—, se articula, con matices, en el discurso que justifica las causas de la reforma a tres años de su inicio. Se afirmó, entonces, que los defectos fundamentales del sistema anterior obedecían a un distanciamiento entre la enseñanza universitaria y el ejercicio de las profesiones jurídicas.[9] Un distanciamiento o, más bien, ruptura entre el concepto del derecho y la vida social que en el ámbito de la enseñanza se expresaba en cuatro niveles: i) ruptura entre el carácter teórico de los estudios y las exigencias de la vida práctica del egresado; ii) ruptura entre las especialidades jurídicas cuya formación era encarada por la Escuela de Derecho y las necesidades sociales, de modo que la formación privatista ocupaba un lugar relevante; iii) ruptura entre las aspiraciones al cuestionamiento de las relaciones sociales y un Derecho rígido; y, iv) ruptura entre la información recibida en la Escuela de Derecho y la información empleada en la vida profesional.[10]

---

en función del impacto social de sus resultados, y en este sentido no hay cambio si no es un cambio radical. Toda educación legal que sirva a la perpetuación de un orden social injusto, es una educación legal que no ha cambiado realmente, aun cuando parezca avanzada [...]» .Discurso pronunciado por el doctor Jorge Avendaño Valdez, prorector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en *II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Programa Académico de Derecho, 1973, p. 21.

[8] Pásara, Luis. «¿Qué enseñar?». *II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Op. cit.*, p. 74.

[9] De Trazegnies, Fernando, Jorge Avendaño y Lorenzo Zolezzi. *Nuestra reforma*, p. 132.

[10] *Ibid.*

Paradójicamente, la propuesta de cambio arrastraba consigo un factor de resistencia. Advertido, en su momento, por el profesor De Trazegnies,[11] el cuestionamiento básico al modelo de educación había concentrado su principal atención en el método, es decir, en los procedimientos empleados para la enseñanza; sin embargo, la crítica a los contenidos, en los hechos, permaneció en un segundo plano. La prioridad de la reforma, atribuida al desarrollo de destrezas y habilidades para el razonamiento legal, supuso que el cambio en la estructura conceptual de los contenidos se produciría más adelante, pero esto no ocurrió: el método no era suficiente como agente de transformación.

[...]

Reflexión final

La enseñanza del derecho no parece estar desvinculada del proceso político en el Perú. Si históricamente la república se gestó por una élite que pudo expandir sus intereses y confundirlos con la dimensión institucional de lo público (asociado en la mentalidad de aquélla al Estado), se entiende entonces que el formalismo jurídico debía operar como estrategia de razonamiento para justificar la generalidad de dichas instituciones y la legitimidad del sistema legal y político como conjunto.

[...]

---

[11] Al respecto, se precisó «un cambio radical en los estudiantes de Derecho, se ha dicho, supone la sustitución de la clase magistral por un sistema de enseñanza dialogada que desarrolla mejor las habilidades jurídicas, insiste en la adopción de un razonamiento que permita resolver cualquier problema legal antes que en la divulgación preceptual de leyes en estado de permanente cambio [...]». Y las limitaciones de este tipo de cambio se hacen notar con «preguntas tales como ¿de qué sirve a la sociedad que los alumnos se encuentren mejor preparados en el tipo de Derecho que se enseña actualmente? ¿cuál es el papel que cumplirán en la vida social los abogados que estamos formando?, ¿qué tipo de abogados requiere el momento histórico? [...] Si no resolvemos estas preguntas y nos limitamos a [...] insistir en nuevos métodos de enseñanza con la vista puesta aún en las antiguas concepciones del Derecho, puede producir una crisis mayor que la que el movimiento reformista pretende superar. El papel de las Escuelas de Derecho no se limita a formar simplemente buenos abogados, sino buenos abogados que contribuyan al proceso de cambio hacia un mundo mejor». (De Trazegnies, Fernando. «La enseñanza del Derecho como actividad subversiva». En *II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Programa Académico de Derecho, 1973, pp. 48 y 50).

Esta forma de entender y usar el derecho —a veces como instrumento de impunidad—, fortalecida por la debilidad institucionalidad y la cultura del formalismo, hace parte de un contexto en el que la información sobre el sistema no es necesariamente transparente y en donde se percibe una ausencia de control básico sobre la calidad educativa de los centros que imparten este tipo de formación. Es un escenario que se presta con enorme facilidad para articular en forma eficaz las .necesidades.; más aún, sugiere que la relación entre el crecimiento de la demanda y el incremento de la oferta de los estudios del derecho en los últimos años, no resulta necesariamente de la ampliación del mercado profesional, como parece que de hecho no ocurre.

Todo lo anterior parece indicar, más bien, que el uso subliminal del poder y su relación con el derecho ha sido aprovechado en un ámbito de desregulación pernicioso, matizando el impacto que la educación superior tiene como mecanismo de ascenso social en el Perú. Este factor puede estar presente entre las razones que explican la paradoja del crecimiento de la demanda en una carrera profesional que presenta las mayores probabilidades de desempleo en el país.

[...]

En el caso de la PUCP, el movimiento de los sesenta tuvo dos grandes ejes centrales en la base del discurso inicial, uno orientado a cuestionar y replantear la concepción del derecho mismo (como instrumento de cambio social), y el otro, a introducir, como factor coadyuvante, cambios en la parte metodológica. El primero no pasó de ser una incursión utópica de la que nadie habla más. En todo caso, no con la fuerza y cobertura institucional que tuvo en aquel momento. Es el segundo eje el que ha logrado sobrevivir como discurso y praxis, con la dificultad y el riesgo que fueran advertidos en su momento, como parte del discurso crítico del movimiento reformista de fines de los 70. Se sostenía en aquella oportunidad que la reforma de los estudios del derecho, no se resumía a la pregunta sobre el método, sin modificar la concepción del derecho, pues ello, en lugar de mejorar las condiciones de la enseñanza, podría, más bien, propiciar un fortalecimiento de los obstáculos al cambio.[12]

---

[12] De Trazegnies, Fernando. «La enseñanza del derecho como actividad subversiva». *Op. cit.*, pp. 50-51.

Es un desafío, sin duda, lograr el equilibrio que impida reducir la reforma de la enseñanza legal a la aplicación del método activo, y no dejar de cuestionar la idea del derecho, con el compromiso ético que ello implica. Y se trata de un reto, pues involucra apostar por la formación de los valores democráticos de quienes tendrán decididamente un papel clave en la vigencia de los mismos. En otras palabras, la formación en destrezas es esencial para romper el círculo cerrado de la educación exegética, pero si ésta no va acompañada de convicciones y valores, su resultado y quienes se formen en ellas siempre podrán ser aprovechados por las posturas que se presentan como neutrales pero que suelen emparentarse con las dictaduras y los modelos autoritarios.

Romper el círculo cerrado de esa educación exegética implica abrir un camino diferente para dejar atrás la herencia de imposición, intolerancia y desigualdad. Implica poner la agenda de las prioridades institucionales, de los derechos y su dimensión pública y ciudadana, en la base del aprendizaje del derecho. Quizás la clave esté en asumir una posición original —en el sentido de Rawls— sabiendo que todos aceptamos y nos comprometemos a aceptar las reglas que van a permitir desarrollarnos y desarrollar nuestras instituciones públicas, las que queremos construir en un sistema democrático. Por lo demás éste es un discurso ético y normativo no distante del que justifica las instituciones legales, que en este caso va provisto, además, del peso asignado a la responsabilidad institucional y pública de las facultades de derecho.

La ruta que parece diseñarse con amplitud a través de esta incidencia en lo público, desde el punto de vista de la metodología tanto como en el ámbito de los contenidos, se convierte en un medio y una estrategia de aprendizaje. En cuanto al método, porque busca trabajar con todos los instrumentos, productos, escenarios y vestigios de lo legal. Para descubrir las razones y las sinrazones que están detrás, en la medida que son parte de un discurso orientado a crear mecanismos de interacción institucional y convivencia humana. Desde el punto de vista de los contenidos, para explorar las distintas teorías como enfoques en permanente evolución, como esfuerzo argumentativo que se redimensiona por efecto de las demandas sociales, de las prioridades morales, tanto como cuando el intérprete asigna un significado normativo a la ley.

4. Esquema del planteamiento del caso

4.1. ¿Qué es ser «abogado»? ¿Soy yo un «abogado»?

Ser abogado no es solamente haber asistido a una escuela de Derecho, optar un grado académico, ostentar un título profesional que permita exhibirlo, y acceder al ejercicio de la profesión y, por ende, a un trabajo profesional. Ser abogado no solo es saber leyes, memorizar códigos y la pura teoría del Derecho con muchas citas —sazonadas de los infaltables latinazgos—. Ser abogado va mucho más allá que ello. La ciencia jurídica es, como su nombre lo señala, un conjunto de normas sociales y estatales que abordan el estudio, análisis y razonamiento sobre determinados hechos sociales y particulares que tienen relevancia en el mundo jurídico. No todo hecho social es analizado por el Derecho, y el abogado deberá poder observar y diferenciar aquello que tiene relevancia jurídica de aquello que es solamente un hecho social aislado o, en todo caso, un hecho que no compromete intereses de orden jurídico. Para poder llegar a este razonamiento, el abogado debe haber recibido, en la escuela de Derecho, los instrumentos necesarios para poder diferenciar los hechos sociales de los hechos jurídicos. Debe haber sido instruido en el método científico del Derecho y afinado de tal modo su aproximación a este que le permita evaluar lo científico del Derecho de modo independiente de la técnica del Derecho. Al respecto, Fix Zamudio[13] señala:

> 3. Ciencia y técnica del Derecho
> 56. De las cuatro acepciones de la metodología jurídica que examinamos con anterioridad, consideramos que la segunda, o sea, la que calificamos como de carácter científico es la que merece mayor atención, puesto que adquiere una mayor utilidad en todos los aspectos de la actividad jurídica, sin que esto quiera decir que la materia se agote con ella ni que las restantes acepciones carezcan de interés, pero no es posible abordarlas en un trabajo como el presente, que solo pretende señalar los problemas más destacados que pueden presentarse en el campo metodológico del derecho.
> 57. Previamente al examen de este enfoque metódico, consideramos necesario asomarnos a una cuestión estrechamente vinculada con esta mate-

[13] Fix Zamudio, Héctor. *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*. 9.ª ed. México D.F.: Porrúa, 2001, pp. 24-25.

ria, o sea la referente a los vínculos entre ciencia y técnica, pues advertimos que frecuentemente la técnica y el método se confunden y entrecruzan, pudiendo inclusive llegar a ser equivalentes.

58. Estas relaciones entre técnica y método de la ciencia jurídica, las descubrimos en el mismo subtítulo de una de las obras que con mayor amplitud ha procurado distinguir entre la ciencia y la técnica del derecho, nos referimos a uno de los clásicos trabajos de Francois Geny, ya mencionado con anterioridad, denominado precisamente: Ciencia y técnica del derecho privado positivo (supra nota 15), con el subtítulo significativo de «Nueva contribución a la crítica del método jurídico».

59. Pero aquí volvemos a tropezarnos con la ambigüedad de los términos, puesto que el de la técnica ha asumido una serie de significados, tan disímbolos como imprecisos, si recurrimos nuevamente al excelente diccionario de Avvagnano, podemos observar la amplitud del concepto de la técnica, estimada en su sentido más genérico: «todo conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera», y en este sentido —agrega el pensador italiano— «no se diferencia ni del arte ni de la ciencia ni de cualquier operación capaz de lograr un efecto cualquiera y su campo es tan extenso como el de todas las actividades humanas».

60. Ihering, el destacado jurista alemán, intentó distinguir entre ciencia jurídica y técnica del derecho, considerando que la primera se refería a la materia, a la sustancia, de las normas jurídicas, y la segunda a la manera de dotar de forma adecuada, o de perfeccionar esa materia jurídica.

61. Siguiendo por este camino, Geny ensayó diferenciar ciencia y técnica del derecho, atribuyendo a la primera el conocimiento y la elaboración de los datos que reflejan las fuentes reales del propio derechos, mientras que en su concepto la última tenía por objeto la construcción de los materiales jurídicos, en directa conexión con las fuentes formales, y resumida su distinción sosteniendo que mientras que la ciencia se refería a lo dado, la técnica estaba relacionada con lo construido, es decir, otra vez la separación entre materia y fórmula

4.2. El proceso y el abogado

Como ya se ha señalado, ha sido larga —y no acabada— la lucha al interior de la Facultad de Derecho y de nuestro entorno académico por la reivindicación sustantiva del Derecho Procesal. Durante mucho tiempo, se ha sostenido —aun en aquellos espacios en los que la Teoría General del Derecho no ha calado bien aún— que el proceso y sus temas —y, por ende, su ejercicio práctico— era un tema accesorio

del Derecho, una especie adjetiva o apéndice de aquello que sí era lo fundamental: la ciencia de lo jurídico sustantivo, el Derecho Civil por excelencia.

En 1868, Oskar Von Bülow, escribió, en Giessen, la pionera obra *Sobre las excepciones y los presupuestos procesales*, con la que se dio partida de nacimiento definitiva a la ciencia del proceso y su teoría general como una rama independiente del Derecho, absolutamente autónoma, susceptible de ser estudiada, analizada y racionalizada con la misma lógica jurídica que el derecho sustantivo. En el Perú, por razones de orden histórico-geográficas, no surgió, como en Argentina o México, una definida Escuela de Derecho Procesal, como tampoco ha surgido en ningún país de la costa occidental de América Latina. Por el contrario, en nuestro país, recién hace casi 20 años se empieza a impartir, en nuestra Facultad, el curso de «Teoría General del Proceso» como un elemento importante de la formación de nuestros alumnos, y con el ánimo de abordar, de un modo moderno y científico, el estudio del proceso y su ciencia. En nuestro medio, debe destacarse, por brindar una visión moderna del proceso, la labor pionera del maestro Mario Alzamora Valdez, cuya obra primera de introducción no puede ser olvidada u omitida.

El proceso es un conjunto de elementos metodológicamente ordenados mediante una labor humana para lograr la solución pacífica y definitiva de los conflictos que enfrenta una sociedad. Dice su teoría que dichos elementos tienen un principio y un fin, y que se rigen por un determinado orden secuencial técnicamente dispuesto. La ciencia del proceso no tiene nada de oculta ni tampoco es un arte mágico. Tampoco podemos pretender que mediante un proceso logremos insólitos e inesperados milagros. Antes bien, debemos enfrentar el proceso con aquello que Fix Zamudio describe bien —y que ya hemos ya citado—: mediante una clara diferenciación entre la ciencia y la técnica jurídica, pues no por ser científicos del proceso debemos perder la perspectiva en la técnica jurídico-procesal.

El proceso, entonces, no puede ser enfrentado por cualquier abogado sin mayor experiencia ni vocación para la defensa del litigio. Creemos que solo debiera ser asumido por aquel abogado que se reconozca preparado y habilitado para ello con las destrezas y habilidades del caso. No todo abogado tiene por vocación el litigio y, sin esta vocación, mal podremos enfrentar algo desconocido, no querido e, incluso, hasta dejado de lado por cuestiones de orden profesional o personal.

4.3. El abogado y la defensa

La defensa de un caso supone que conozcamos desde el principio qué es lo que nuestro cliente tiene frente a sí y cómo perciben los ciudadanos el proceso. La respuesta la encontramos en palabras de Carnelutti,[14] quien señaló lo siguiente:

> Si a ese drama, o más bien al drama en general, tratamos de ponerle un nombre este es el de la discordia. También concordia y discordia son dos palabras que, como la de acuerdo, que tanta importancia tiene para el derecho provienen de corde (corazón): los corazones de los hombres se unen o se separan; la concordia o la discordia son el germen de la paz o de la guerra. El proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra; es, en otras palabras, un modo para domesticarla. Pensad, para ayudaros a comprender esta verdad fundamental acerca de aquella forma de guerra legalizada que era el duelo. Más adelante veremos que interés tiene el duelo en el proceso. Recordemos por ahora lo que dijimos en el curso anterior acerca de las relaciones entre el derecho y la guerra: el derecho nace para que muera la guerra.
>
> A este fin no puede hacer más que ponerle una mordaza. El duelo es una guerra aprisionada. En lugar de bellum omnium contra omnes, la guerra de todos contra todos, es la guerra solo entre dos, entre los adalides.
>
> A tal punto es un combate el proceso, que en ciertos tiempos y entre ciertos pueblos se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios. Más adelante los medios del combate se transforman y la razón entre vencer y tener razón se invierte: no ya quien vence es el que tiene razón, sino que quien tiene razón resulta vencedor; sin embargo, el vencer y el perder que continúan significando las suertes del proceso, expresan todavía su contenido bélico: si el proceso se asemeja por su estructura al juego, en la función hace las veces de la guerra; ne cives ad arman veniant (para que los ciudadanos no lleguen a las armas) decían los romanos: se acude al juez para no tener que acudir a las armas. El proceso es un juego terriblemente serio, en una palabra. De ello tiene la sensación el público que llena las salas o lee con avidez las crónicas judiciales. En los estadios

[14] Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un Proceso*. Trad. de Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. México D.F.: Ediciones Jurídicas, pp. 16-17.

> no está ya más en juego la vida de los jugadores; pero en los tribunales la multitud puede gozar de veras el crudo espectáculo de la discordia.

Si el proceso no es un juego, sino una representación, una escenificación metodológica y sistemática, entonces el abogado deberá enfrentar el esfuerzo de la defensa del proceso con cierto arte escénico. En ese sentido, no solo basta con seriedad y su conocimiento, sino que es necesaria la planificación de una estrategia preliminar de cómo enfrentar el proceso destinado a solucionar el problema de su cliente para convencer y poner de su parte al tribunal o autoridad resolutiva. Esto no necesariamente significa que dicha solución deba atravesar siempre los pasillos del Poder Judicial. Eso deberá ser decidido, al igual que el uso del quirófano en la cirugía, como el último de los recursos. Por último, se debe tener siempre presente que, al igual que en la cirugía, el proceso también puede producir el inevitable daño colateral.

La planificación y adecuada estrategia de defensa de un caso debe ser analizada desde la mejor perspectiva para nuestro defendido. El caso típico que aquí podríamos utilizar es aquel en el que un cónyuge ofendido por la conducta del otro busca nuestro consejo legal y defensa. ¿Cómo reaccionar ante ello? Frente a este dilema, podemos proponerle una *guerra* judicial y llevar el tema ante los estrados judiciales, donde daremos un espectáculo ante más de un curioso o, en caso contrario, se podría proponer una alternativa de defensa *pacífica*, en la que la solución al problema pase por un periodo de *duelo*, en el que aquel cónyuge ofendido pueda ir reponiéndose del dolor causado por la ofensa, para que, luego, podamos ver la posibilidad de un acuerdo ante el desacuerdo existente entre los cónyuges o, en otras palabras, un divorcio convencional.

La lógica del abogado procesal de antaño nos hubiera permitido responder con la primera de las opciones, pero hoy debemos ser enfáticos al establecer en nuestras defensas aquellos parámetros en los cuales el drama que de por sí viene atravesando nuestro cliente sea lo menos doloroso posible. Además, debemos involucrar en la solución de su problema todas aquellas alternativas disponibles, incluso la posibilidad de alejarnos de la defensa si ello es lo más beneficioso para el defendido.

Si litigar o no litigar es la cuestión capital del abogado, entonces esta deberá ser resuelta al momento de planificar la estrategia de defensa. Sin embargo, no necesariamente la decisión de no litigar que se adopte será la que perviva con posterioridad a la decisión de buscar

un acuerdo frente al desacuerdo que se nos plantea. No obstante, ¿cómo ayuda la educación legal de nuestra Facultad para formar abogados que sepan, antes que nada, discriminar si están o no aptos para ejercer cualquier tipo de defensa judicial o una en particular? ¿Dónde se enseña, en nuestra Facultad, cómo llevar la defensa en juicio? ¿En qué año o curso o materia se adiestra al estudiante en la necesarias destrezas legales, y en el reconocimiento y potenciación de sus habilidades naturales? La respuesta es tristemente negativa: de ningún modo, de ninguna manera, en ningún año ni en ninguna materia o curso. No hay materia o curso que permita siquiera tal interrogación. Mucho menos será, entonces, la capacitación que nuestra Escuela de Derecho aporte al graduado para que pueda determinar sus propias habilidades o destrezas legales frente a la representación en juicio o para el patrocinio de una causa judicial. ¿Cómo recibir un caso? ¿Cómo planificar su estrategia más adecuada y el más eficiente curso de su materialización? He ahí el meollo de esta cuestión.

5. Plantilla básica para la organización de la defensa

Luego de que hayamos asumido la defensa del caso, al planificar la estrategia para su defensa, se deberá tener presente su adecuada organización. Para ello, deberemos evaluar, por lo menos, lo siguientes aspectos o interrogaciones.

5.1. ¿Litigar o no litigar?

Esta es la primera cuestión que el abogado deberá dilucidar antes de asumir o plantear una defensa judicial. Se debe tener en cuenta las posibilidades del caso, plantearse esto *in péctore* del modo más sincero, y planteárselo al cliente de la manera más honesta y clara posible, con todas las variables y posibilidades de éxito en el resultado, resultados probables y porcentaje de derrota. Nunca se debe asegurar un resultado al 100%. No existe tal precisión absoluta. Se debe plantear siempre, sin triunfalismos ni derrotismos, los escenarios mejores y los peores con todas las posibilidades intermedias y la necesaria relación costo-beneficio.

Al lado de ello, se debe tener en cuenta, además, las diversas formas de resolver el problema antes de llegar al escenario judicial, ya que este es, muchas veces, irreversible. También, se debe tener presen-

te el inevitable e invariable costo de tiempo, de prestigio y de recursos del cliente.

5.2. El mito de la conciliación o del arbitraje

Por ser la conciliación y el arbitraje instituciones procesales nobles y eficientes, la actual publicidad y el interés ha generado una excesiva expectativa sobre estas dos instituciones. Sin embargo, estas tienen un escaso margen de aplicación en el mundo del Derecho. Además, solo serán legítimas y viables frente a aquellas materias que sean de libre disponibilidad para las partes. Por lo tanto, estará vedado, y será inviable, para materias penales en todas sus modalidades, para temas constitucionales y administrativos, para materia de menores y de familia, y, en general, para todas aquellas materias que no sean de libre disponibilidad de las partes en disputa. En aquellas materias comerciales o económicas de libre disponibilidad en que se apliquen, serán muy útiles como herramientas del trabajo procesal, pero solo en aquellas; en las demás, no.

5.3. ¿Cómo organizar la defensa del caso: individual o grupal? El equipo de trabajo o el trabajo individual

El tercer aspecto que se debe tener en cuenta, sobre todo, en el manejo de lo que puede ser considerado un caso grande es la decisión de trabajar la defensa de dos maneras. Por un lado, se la puede trabajar en solitario, desde el propio despacho —en singular— o desde el estudio profesional —con socios, colegas y asistentes—. Por otro lado, puede enfrentarse la defensa con un equipo profesional de trabajo, que junte y convoque los esfuerzos de otros colegas profesionales de diversas especialidades, en una especie de sinergia profesional temporal, que haga de esta defensa algo más técnico, más profesional y mucho más sólido. De esta forma, se haría una distribución eficaz del trabajo profesional, aunque, también, mucho más caro.

Al margen de las pequeñas rencillas y celos profesionales que nunca faltarán, hay que tener muy claro, en la segunda opción, un liderazgo siempre presente que no necesariamente va a ejercer el más astuto, el más prestigioso o el más versado, sino, fundamentalmente, quien lleve o tenga la confianza del cliente, el necesario ascendiente sobre sus colegas, y la habilidad para distribuir adecuada y lealmente las tareas, funciones y trabajo profesional con miras a un resultado

exitoso que sea beneficioso para todos. El éxito individual, entonces, será el éxito de todos. Y el éxito de todos será el éxito del cliente.

5.4. El conocimiento del terreno: el foro del litigio

Un cuarto elemento esencial en una adecuada estrategia de manejo de un caso (*case managment*), y parte esencial de su *expertisse*, es el conocimiento del terreno que se va a abordar con el caso de que se trate. Así, si estamos ante una demanda judicial en el Distrito Judicial de Lima, el abogado debe tener experiencia previa en el litigio en ese Distrito Judicial y no empezar a experimentar con el caso de que se trate.[15] De esta misma forma, debe ser la respuesta profesional ante una corte superior de Justicia (como la Corte de Apelaciones) o ante la propia Corte Suprema de Justicia de la República. Otro tanto debe suceder frente a casos ante el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y, en general, una autoridad administrativa con capacidad resolutiva de cuestiones contenciosas como el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), los cuerpos colegiados del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público (OSITRAN), la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Tribunal de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), solo por citar algunos ejemplos. También, se debe reaccionar de la misma manera ante las autoridades de la justicia penal especializada o ante el juicio político (*Impeachment*) del Congreso de la república y sus temidas comisiones investigadoras, comisiones acusadoras, comisión permanente o su pleno, todos ellos verdaderos órganos jurisdiccionales de orden político.

---

[15] Es conocida la anécdota de un abogado civilista, de mucho renombre y prestigio, que, sin experiencia en el litigio, acepta la defensa de un caso menor apelando a su buen nombre y a sus recuerdos. Perdió el caso, y al cliente, porque no llegó a tiempo a la audiencia a la que se le había citado, pese a su también conocida puntualidad. ¿Qué había pasado? Extraviado en el vericueto del Palacio de Justicia, y poco habituado a sus cambios, jamás encontró a tiempo la ubicación del juzgado. Estuvo, literalmente, paseando con su cliente por diversos pasillos, subiendo y bajando escaleras por más de media hora, jadeante y horrorizado; de esta forma, perdió la cita judicial. Todo su gran nombre y prestigio se perdió en un instante, frente a su cliente, por un incidente tan fútil como este.

Esta preparación pasa no solo por conocer la identidad y características de la autoridad de que se trate, sino también su comportamiento funcional, sus antecedentes y sus últimas resoluciones. También, es necesario saber la línea jurisprudencial que ha exhibido en el último período; de esta forma, podrá conocer qué le puede ser útil citar en apoyo o en descarte, y qué argumentos está más proclive a escuchar la sala o tribunal, cuáles no desea escuchar, cuáles le son hostiles y cuáles, simplemente, le son desconocidos.

Finalmente, el abogado litigante debe ser socio de la autoridad resolutiva en el caso de que se trate; debe ponerse de su lado, a su lado y no enfrentarse abiertamente a ella. No es recomendable pelearse con la autoridad, entrar a confrontarla o a desafiarla. Es posible, con ello, hacer una faena momentánea muy lúcida o llamativa, pero así solo se asegura una resolución negativa. Y, si al final del día, se preguntara si con ello ganó o perdió —pregunta que deberá hacerla teniendo al lado al cliente— la respuesta será más que obvia. Por eso, Piero Calamandrei señalaba que el juez debe empezar como un tercero imparcial y terminar legítimamente *parcializado* en la sentencia con una de las partes, con aquella a la que ha otorgado la razón.

5.5. El conocimiento del «enemigo»

Lo mismo debe decirse respecto de la persona, grupo de personas, corporación o corporaciones con las que se va a litigar. No se puede ir al litigio a oscuras, es decir, sin conocer al «enemigo» y sin saber, por lo menos, quién o quiénes son sus abogados. Esa es una quinta regla básica y elemental para poder planificar mejor la estrategia de que se trate, y poder adelantar los movimientos y decisiones del «enemigo». Incluso, gracias a este conocimiento, el litigante puede enfrentar mejor una solución conciliatoria, es decir, una negociación que lo lleve a una transacción judicial o extrajudicial; un arbitraje; o el litigio mismo.

5.6. Los límites objetivos del proceso

Todo proceso nace de uno o más conflictos que le son necesariamente precedentes. Luego, tiene un inicio determinado y un final determinable. Son dos aspectos que el abogado litigante debe tener siempre presente dentro de un marco factual y temporal de referencias: dónde y por qué empezó la disputa sobre la cual deberá administrar su mejor solución, y cuándo deberá terminar.

Por principio, ningún litigio es eterno —o deberá serlo— no solo por el derroche de esfuerzo innecesario que hace poco rentable —además de hacer frustrante todo esfuerzo—, sino porque la pelea eterna revelará una clara desorientación en el manejo del caso. Es un viejo adagio el señalar que el abogado debe manejar el caso y no permitir ni propiciar que el caso termine manejando al abogado.

Por eso, deberá estar claro para el abogado, y también para su cliente, cuál deberá ser la meta posible o probable más exitosa u óptima posible, al mismo tiempo que el costo de la derrota o pérdida bajo control. Dicho de otro modo, deberá plantearse, de modo previo, cuáles deberán ser los límites objetivos del proceso., qué es lo máximo que se puede ganar y en qué consiste la mayor pérdida razonable probable. De esta manera, en uno u otro caso, el caso nunca se sale de control con una pérdida mayor de la razonable desde un principio y no se genera tampoco una expectativa no razonable sobre los mayores beneficios del éxito posible.

6. La presentación del caso

6.1. El orden de los hechos

El abogado litigante deberá ser en extremo ordenado y metódico. El abogado que no tenga para sí estas características será candidato poco propicio para el litigio. Podrá ser un gran asesor, un muy buen informante, un excelente *think tank*, pero es seguro que no podrá ser un eficiente litigante.

Por eso, la primera tarea del litigante frente a un caso deberá ser la puesta de los hechos que forman el caso en el orden más adecuado — no en que le presenta el cliente, ni en el que se le presentan, sino en el orden adecuado. Además, hablamos de los hechos relevantes y necesarios, y no, de todos los hechos ni de los hechos que no han de contribuir a su apropiada defensa. Así, siempre estarán todos y no faltarán aquellos que podrán ser decisivos a la hora de presentar el caso ante la autoridad de que se trate.

La metodología y el orden en la administración de los hechos del proceso que siga un esquema básicamente silogístico será un elemento tan esencial como el conocimiento más versado del Derecho aplicable al caso de que se trate.

6.2. La exposición de Derecho *in voce*

Muchos abogados tienden a creer que, así como cualquiera puede llevar adelante una defensa judicial, por compleja que sea, un informe o exposición oral *in voce* del caso de que se trate es algo que cualquiera, medianamente versado, puede hacer. Este razonamiento es un craso error que ha traído como consecuencia la pérdida de más de un caso y suele ser común entre los abogados internos de una corporación o institución, entre los gerentes o subgerentes legales, y entre los *in-house lawyers* o abogados de casa.

La Corte de Justicia, un tribunal colegiado o un juzgado están, normalmente, conformados por una autoridad calificada o experimentada. Esta no está predispuesta a recibir una «clase de derecho» en cada caso que escuche ni a que se le recuerde cuán técnico es el caso o cuán difícil es acceder a la verdad de este. Por ello, no hay que tratarle como a estudiante o como a abogado de segunda categoría. Aun si lo sintiera o si lo pensara, el abogado litigante nunca debe ubicarse en una posición que trate de estar intelectual o profesionalmente por encima del tribunal o de la autoridad resolutiva. Esta no se va a rendir ante su sabiduría y, por ello, le va a dar la razón. Antes bien, es muy posible que una actitud como esa va a exacerbar el ánimo negativo del tribunal; de esta forma, buscará negarle la razón al abogado soberbio buscando las razones que menos le favorecen, y negándole o restándole valor a las que lo favorecen, sobre todo en aquellos aspectos opinables o discrecionales.

La exposición de derecho deberá ser necesariamente breve. Esta no debe durar más de 20 minutos. Asimismo, debe poseer una muy breve introducción de los hechos (el tribunal tiene a la mano los hechos completos), una reflexión de derecho que trate de colaborar con la decisión del tribunal o de la autoridad resolutiva o que levante los agravios en caso de una resolución negativa antecedente, y una conclusión. Muchas veces, el tribunal o la autoridad resolutiva quedarán seducidos con los argumentos expuestos, más que por el fondo, por la forma clara de la exposición *in voce* que el abogado litigante realice.

Por cierto, será muy inapropiado enfrentar oralmente al tribunal o desafiar su autoridad, ya que puede imponerse alguna medida disciplinaria como, por ejemplo, la amonestación. Nada hay más terrible para esconder el mensaje del informe —y hacer inútil el objeto del informe *in voce*— que conseguir un incidente de estos en medio de un caso. Igual sucede con el colega de la parte contraria, a quien deberá

expresársele respeto y consideración. La fortaleza de las ideas o de la posición en el caso, sea esta fuerte o débil, no va a mejorar en ninguno de los casos mediante la agresión contra el colega. Por ello, no hay que caer en las provocaciones que, a veces, los malos colegas pretenden imponer en las audiencias respectivas.

La ubicación y el orden del informe *in voce* son, también, algo que el abogado litigante debe manejar bien. Eduardo J. Couture[16] señaló lo siguiente:

> Pero es de toda evidencia que este argumento es insuficiente. En el mejor de los casos, bastaría para aquellas situaciones en las cuales el apelante no ha manifestado su propósito de informar, pero no para aquellos casos en que ambos litigantes lo hubieran hecho. Pero ni aun siquiera para ese caso, el argumento que refutaba De María, sería valedero.
>
> La segunda instancia se abre por virtud de un procedimiento de impugnación, como es el recurso de apelación. El que impugna es el apelante. Siendo el proceso civil un proceso dialéctico, su desenvolvimiento se produce sobre la base de tesis y de antítesis y lo natural en el orden dialéctico es que el que ataque hable primero dando luego ocasión al que se defiende.
>
> Este principio dialéctico no puede ser modificado por el precepto de cortesía de dar prelación al que ha pedido primero la palabra. La cortesía cede ante la justicia. Y la justicia indica que el demandado (y en la apelación, virtualmente el demandado es el apelado) debe hablar en último término, para que pueda ejercer sus defensas con conocimiento de las razones que aduce el atacante.
>
> De sostenerse lo contrario se impondría al demandado el penoso esfuerzo de defenderse de razones que no conoce y de exponer la antítesis antes de la tesis.

[16] Couture, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 1979, p. 364.

7. Algunos mitos del proceso

El proceso deja tras de sí algunos mitos que, con el tiempo, se han asentado entre los litigantes. El primero de estos mitos consiste en referirse al proceso como una rama de segundo grado del Derecho, en la que cualquier abogado puede hacerse cargo de un proceso en tanto que este es una consecuencia del derecho sustantivo. Sin embargo, ello quedó superado en el siglo XIX cuando nació la Ciencia del Proceso. Ahora bien, a pesar de ello, se insiste, muchas veces, en dejar de lado al proceso como parte importante e indispensable del quehacer profesional. Por ello, deja su manejo a profesionales que carecen de experiencia en el tema, quienes pueden llevar al cliente a un rotundo fracaso en la solución del problema que quieren resolver.

El segundo mito, en el extremo contrapuesto de esta situación, es aquel que manejan algunos abogados procesales o litigantes que buscan mostrar al proceso como una ciencia oculta que involucra una serie de conceptos indescriptibles e ininteligibles para cualquier cliente e, incluso, para quien es abogado de profesión. Este segundo mito también debe desterrarse; con ello, se reitera que la lógica jurídica y su adecuado manejo resulta esencial para un buen trabajo procesal en el litigio, en el que, por sobre todo, prime el interés del cliente ajustado a la verdad y a la ley.

Un tercer mito distinguible en el proceso es aquel que se refiere a que todo abogado litigante quiere litigar siempre. Ello es diametralmente opuesto a la verdad. Los verdaderos abogados procesales conocen que, antes del proceso heterocompositivo como mecanismo de solución pacífica de conflictos, existen diferentes fórmulas y métodos más baratos, rápidos y satisfactorios que pueden permitir la solución al problema del cliente sin llevarlo a los estrados judiciales o arbitrales. De esta forma, no se le hace transitar por el drama de un proceso, puesto que, sea cual fuere la naturaleza del proceso, este siempre será un drama para nuestro defendido. Entonces, la conciliación, la mediación, la transacción, que erróneamente han sido denominadas como formas alternativas de solución de conflictos, corresponden, en primer término, al ámbito del Derecho Procesal y, en segundo, anteceden al proceso heterocompositivo.

Otro mito afirma que «todo se soluciona con una denuncia penal». Esta errónea percepción de los antiguos abogados lo único que hace es aumentar, a niveles casi irreductibles, las ya existentes diferencias entre las partes en conflicto. Un proceso civil se soluciona mediante

un acuerdo civil en el que se cedan posiciones normalmente de orden patrimonial, incluso en aquellas circunstancias en las que, aparentemente, lo patrimonial no es lo importante. Hoy podemos afirmar que casi todo objeto de discusión jurídica puede ser cuantificable. Por el contrario, un conflicto jurídico de intereses en el que han mediado denuncias penales de ida y de regreso que han significado afectaciones a derechos subjetivos tan importantes como la libertad de una persona es mucho más complejo de solucionar, puesto que aquello que se inició como un problema de rasgos civiles, en los que la discusión era, tal vez, la posesión de una propiedad o la administración de una sociedad, puede desencadenarse en idas y venidas por el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía. Así, se alejará la posibilidad de negociar y arribar a un acuerdo dentro de las reglas de la buena fe, tanto sustantivas como procesales.

«El proceso penal es especial y, por ello, solo los penalistas conocemos de él y las categorías generales del Derecho no le resultan aplicables» es otro mito falso. Lamentablemente, este se encuentra vigente en la práctica cotidiana con la que debe lidiar el abogado procesal. El proceso es uno solo, sea este penal, civil, administrativo o constitucional. Los principios, estructuras y características generales de la teoría del proceso y de la teoría general del derecho se aplicarán siempre de la misma manera para todas las ramas. En ese sentido, no hay islas en el mundo jurídico, y quien diga lo contrario no ha estudiado con profundidad la verdadera ciencia del proceso ni tiene una buena base formativa en las estructuras básicas del Derecho.

Un quinto mito se puede apreciar en la frase «te voy a demandar, aunque me quede sin un centavo y sea lo último que haga». Nunca, por ningún concepto, el interés debe ser superior al costo que produce. Este será un axioma del proceso que debe mantenerse siempre. Lo demás es palabrería o fanfarronería, y nunca verdad. Cuando se pierda el interés (*causa petendi*) en el proceso, este habrá concluido para todo efecto práctico.

Por último, otro mito es pensar que «la sentencia judicial o la resolución final nos va a resarcir al 100% las pérdidas y el daño causado». El proceso y su manejo traen siempre costos que determinan que no siempre la respuesta judicial o la resolución de que se trate sean satisfactorias al 100% respecto de las expectativas que las partes se pudieran haber trazado. Siempre habrá un costo de oportunidad, siempre la solución judicial será reparadora ex post facto, de modo que cualquier solución de consenso o por un mutuo acuerdo será siempre más

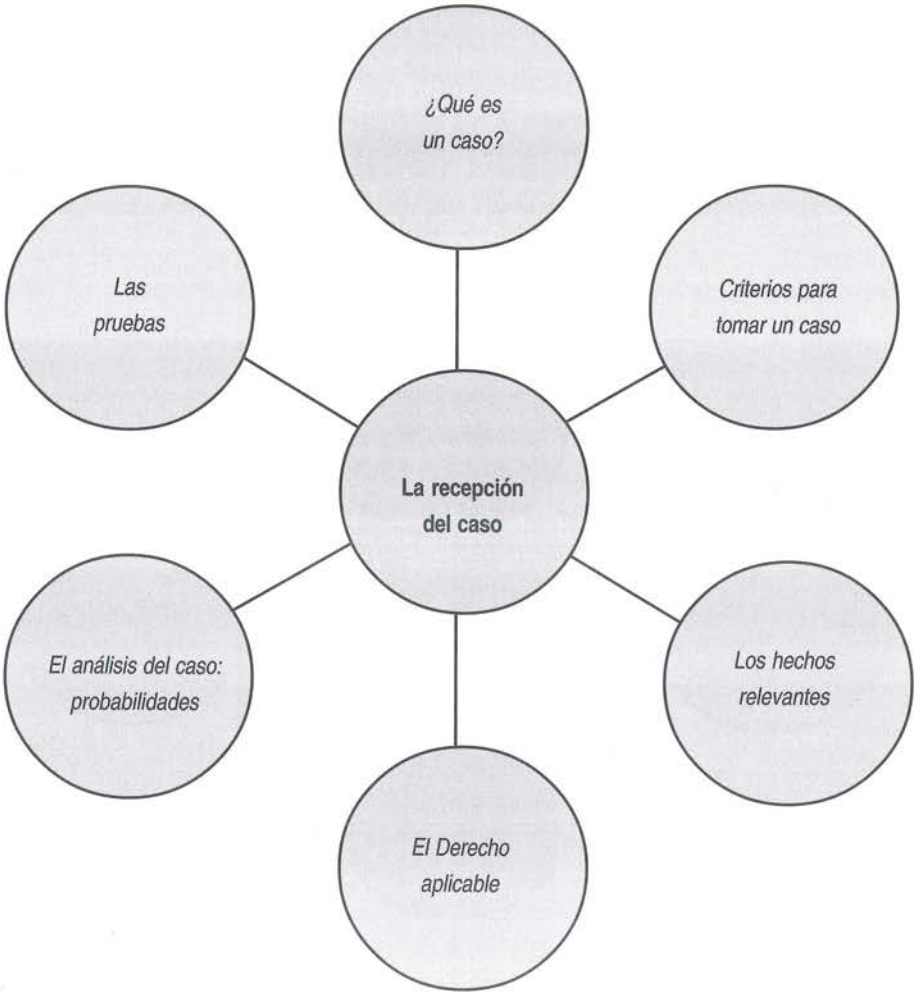
beneficiosa para ambas partes. Como bien señala un viejo adagio procesal, la composición de las partes debe prevalecer sobre la composición judicial.

8. Anexos

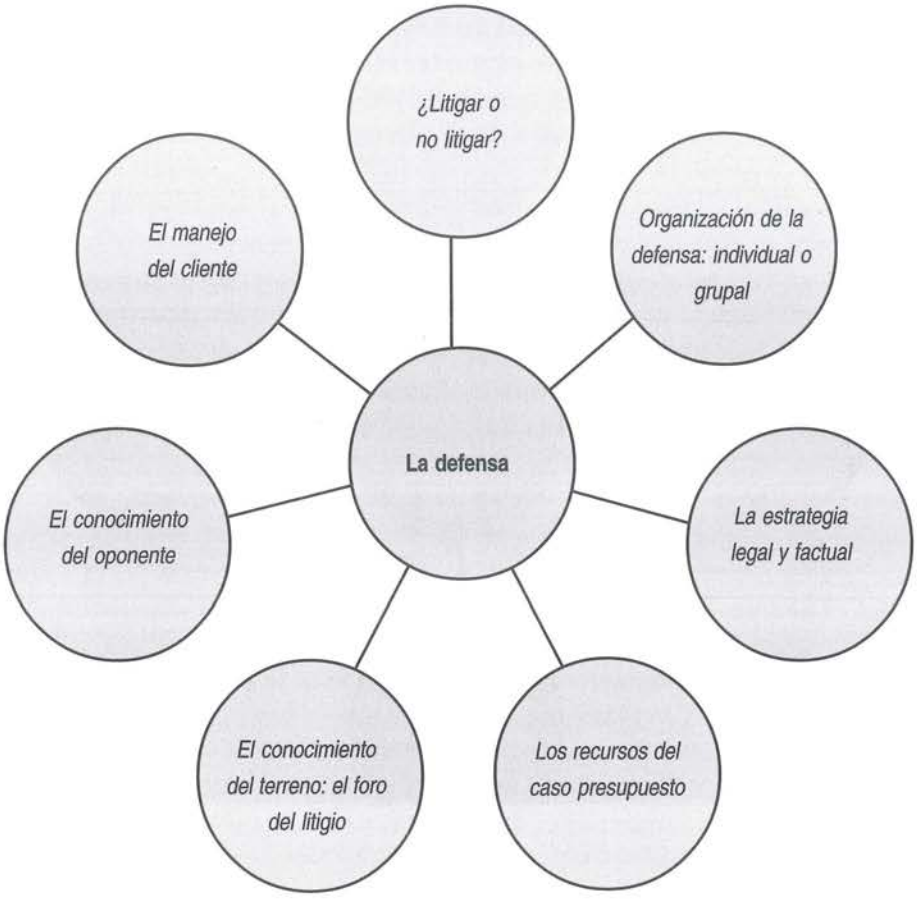
8.1. El abogado y la defensa

¿Quién es abogado?

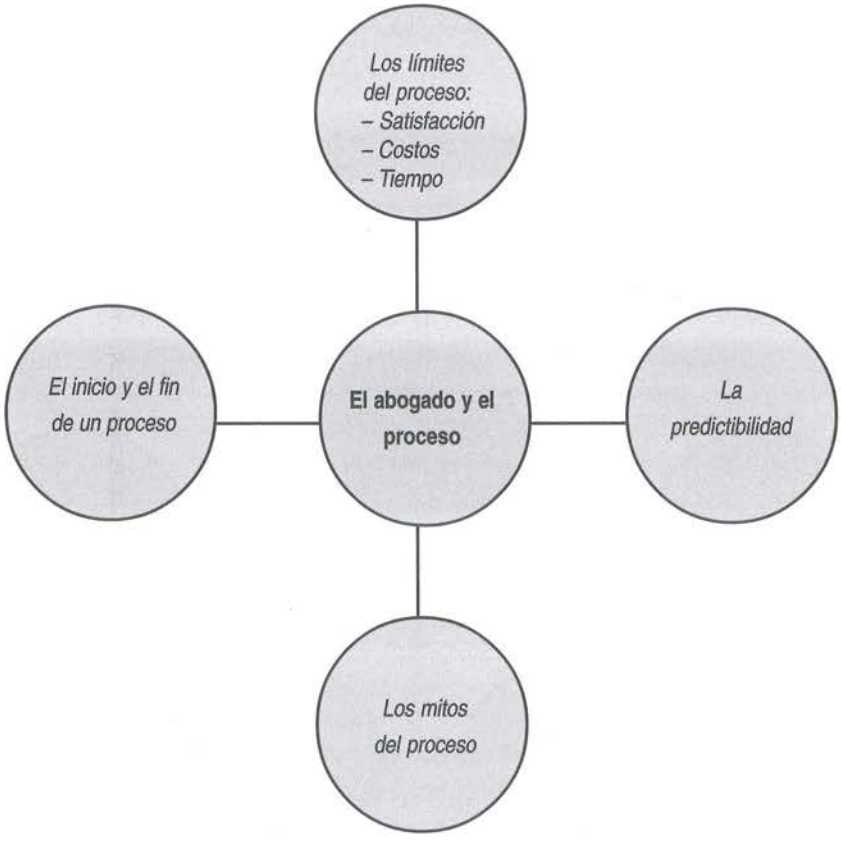
8.2. La recepción del caso



8.3. La defensa

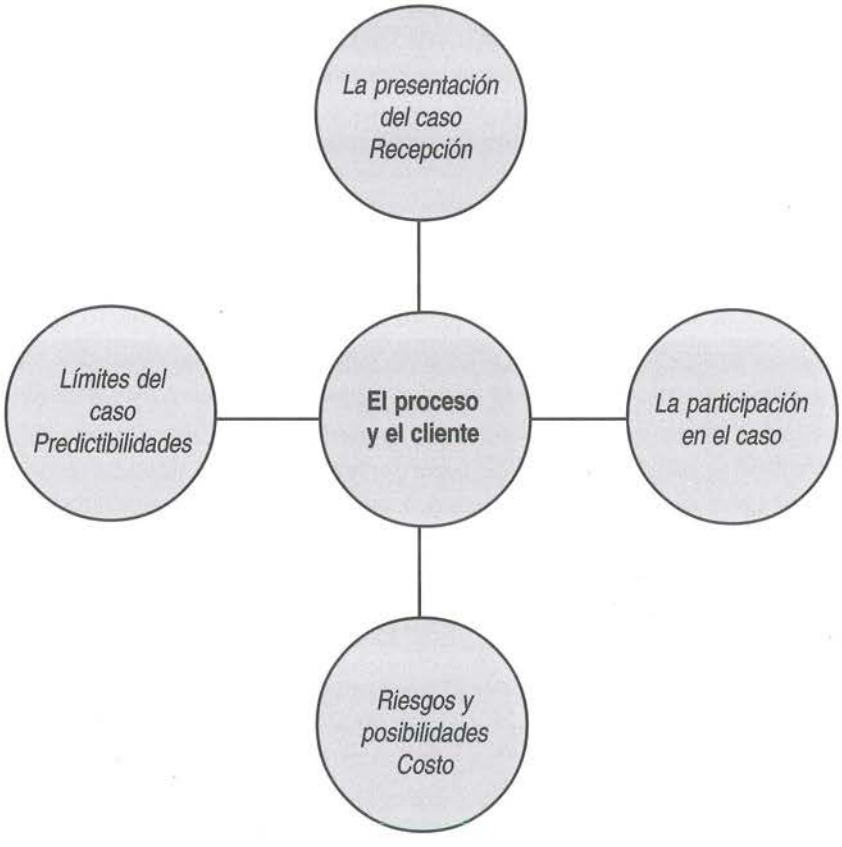


8.4. El abogado y el proceso

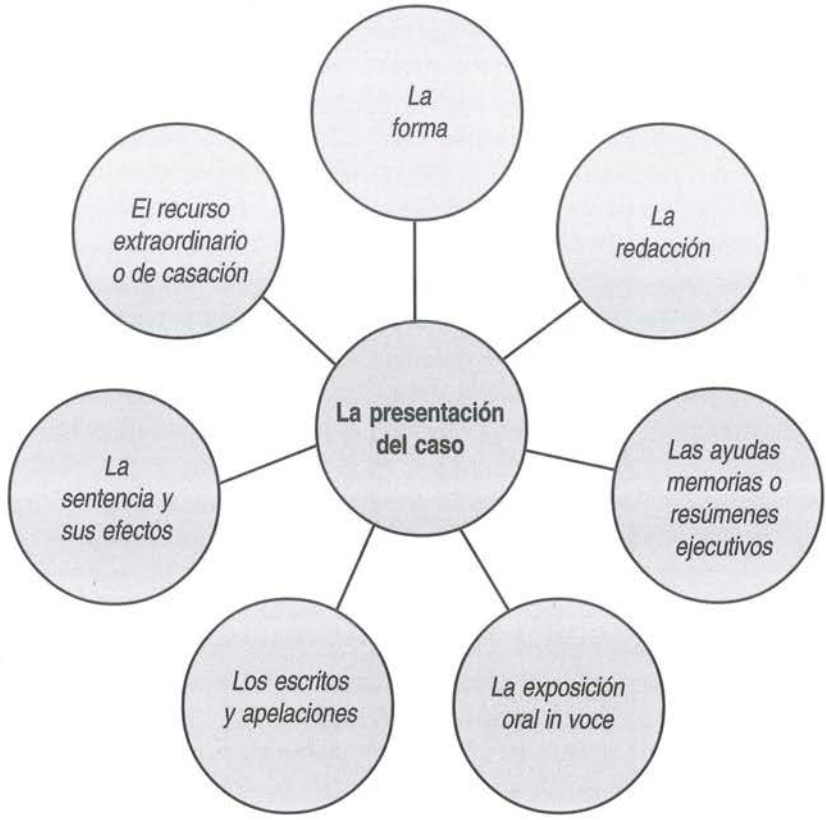


8.5. Formación del proceso

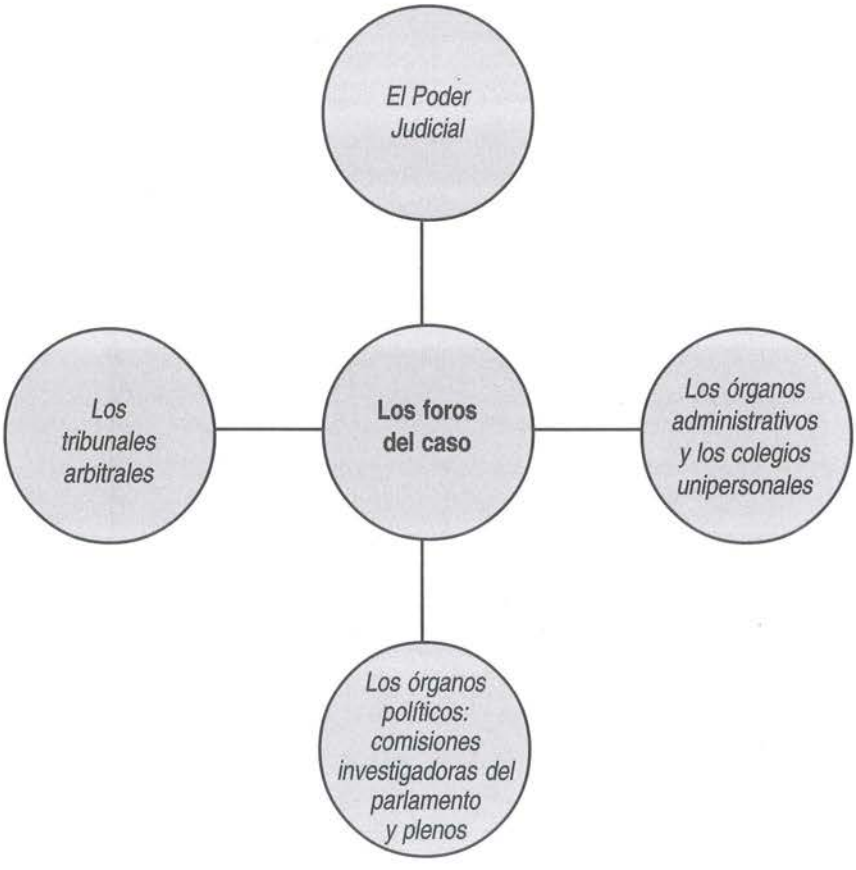
8.6. El proceso y el cliente

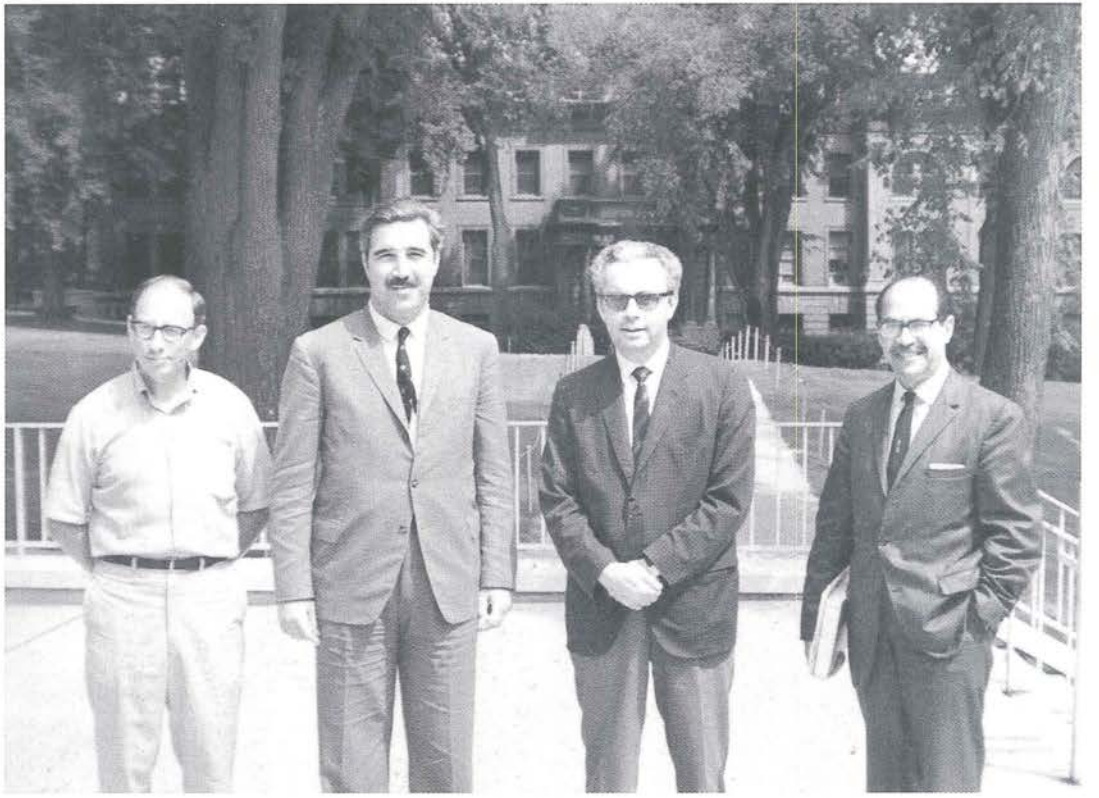


8.7. La presentación del caso



8.8. Los foros del caso





En la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin, en agosto de 1968, con el profesor Zigurdo Zile, coordinador del proyecto que auspició la Fundación Ford, y los profesores peruanos Roberto MacLean V. y Héctor Cornejo Chávez.

CAPÍTULO TERCERO
DERECHO Y ÉTICA

La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado*

Beatriz Boza Dibos

CON JUSTA RAZÓN SE LE RINDE HOMENAJE, por una vida de logros mayores, a Jorge Avendaño Valdez. Destaca no solo el éxito alcanzado por nuestro homenajeado, sino que, como en pocos casos, sus logros se han producido en todos los campos posibles para un profesional del Derecho.

En el ejercicio profesional, cuenta con una reconocida práctica y un estudio que lleva su nombre. Desde la docencia, en momentos en que el Perú vivía las consecuencias de una revolución impulsada por las Fuerzas Armadas, que dejaron en suspenso la Constitución y crea-

---

* Las reflexiones que dieron fruto a esta contribución se basan en los cursos que sobre ética profesional, sobre tecnologías de la información y sobre el futuro del derecho y del ejercicio del abogado llevamos en la Universidad de Yale en el 2002, como becarios del Yale World Fellows Program. El aporte de Gonzalo Benavente en la sistematización de la información básica de este ensayo ha sido de gran utilidad, así como los comentarios a versiones anteriores de este texto hechas por nuestros maestros Pablo Ferreiro y Armando Zolezzi; nuestros colegas Juan Luis Avendaño, Pablo Berckholz, Juan Carlos Cortés, Paolo del Aguila, Huascar Ezcurra, Enrique Felices, Luis Alonso García, Carito Gibu, José Ramirez Gastón, Carlos Soto, Jorge Toyama y Luis Vinatea; y nuestros alumnos Diego Alvarado, Sheila Castro, Christian Chocano, Paola Pantoja y Ana Piñeyro. La responsabilidad por el contenido es, sin embargo, totalmente nuestra.

ron un nuevo orden jurídico, Jorge Avendaño impulsó la reforma de la educación legal en nuestro medio.[1] En la actividad gremial, 15 años después, cuando se suspendió nuevamente el orden constitucional, Jorge Avendaño, desde el Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, se irguió como el referente de la legalidad y el estado de derecho. Desde la actividad universitaria —como vicerrector, dos veces decano, y, actualmente, coordinador de la maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú— Jorge ha impulsado innovaciones académicas. También, destaca, como jurista, su aporte a la codificación moderna en el Perú y su labor parlamentaria en el último lustro del siglo pasado.

Jorge siempre ha estado a la vanguardia. Además, ha sido uno de los primeros feministas de su época en nuestro medio. Hoy destaca como importante formador de opinión y abogado, tanto es así que ha sido considerado, por segundo año consecutivo, por la «Encuesta del Poder» que publica la *Revista Debate*, como el abogado más influyente y creíble del medio. Como educador, somos cientos y, quizá, miles los estudiantes que hemos aprendido de él su pasión por los derechos reales como tema de estudio y, sobre todo, su afán por desarrollar un criterio propio.

El homenaje que le tributamos a Jorge Avendaño representa el reconocimiento a una trayectoria de vida caracterizada por su manifiesta capacidad de aporte y vocación de cambio. Teniendo presente la clara trayectoria de éxito en su ejercicio como abogado, en su labor docente, en su faceta política, en su liderazgo gremial y en su condición de formador de opinión, entre otros tantos campos en los que se ha destacado, qué mejor oportunidad para proponerle a un líder polifacético e innovador incansable un desafío adicional: la ética, la preocupación por el ser humano y el compromiso con el desarrollo del país en el ejercicio de la profesión, valores sin los cuales la mejor ley del mundo carece de sentido y todo el aparato legal de fundamento. En atención a esa capacidad permanente de crear futuro que ha demostrado Jorge Avendaño, le dedico estas líneas de análisis y de esperanza sobre el devenir de la profesión.

---

[1] Avendaño, decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en aquel entonces, lideró a un grupo de profesores en la reforma del sistema de enseñanza que la Facultad impartía. Para ello partió de un énfasis mayor en las teorías de la enseñanza. El contenido de dicho esfuerzo se ha mantenido vigente hasta el día de hoy. Véase González, Gorki. «La enseñanza del Derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades». *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, n.° 15, 2003, pp. 97-143.

1. La globalización, las nuevas tecnologías, la competencia y el *marketing* profesional

Las últimas dos décadas han dado lugar a una dinamización del mercado legal, tanto en el ámbito nacional como internacional. Cambios en el entorno económico, tecnológico y social, producto de la globalización, la competencia y las tecnologías de la información han impactado el ejercicio profesional en su conjunto. En particular, el desarrollo de nuevas áreas del Derecho; la aparición de nuevas formas de ejercer la profesión (incluyendo el arbitraje), aunadas a una mayor competencia en el mercado de servicios legales; así como la creciente percepción de cambios en las reglas de juego, corrupción y falta de seguridad jurídica, presentan nuevos desafíos para el quehacer del abogado en relación con el futuro.

Entender estos cambios y los patrones que rigen los mismos, así como las capacidades, destrezas y oportunidades que debe desarrollar un profesional del Derecho y todo estudio colegiado que desee crecer de una manera planificada y sostenida, es un ejercicio necesario para poder desarrollar una estrategia de posicionamiento de mediano plazo en un mercado legal cada vez más dinámico.

El nuevo orden que surge a raíz de la globalización, las nuevas tecnologías y la creciente competencia entre abogados plantea, también, desafíos para la docencia y la formación de las futuras generaciones de profesionales del Derecho, así como para el Estado y la sociedad en su conjunto. Lo anterior es particularmente relevante en países como el nuestro, donde una tarea pendiente es la institucionalización de mayores niveles de acceso y seguridad jurídica en la actuación del sistema judicial y de la administración de justicia.

Del mismo modo, se presenta una nueva agenda para el gremio profesional, y una redefinición de las normas y principios que inspiran la correcta conducta del abogado, hecho que determina la necesidad de reflexionar acerca de los alcances de la responsabilidad del abogado moderno, especialmente, en nuestro país. En particular, es necesario preguntarnos si, iniciado el nuevo siglo, el ejercicio de la abogacía debe ser concebido como una profesión o como una empresa comercial, es decir, si basta dominar el oficio técnico de las leyes y administrar, con eficiencia y rentabilidad comercial, la práctica jurídica o si la carrera del abogado requiere de algo más que el tecnicismo y la eficiencia, algo que la nutra y diferencie. La reflexión, en última instancia, gira sobre si hay cabida para la ética en el ejercicio profesio-

nal moderno y qué papel desempeña esta en el paradigma de un sistema de mercado cada vez más globalizado y competitivo.[2]

El propósito de este ensayo es plantear algunas observaciones desarrolladas durante los últimos años y aportar elementos para una reflexión acerca del devenir profesional y el papel de la ética del abogado en la coyuntura actual. Con este fin, a continuación se presenta el caso que enfrentó, en octubre del 2002, Clifford Chance, la firma de abogados más grande del mundo, para pasar, luego, a reflexionar, en un tercer acápite, sobre los cambios producidos en el entorno social, económico y legal, y en el ejercicio profesional, tanto en el ámbito internacional como nacional. Luego, en el cuarto punto, se exponen las tendencias recientes en las principales plazas internacionales respecto del ejercicio de la profesión y, en el quinto punto, se analiza el contexto nacional del ejercicio del Derecho para concluir, en el punto seis, con una reflexión acerca de las implicancias de estos cambios para la sociedad y para la práctica profesional en un medio como el nuestro. En ese contexto, se esbozan, por un lado, los retos individuales que tiene que asumir el abogado para desarrollar una práctica profesional exitosa y, por otro lado, los retos institucionales que tiene que asumir el mismo para contribuir a crear un marco legal e institucional más predecible y estable del cual pueda beneficiarse tanto la sociedad en su conjunto como la propia práctica profesional del abogado. Finalmente, se presenta, en el punto siete, una reflexión sobre los posibles riesgos de mantener el *status quo* de la profesión.

---

[2] Se suele sostener que hablar de la ética en el ejercicio profesional del abogado «sirve en Suiza pero no en el Perú», dada la compleja realidad nacional carente de recursos y oportunidades. Si bien este ensayo aborda, con ejemplos, la transformación del papel del abogado en la sociedad y en los principales estudios de abogados en las plazas financieras más importantes en la esfera mundial y de nuestro país, la propuesta de anclar el ejercicio profesional en la ética como su mejor estrategia de negocios y *marketing*, a la par de impulsar un papel más activo y participativo del abogado, no se limita a los grandes estudios o a una elite de abogados exitosos ni es excluyente de la realidad nacional y de la práctica de miles de abogados individuales, sino que, como se fundamenta en este ensayo, bien puede —y debe— ser vista y ejercitada a todo nivel, pues la ética, en el ejercicio profesional, no es un tema de recursos u oportunidades sino, más bien, de actitud, voluntad y compromiso con uno mismo. Tiene que ver, en última instancia, con la visión que uno tenga de sí mismo y de su quehacer profesional. Es una falacia sostener que la integridad en el ejercicio profesional no tiene cabida en nuestra sociedad y que «sirve en Suiza pero no en el Perú». Ello implica desconocer la libertad de pensamiento y acción de la que todos gozamos por definición.

2. El caso de la firma más grande del mundo: Clifford Chance

La experiencia de la firma Clifford Chance es un caso paradigmático de éxito comercial y desafío humano que enfrenta todo estudio colegiado de abogados para posicionarse en un mercado tan dinámico como el actual.[3] Producto de la fusión de Clifford Chance, una de las firmas de abogados inglesas más tradicionales del City of London, de la firma estadounidense Rogers & Wellls[4] y del estudio alemán Pünder, Volhard, Weber & Axster,[5] la nueva firma se convirtió en el 2000 en el estudio más grande del mundo. Ella contaba con más de tres mil abogados[6] en sus distintas oficinas en el mundo; de estos, 450 trabajaban en Nueva York, atendiendo a clientes tan importantes como AOL Time Warner, General Electric y JP Morgan Chase, entre otros.[7]

Mientras que los socios de la nueva firma, buscando maximizar sus bonificaciones anuales, evaluaban cómo materializar sinergias y reducir costos para servir mejor a sus clientes,[8] en octubre del 2002, la

---

[3] Usaremos, indistintamente, los términos estudio de abogados (como se denomina en el Perú), bufete o despacho (como se le llama en México), consultorio jurídico (en algunos países de Centroamérica) o firma de abogados (una traducción del ingles «law firm»).

[4] A manera de anécdota, cabe destacar que la oficina principal de Rogers & Wells estaba ubicada en el MetLife Building cerca de Grand Central Station en 200 Park Avenue, edificio que, hasta principios de los noventa, fue conocido como el edificio PanAm.

[5] Morris, John E. «The New World Order». *American Lawyer*, agosto, 1999, p. 92.

[6] A los abogados empleados en una firma norteamericana se les denomina asociados (del inglés «associates»), quienes, luego de ocho o nueve años de labores, pueden ser invitados por los dueños de la firma a integrarse a la misma como socios (también denominados miembros de la firma, que es la traducción del inglés «members of the firm»). En caso dejen la firma, pasan a ser *alumni* (paralelo a los egresados de los centros académicos).

[7] Antes de la fusión de Clifford Chance, la firma más grande del mundo era Baker & McKenzie de Chicago, que, en el 2000, llegó a tener 2.477 abogados y 558 socios, seguida por Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom de Nueva York con 1.322 abogados y 292 socios; y Jones, Day, Reavis & Pogue de Cleveland, con 1.213 profesionales del derecho y 274 socios. Bordeaban el millar de abogados Morgan Lewis & Bockius de Philadelphia (948 abogados y 290 socios) y Latham & Watkins de Los Angeles (900 abogados y 280 socios). Véase *American Lawyer*, julio, 2000.

[8] Entre otras medidas, Clifford Chance evaluaba la conveniencia de mudarse a la zona de Wall Street o Times Square de Manhattan, donde los costos de alquileres eran hasta $15 por pie cuadrado más económicos que en Mid-Town, a la par de dejar el City of London para mudarse a Canary Wharf a las afueras de Londres, donde varias empresas de servicios financieros se han reubicado. Véase Lin, Anthony. «Clifford Chance Again Eyeing Expansion». *New York Law Journal*, 23 de julio de 2002 (<http://www.law.com>).

situación cambió para ellos cuando Clifford Chance afrontó la mayor crisis institucional de su historia. Todo comenzó en los primeros días de octubre de ese año con la publicación de «The American Lawyer's 2002 Associate Survey»,[9] una encuesta anual a los asociados intermedios *(mid-level associates)* de los principales 132 estudios de abogados norteamericanos. En ella, Clifford Chance resultó ubicada en los últimos lugares y, en algunos casos, en el último puesto en las categorías referidas a ambiente de trabajo, entrenamiento profesional, satisfacción y realización de los abogados que trabajan en la firma.[10] En menos de un mes, ese *ranking* se convirtió en motivo de escándalo para los socios del despacho más grande del mundo y dicho escándalo casi cobra visos de tragedia para ellos —a tal punto de merecer la denominación de *black October* ('octubre negro') de Clifford Chance—.

En Estados Unidos, al igual que en otros países del mundo, ha surgido la costumbre de elaborar *rankings*, en los que se abordan a grupos específicos desde los puntos de vista más diversos. Los estudios de abogados no han quedado al margen de esta corriente. Cada año, se publican una serie de *rankings* desarrollados por grupos especializados[11] —desde medios de comunicación hasta revistas de estudiantes

---

[9] *American Lawyer* es una publicación del grupo de informativos legales que incluye a *New York Law Journal*, NYLawyer.com, *Recorder* y <http://www.law.com>

[10] Mientras que un estudio de Atlanta (Alston & Bird) se ubicó en el primer puesto, Clifford Chance terminó ubicada en el último lugar del *ranking* general de 132 despachos de abogados listados por *American Lawyer* el 2002. En las diez categorías evaluadas, Clifford Chance ocupó los seis últimos lugares: trato que dan los socios a los asociados (puesto 127); cuán interesante es el trabajo (puesto 131); entrenamiento y guía profesional (puesto 132); ambiente de trabajo (puesto 127); comunicación respecto de la posibilidad de ser promovido a socio (132); horas facturables realistas (puesto 132); actitud respecto del trabajo *probono* (puesto 131); probabilidad de quedarse en la firma por dos años más (puesto 129); si pudiera volver a vivir y pudiese elegir, volvería a escoger esta firma para trabajar (132); y abogados de experiencia con mayor grado de ansiedad (puesto 132). Véase *American Lawyer*, octubre, 2002, pp. 101-139.

[11] En Norteamérica, entre los *rankings* más conocidos destacan aquellos que publica el *Amercian Lawyer*, referidos a la rentabilidad de los estudios, nivel de satisfacción de los asociados, *probono*, los mejores estudios, etc. En temas financieros, son muy conocidos aquellos que realiza el *Infrastructure Journal*, referentes a los asesores legales por operaciones llevadas a cabo («Legal advisers by closed deals», «Firms ranked by number of deals» o «Legal advisers by mandates won»); y los de *Thomson Financial Securities Data*, en rubros como asesores de los principales bancos colocadores («Top advisers to lead managers on high-yield bonds»); entre otros. También destaca la labor que realiza *PLC Global Counsel Web*, organización que brinda información de consejería legal en todo el mundo. En el Reino Unido, por ejemplo, destaca *Chambers & Partners*, que publica anualmente un *ranking* mundial de abogados, cuya última edición es «Chambers Global 2003» y el « International Financial Law Review».

de Derecho,[12] por citar algunos ejemplos— en los que se califica el desempeño de las firmas de abogados desde todos los ángulos posibles; uno de estos *rankings* es el de mejor ambiente laboral y trabajo *probono*,[13] que publica anualmente el *American Lawyer*. Fue, justamente, en este *ranking*, que la oficina en Nueva York de Clifford Chance terminó en el último lugar del escalafón entre los grandes estudios. Este hecho, evidentemente, era más que una simple trastabillada y ameritaba la inmediata atención de la firma.

Absolutamente sorprendido por los bajos resultados de la encuesta del *American Lawyer*, y tomando en cuenta los altos sueldos que pagaba la firma a sus asociados,[14] James Benedict, *managing partner* de Clifford Chance para el hemisferio americano (conocido en inglés como Las Américas), le encargó a un grupo de asociados de la firma que pusiesen una evaluación lo «más objetiva y brutalmente honesta posible de su vida en la firma, pues claramente tenemos un problema que debemos encarar» (traducción propia).[15] Dispuso, además, dos medidas adicionales. Por un lado, el 8 de octubre se organizó una reunión de todos los abogados para discutir el tema (*town hall mee-*

---

[12] Entre las publicaciones efectuadas por estudiantes de Derecho, destaca aquella realizada por las alumnas de la Facultad de Derecho de Yale, quienes, por medio de Yale Law Women, y con base en una serie de entrevistas y encuestas, listan a los estudios de abogados con mejores beneficios sociales y oportunidades para el desarrollo de las mujeres en la profesión.

[13] El *probono* es la defensa gratuita de personas sin recursos económicos a que se refiere nuestro Código de Ética. Cada vez más, las firmas estadounidenses especializadas en temas financieros y corporativos se han visto en la necesidad de ofrecerle a sus jóvenes abogados interesados en *humanizar* la práctica del Derecho la posibilidad de atender gratuitamente asuntos de derechos humanos. Para ello, han generado programas de entrenamiento en esos temas e incluso publicitan la cantidad de horas que sus abogados destinan al *probono*. Por ejemplo, Shearman & Sterling, uno de los principales y más respetados estudios de abogados a nivel mundial, con su casa matriz ubicada en el edificio del Citicorp en Mid-Town, Manhattan, Nueva York, destaca en su memoria 2002-2003 las principales labores de *probono* realizada por sus asociados y *alumni*.

[14] En el 2002, los asociados de la oficina neoyorquina de Clifford Chance estaban entre los mejor pagados de Nueva York. Un abogado recién graduado de Derecho (conocido como un asociado de primer año) empleado por Clifford Chance recibía un sueldo anual de $125.000 al año, más el bono de fin de año de aprox. $20.000. Véase Lithwick, Dahlia. «Free the Baby Lawyers! Deprogramming the associates at Clifford Chance». *Slate* (<http://slate.msn.com>), 29 de octubre de 2002.

[15] Citado en Lin, Anthony. «Clifford Chance Associates Voice Anger Over Billable Hours and Partner «Hate»». *New York Law Journal*, 25 de octubre de 2002. Tomado de <http:// www.law.com>.

ting). Por otro lado, encomendó a un grupo de socios, liderados por David Taub, proponer medidas para mejorar el clima organizacional de la firma y el bienestar de los abogados asociados. Como parte de esa iniciativa, el comité de personal de la firma circuló una encuesta interna, y se llevaron a cabo varias reuniones de socios y asociados para identificar los problemas que la encuesta había puesto en evidencia, además de cómo podían solucionarse.

Una semana después, los asociados produjeron un memorándum interno de 13 páginas dirigido a los socios neoyorquinos de Clifford Chance, en el que, recogiendo lo expuesto en la reunión de todos los abogados (a la que asistieron más de 140 asociados) y lo expresado en las más de 120 encuestas anónimas recabadas de los asociados, explicaban por qué la firma ocupó los últimos lugares en el *ranking* del *American Lawyer*. Asimismo, alertaron que la referida publicación no llegaba a «capturar la dimensión ni la profundidad del malestar y frustración» (traducción propia) de los asociados que trabajaban en la firma.[16]

Según el memorándum, entre los problemas más graves de Clifford Chance, destacaba la excesiva presión que se ejercía sobre los abogados jóvenes, quienes se veían obligados a facturar por lo menos 2.420 horas al año,[17] una carga horaria descomunal, que equivalía, aproximadamente, a tener que trabajar 11 horas al día, seis días por semana.[18] Esta exigencia, una regla tácita al interior del estudio, promovía que los abogados de la firma se vieran incentivados a *estirar* innecesariamente sus horas de dedicación a un mismo cliente, de modo que pudieran cumplir con la facturación requerida y merecer el bono anual que era de $20 mil para los abogados de primer año.[19]

---

[16] Véase la segunda página del memorándum sobre *Associates' Concerns*, dirigido a los New York Partners, con copia a todos los New York Associates, fechado 15 de octubre de 2002 y dirigido por seis asociados listados alfabéticamente.

[17] Si bien la facturación por horas trabajadas es el sistema más frecuente de cobro de honorarios profesionales en las principales plazas financieras, no es el único. En los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso de litigios, se suele pactar como retribución al abogado un porcentaje de lo que se logre recuperar (conocido como pacto de cuota *litis*) y, en el caso de ciertas operaciones estándar (p. ej., compraventa de un inmueble) o de procesos penales, se suele pactar una suma fija. Véase LIPTAK, Adam. «Stop the Clock? Critics call the Billable Hour a Legal Fiction». *The New York Times*, 29 de octubre de 2002, p. G-7.

[18] Véase LITHWICK, Dahlia. *Op. cit.*

[19] El memorándum ponía de manifiesto, además, la inadecuada comunicación que existía entre los socios y los asociados de la firma; la asignación de trabajo basada en

No obstante la dureza y lo descarnado de la evaluación interna, la reacción de la firma había sido percibida como positiva y los socios aparentemente se aprestaban a tomar las medidas correctivas del caso. Para sorpresa de la firma, la semana siguiente al memorándum, precisamente el viernes 25 de octubre, se publicó electrónicamente en el *New York Lawyer* un artículo titulado «Los Asociados de Clifford Chance expresan su frustración por las horas facturables y «odio» de los socios» (traducción propia), al que se adjuntaba una copia del memorándum interno del 15 de octubre.[20] Esa misma noche se publicó electrónicamente el referido memorándum en <http:// www.ft.com> y, ese domingo, el *Financial Times* de Londres le dio cobertura al tema. Se trataba, ahora, de un escándalo con visos de tragedia para la firma más grande del mundo.

Si ya era bastante para los socios de Clifford Chance tener enfrente suyo, y por escrito, el malestar y las quejas de sus asociados, la publicación del memorándum en los principales medios de prensa legales —quién sabe cómo se llegó a filtrar dicha información— provocó un terremoto de escala mayor, sobre todo, al tener en cuenta a los clientes que el estudio asesoraba, quienes, de pronto, descubrieron que habían sido objeto de una práctica de cobros mayores a los correspondientes.

El catastrófico resultado causó alarma tanto entre los socios del estudio (quienes se reunieron durante el fin de semana en más de una ocasión y tuvieron llamadas de conferencia con Londres) como entre los clientes. La semana siguiente, diversos titulares de los medios de comunicación indicaban que varios clientes importantes estaban solicitando a la firma auditar sus prácticas de facturación y revisar sus contratos de servicios legales.[21]

Quizá, una reacción también preocupante surgió entre los estudiantes de Derecho del Hemisferio Norte, ya que el escándalo coincidió con la temporada de reclutamiento de estudiantes para hacer prác-

---

favoritismos; y el escaso interés de la firma —y de sus socios— de revisar el trabajo y el desempeño de los abogados más jóvenes.

[20] LIN, Anthony. «Clifford Chance Associates Voice Anger Over Billable Hours and Partner «Hate»». *New York Law Journal*, 25 de octubre de 2002. Tomada de <http://www.law.com>.

[21] Respecto de las implicancias del caso véase TAYLOR, Steven T. «Fallout from Clifford Chance Ranking and Memo Spark Discourse about Firm Culture, PR and Surveys». En *22 Of Counsel*, 2003, p. 17.

ticas de verano o para poder ubicarse laboralmente al graduarse al año siguiente. Los mejores estudiantes rehuían ahora de la posibilidad de trabajar o siquiera de hacer prácticas en dicho estudio por más que fuera uno de los más grandes y de mejor remuneración, dada la incorrecta práctica ética interna en la que consideraban que incurría la firma.[22] Ante el rechazo de los nuevos talentos del mundo universitario y la vigilancia atenta de sus poderosos clientes, la firma, como cualquier empresa en crisis, recurrió a especialistas en el manejo de este tipo de situaciones y tuvo que tomar medidas para retener a sus clientes. Asimismo, tuvo que repensar su estrategia comercial, así como su estrategia de reclutamiento,[23] y, en general, su plan de negocios para *capear el temporal*.[24]

El problema que enfrentaban ahora los socios de Clifford Chance en el ámbito mundial no se debía a la insatisfacción de sus clientes por su falta de resultados, a la existencia de un poder judicial plagado de influencias indebidas, a la imposibilidad de conciliar su trabajo con una policía corrupta, a un mercado de valores poco transparente, a arbitrajes no ejecutables, a cambios en la legislación dados de la noche a la mañana o, en general, a la falta de celeridad o ausencia de seguridad jurídica. La mala experiencia de Clifford Chance no era

---

[22] Justamente, en octubre y noviembre de 2002, pude conversar con una docena de estudiantes de Yale Law School, quienes estaban evaluando opciones laborales tanto para el verano 2003 como de manera permanente al concluir sus estudios en la Facultad de Derecho listada, por décimo año consecutivo, como la más prestigiosa de los Estados Unidos. Si bien varios tenían ofertas o sabían de amigos que tenían ofertas para practicar en Clifford Chance, trabajar permanentemente allí o entrevistarse con alguna de las oficinas de Clifford Chance, ninguno consideraba ya esa firma como una opción ni siquiera para entrevistarse. «Allí tratan mal a su gente», «No es un buen lugar para trabajar» o «No quisiera estar asociada con gente así» fueron algunas de sus reacciones.

[23] La calidad de los servicios legales que presta un estudio de abogados —como cualquier otra empresa de servicios altamente especializados— depende del talento de su gente. Las firmas estadounidenses son muy conscientes de ello y, por eso, buscan reclutar a los mejores estudiantes de las Facultades de Derecho más importantes del país. El hecho de que los estudiantes de una de las principales universidades estadounidenses (calificada por docentes y estudiantes como la mejor de ese país) ni siquiera contemplasen una entrevista con Clifford Chance planteaba un reto importante para esa firma en relación con el futuro.

[24] El incidente mereció amplia cobertura en los medios de prensa financieros y empresariales, que incluyeron artículos en *The Wall Street Journal*, en *The New York Times* y en el *Financial Times* de Londres. Véase TAYLOR, Steven T. *Op. cit.*, p. 17 y LEMON, Robert. «The memo heard around the world». *American Lawyer*, diciembre, 2002, p. 19.

tampoco producto de su falta de eficiencia o rentabilidad, menos aun tuvo relación con motivaciones externas, ajenas al propio quehacer del abogado o con la falta de conocimientos y del oficio técnico para los cuales las facultades de Derecho más prestigiosas prepararon a los asociados de esa firma. La mala experiencia de Clifford Chance se debió a factores internos, gerenciales, presentes en la inexistencia de un compromiso ético de desarrollo de su práctica profesional y de formación de sus propios pupilos por medio del ejemplo.[25] En ese sentido, la crisis se originó por el impacto que mereció en los asociados el trabajar en un entorno carente de valores. Se debió, entonces, en última instancia, a un tema ético. Precisamente, la experiencia de Clifford Chance pone en evidencia que la ética, en el ejercicio profesional del abogado, no se limita a la ausencia de corrupción gubernamental, sino que, por ejemplo, se extiende e incluye el desarrollar políticas de buen gobierno corporativo y relaciones personales interinstitucionales.[26]

---

[25] La insatisfacción de los asociados, fruto del trato inadecuado que les prestaba la firma, no era una novedad que el *American Lawyer* recién dio a conocer en octubre de 2002. En el mismo *ranking*, realizado el año anterior, Clifford Chance se había ubicado en el antepenúltimo puesto y la firma no parecía haber captado el mensaje. Véase TAYLOR, Steven T. *Op. cit.*, p. 2.

[26] La reacción de Clifford Chance y las medidas adoptadas por la firma dieron algunos frutos. Por ejemplo, en el *ranking* publicado por el *American Lawyer* el año siguiente en octubre de 2003, Clifford Chance figura como la firma que más ha mejorado en el *ranking* total. En este, se registra un 24% de mejora y se ubica en el puesto 128 de los 159 estudios evaluados. Para John Carroll, el nuevo *managing partner* regional de Clifford Chance, la firma sigue trabajando para mejorar su relación con sus asociados (pues esta es un *work in progress*). Véase VINCENT, Amy. «Moving Up, Moving Down». *American Lawyer*, 1 de octubre de 2003. Sin embargo, todo no le ha sido favorable a Clifford Chance. Kevin J. Arquit, jefe del área de *antitrust* de la firma y uno de los socios que más facturaba (con un sueldo anual de $ 3,5 millones), dejó Clifford Chance en diciembre de 2002 para incorporarse a Simpson Tacher & Barlett, hecho que dio lugar a una serie de especulaciones acerca de la incompatibilidad de las culturas de Clifford Chance y su antepasada neoyorquina Rogers & Wells. Véase ROSS SORKIN, Andrew y Johnathan D. GLATER. «A top lawyer in antitrust at a giant firm joins a riva». *The New York Times*, 17 de diciembre de 2002, p. C-1. Si bien algunos enterados en la materia comentan ciertas restricciones y desafíos financieros que enfrenta la firma a raíz de una inversión inmobiliaria londinense y se nota cierto interés del estudio por captar nuevos socios y tener buena prensa, el sostenimiento de la firma pasa por ser un buen empleador y consolidar políticas de gobierno corporativo.

3. Cambios en el entorno y ¿en el ejercicio profesional?

Haciendo un paralelo entre el panorama que se divisa en Norteamérica y Europa, y el que se ve en nuestro país, podemos establecer que, en ambas realidades, se hace necesaria la labor competente y profesional del abogado. Ni allá ni acá se puede ser reconocido por los colegas como un profesional capaz si no se tiene un profundo conocimiento del Derecho y absoluto dominio del tema y del oficio legal. Asimismo, en ambas jurisdicciones, debe existir una preocupación, de parte de quienes dirigen los estudios de abogados, por su propia gente y por institucionalizar el trabajo *probono*. A diferencia nuestra, sin embargo, en los países del norte, la ética y los estándares profesionales de integridad aparecen como una realidad irrefutable, pues la globalización y las presiones de un mercado cada vez más competitivo están generando incentivos a favor del ejercicio profesional basado en valores, un ejercicio que apunta a que el abogado tenga que repensarse a sí mismo. En el caso de Clifford Chance, fue precisamente la falta de preocupación por su personal, consecuencia directa de un incierto manejo de la ética por parte de la firma, lo que desencadenó el incidente que hemos relatado. En este caso, así como en todos los que puedan ver la luz, ni la capacidad técnica ni la eficiencia de los abogados son suficientes.

Sin embargo, quizá, la mayor diferencia entre el panorama de los países del norte y el nuestro es que, mientras que en Norteamérica y Europa no es necesario que el abogado se preocupe por el entorno institucional imperante o por crear mayores niveles de predictibilidad, dado que el estado de derecho se encuentra afianzado, legal, política y culturalmente, en nuestro país, lamentablemente, la legalidad y predictibilidad no son la regla ni una práctica institucionalizada. Antes bien, su ausencia presenta desafíos que el profesional del Derecho debe encarar.

Si bien, con toda seguridad, el mes de octubre del 2002 no va a ser recordado con agrado por los socios de la firma más grande del mundo, el relato de estos hechos busca contribuir a que el resto de nosotros, a miles de kilómetros de distancia en el tiempo y en el espacio del MetLife Building, podamos aprender de esa experiencia para convertir la crisis de un gigante en una gigante oportunidad para nuestro ejercicio profesional ante el futuro.[27] Sin embargo, aprender las lec-

[27] Este caso fue mencionado con ocasión del seminario electivo de ética en el

ciones del caso Clifford Chance constituye solo el primer paso, pues, como he indicado, el desafío en nuestro país no es distinto sino mayor. En el Perú, la preocupación por el frente interno de un estudio colegiado de abogados tendrá que ir acompañado de estrategias especialmente diseñadas para enfrentar y buscar transformar un universo externo adverso, por no decir corrupto e ineficiente. En este sentido, la gran cruzada de los abogados en nuestro país y, en particular, de los principales estudios nacionales no se agota ya en revisar su gestión interna, como fue el caso de la firma angloalemanaestadounidense, sino que comprende la cruzada por establecer un marco legal e institucional nuevo, rico en valores y que, de una vez por todas, logre funcionar.

Volvamos, pues, al inicio y preguntémonos: ¿Desde cuándo se hacen *rankings* que afectan la manera de operar un estudio de abogados? ¿Desde cuándo causan tanto revuelo y a qué debemos este fenómeno? ¿Es que se trata de la venganza de un empleado o grupo de empleados molestos? ¿Se debe todo esto al tamaño de la firma? ¿Refleja el caso de Clifford Chance, acaso, un cambio sustancial en el entorno y en el propio ejercicio de la profesión? ¿Son estos temas propios de realidades ajenas a la nuestra?

El caso de Clifford Chance pone de manifiesto que lo que está detrás de los *rankings* es la competencia, que, en estos tiempos, se vuelve más que un referente en la realidad del mundo laboral. Presenciamos, no solo en Nueva York, Londres y las demás plazas financieras importantes sino, también, en nuestro medio, un mercado de servicios legales cada vez más dinámico y competitivo, y, en consecuencia, más orientado a servir mejor a su cliente. Llegar a la cima ya no es más el equivalente a alcanzar la meta de convertirse en el estudio más grande del mundo, con los asociados mejor pagados y los socios con los mayores niveles de rentabilidad, como antes pudo haberlo sido para algunos. Ahora, ello es solo un paso más, evidentemente importante, dentro de una marcha que implica una puesta al día constante y un

---

ejercicio del Derecho de Yale Law School, dirigido por los profesores Deborah Cantrell, Dennis Curtis y Steve Wizner, cuyas enseñanzas y vocación por el Derecho son una fuente de inspiración. Presenciar a tres catedráticos a tiempo completo de Yale Law School, dedicados a convocar a la reflexión a un grupo de nueve estudiantes, ha sido el testimonio más elocuente de la importancia dada en centros académicos líderes a la formación ética del futuro profesional del Derecho y un poderoso aliciente al cuestionamiento del devenir ético de la profesión en nuestro medio.

esfuerzo permanente, que no puede dejar de lado el factor humano y, por consiguiente, la ética y la integridad en el ejercicio profesional.

El paso del tiempo trae consigo la generación de una serie de cambios de diversa índole en todos los campos del conocimiento y la actividad humana. Estas modificaciones, por otro lado, requieren de un lapso de tiempo cada vez menor para hacerse presentes, hecho que ha determinado un escenario en el que el presente evoluciona con una vertiginosidad incalculable. Anteriormente —y de esto no hace mucho—, a un abogado le bastaba con tener a la mano el compendio o la base de datos en que se había convertido la legislación; desarrollar una buena capacidad de análisis legal y exposición; y, por último, —como nos enseñó con tanta convicción y ejemplo el maestro Manuel de la Puente y Lavalle— se requería amar el Derecho para poder salir adelante y vivir dignamente. Sin embargo, distintos factores, propios de nuestro contexto y del devenir del tiempo, determinan que el conocimiento de la ley haya pasado a convertirse en un mero instrumento; importante pero instrumento al fin. Ahora, tenemos un nuevo desafío por delante. Un fenómeno que se experimenta tanto en nuestro país como en el exterior y que exige de los profesionales del Derecho el cumplimiento de una estrategia que nos permita transformar las nuevas tendencias, aparentemente adversas, en herramientas para alcanzar el éxito profesional para, de esa manera, contribuir al desarrollo de la sociedad.

En vista del caso del estudio de abogados más grande del mundo, este razonamiento no puede, pues, obviar una pregunta clave: ¿En el siglo XXI, será la abogacía una profesión o una actividad comercial? ¿Será la práctica legal un oficio propio de técnicos o una vocación? ¿Podrá la abogacía dotar de sentido al quehacer de quienes escojan enrolarse en su profesión? ¿Puede hablarse de un espíritu del abogado y del ejercicio de la abogacía? La respuesta no es tan sencilla. Si bien el Derecho no ha abandonado su rol como profesión, sería un error no tener presente que se encuentra actualmente atravesando una transición determinante. Este es un tema medular. El ejercicio profesional del abogado transita en busca de su espíritu, de su alma, sin que este hecho implique que el oficio se encuentre en juego. Es, en este panorama, que resulta indispensable una visión que se valga de las técnicas empresariales modernas no solo en el ámbito comercial sino, también, en el de gobierno de personas, gerencia de la empresa y responsabilidad social que esta implica. En este sentido, conviene analizar qué está sucediendo en otras latitudes con el ejercicio profesio-

nal e identificar las principales tendencias que están impactando al mundo del Derecho en el ámbito mundial.

4. Tendencias recientes en el ámbito internacional[28]

La globalización, las nuevas tecnologías y la competencia generan nuevos desafíos para los abogados. Los horizontes han sufrido un trastrocamiento sustancial y el nuevo orden que surge determina que ahora uno deba conocer, en profundidad, el entorno nacional e internacional de lo que está ocurriendo en el mercado legal, en particular, a sus clientes y competidores. De la misma forma, deben conocerse las destrezas y capacidades del propio abogado para que, así, se pueda desarrollar una estrategia que permita convertir estas potencialidades en realidad. Por ello, ya no basta el conocimiento de la legislación, sino que es menester conocer el negocio de la abogacía y enfocarlo empresarialmente, con ética y responsabilidad social.

Desde mi perspectiva, presenciamos cinco grandes tendencias a nivel internacional, las mismas que causan un impacto en el ejercicio profesional y que van a marcar el derrotero de los nuevos tiempos. Estas cinco grandes tendencias, que desarrollaré con mayor detalle a continuación, son las siguientes: reducción de costos y *desfidelización* del cliente; creciente competencia entre abogados y entre firmas de abogados; especialización del abogado e importancia del *In-House Counsel*; impacto de las tecnologías de la información; y transparencia corporativa y ética profesional. La pregunta que debe hacerse el profesional del Derecho frente a este nuevo y desafiante panorama es la siguiente: ¿Implican estas nuevas tendencias cambios en la profesión? Un breve análisis de cada una de estas tendencias puede aportar elementos para encontrar la respuesta a esa interrogante.

---

[28] Estas reflexiones se nutren, por un lado, de la cátedra del profesor Quinstone Johnstone de Yale Law School y, en particular, de su curso Professional Responsibility and the Legal Profesión; y, por otro lado, están basadas en mis observaciones de lo que viene sucediendo en Nueva York, Washington y Londres, las principales plazas financierolegales. Dado que en ellas se concentra un volumen significativo de las principales operaciones legales y los estudios de abogados más importantes del mundo tienen sus oficinas allí, estas plazas sirven como muestra referencial de las tendencias más destacadas en la esfera internacional.

4.1. Reducción de costos y *desfidelización* del cliente

En un mundo cada vez más competitivo y dinámico, la presión por una constante reducción de costos impulsa a que las empresas, clientes estelares de servicios legales, solo sean fieles a aquello que vean conveniente en términos económicos, es decir, a lo más barato. De esta manera, hay prácticas de clientes corporativos que salen a licitar y hacer concursos privados por servicios legales (usualmente denominados *beauty contests*), en los que su costo es el principal criterio para discernir entre distintos aspirantes, previamente seleccionados y de reconocida trayectoria y calidad. Por ejemplo, las empresas de seguros estadounidenses están convocando a licitación sus carteras de cobranzas y juicios; para ello, contratan al despacho legal de determinada localidad que les presente las mejores condiciones económicas para hacerse cargo de esa menudencia o tarea laboriosa.

Esa tendencia está llevando, en muchos casos, especialmente en el sector financiero o de contratos con entidades estatales y multilaterales, a que las firmas legales acepten casos a pérdida únicamente para hacer currículo con miras a próximos concursos. En este sentido, las firmas de abogados ven esas operaciones como una inversión que forma parte de su estrategia de *marketing*.[29]

Lo expuesto plantea desafíos interesantes en materia de conflictos de intereses, especialmente para el ejercicio colegiado del Derecho, en el que los conflictos que atañen a un socio vinculan a los demás. Adicionalmente, con clientes que hacen *shopping* entre firmas y van cambiando de abogados externos (puesto que al hacerlo logran un ahorro), se incrementa la incidencia de posibles conflictos de interés.[30]

---

[29] Estas prácticas responden, sin duda, a reacciones comerciales agresivas y, como tales, evidencian el alto grado de competencia que existe en el mercado. Esta conducta, que algunos quisieran identificar como predatoria desde la perspectiva de la competencia y de la prestación de servicios más competitivos para los clientes, resulta saludable pues beneficia al cliente.

[30] Por ello, los estudios de abogados norteamericanos llevan registros específicos de los asuntos (actuales y pasados) a cargo de cada uno de sus asociados, y los archivos y files de cada caso a cargo del estudio merecen medidas de seguridad acerca de quienes acceden a su contenido. Con ello, se busca identificar conflictos de interés y potenciales conflictos, así como preservar la confidencialidad de los asuntos encomendados al despacho. Esta práctica supone, como es lógico, importantes costos administrativos y una meticulosa y disciplinada labor de monitoreo y seguimiento a cargo de los socios de la firma, la misma que es abordada con suma atención como labor prioritaria y consustancial al prestigio del estudio.

Según parece, la propia dinámica del mercado está obligando a que el abogado se sienta más cómodo en concebir como su cliente a la operación para la cual es contratado y no a la empresa que lo contrata. Todo esto plantea una serie de temas éticos que aún están perfilándose y que amerita un análisis de mayor detalle una vez que se decanten.[31]

4.2. Creciente competencia entre abogados

La presión por reducir costos y la globalización están impulsando mayores niveles de competencia y competitividad entre abogados y entre estudios de abogados. En Norteamérica, los abogados se han visto en la necesidad de competir en términos de precio por medio de concursos por servicios legales o *shopping* de clientes. Esta competencia, no obstante, responde no solamente a una intención de captura de clientes, sino que también está dirigida a contar con los mejores estudiantes, a quienes se les ofrece mayores sueldos que los que comúnmente percibían en el pasado.[32]

---

[31] La propia dinámica del mercado está llevando también a que las empresas auditoras asuman tareas propias de la asesoría legal tradicional, hecho que da lugar a un serio cuestionamiento respecto de esta práctica tanto desde la perspectiva del gremio profesional (que alega el ejercicio indebido del Derecho) como del mercado (que requiere del auditor mayores grados de divulgación de información —*disclosure*— que los que le impone al asesor legal). Las empresas, en su búsqueda por reducir costos, suelen olvidar que la función de auditoria y la de asesoría legal obedecen a intereses distintos y, en algunos casos, incluso contrapuestos. Mientras que el ejercicio de la profesión del abogado representa el secreto profesional y la reserva en aras de tutelar los intereses del cliente, los auditores tienen el deber de transparencia y divulgación a los accionistas y al mercado respecto de lo que es objeto de su trabajo. Consciente de que lo anterior tiene serias implicancias para el manejo de un buen gobierno corporativo en las empresas y para el propio ejercicio profesional del abogado, la doctrina estadounidense y los gremios de ese país vienen debatiendo activamente el tema (conocido como *multi disciplinary practice* o MDP).

[32] Las remuneraciones de los abogados, especialmente de los más jóvenes, se han duplicado en una década en las plazas más importantes. Así, mientras que, a fines de los años ochenta, un estudiante recién graduado entraba a ganar $ 70 mil en una firma neoyorkina, esa cifra ascendía a principios de 2003 a $ 125 mil. La encuesta anual realizada por el *American Lawyer* en el 2003 arroja que los asociados de los 150 principales bufetes legales estadounidenses ganan en promedio $ 150 mil ($ 138 como sueldo base y $ 12 mil de bono anual). Véase Pearlman, Laura. «The New Lifers». *American Lawyer*, 1 de octubre de 2003. Lo anterior refleja el incremento en el costo de vida, especialmente, en el pago de alquileres. Como contrapartida a ello, no es inusual

Con el objeto de servir mejor a los clientes globales, muchos estudios internacionales han seguido la tendencia de las empresas multinacionales y han procedido a fusionarse y hacer alianzas estratégicas en el ámbito mundial. Entre ellas, destaca la

megafusión de Clifford Chance con Rogers & Wells.[33] Como fruto de esta tendencia, cada vez se hace más sencillo identificar grandes estudios transnacionales con oficinas en distintas partes del mundo,[34] aunque hay estudios —como el neoyorquino Crarath— que han preferido quedare al margen. Estas corrientes, sumadas a la de elaborar *rankings* de servicios legales[35] y a la utilización de estrategias de *mar-*

---

que un asociado facture entre 2.500 y 3.000 horas al año; así, en promedio, debe facturar, por lo menos 2.200 horas por año, que es lo que una firma normalmente esperaría de sus asociados a cambio de esas bonificaciones. Véase LIPTAK, Adam. «Stop the clock? Critics call the billable hour a legal fiction». *The New York Times*, 29 de octubre de 2002. p. G-7.

[33] En el 2000, por ejemplo, el estudio de San Francisco Pillsbury Madison & Sutro se fusionó con el estudio neoyorkino Winthrop, Stimson, Putnam & Roberts. Dicha operación implicó la creación de una firma de 820 abogados con 17 oficinas en el mundo. A su vez, Paul, Hastings, Janofsky & Walker absorbió a los 118 abogados de Battle Fowler, una firma tradicional de Nueva York con más de 103 años. Ese mismo año, Squire, Sanders & Dempsey de Cleveland absorbió a la mayoría de abogados de la firma de San Francisco Graham & James. Esta operación dio origen a un estudio de 675 abogados. En el 2001, el estudio de Chicago Sidley & Austin se fusionó con su contraparte neoyorquina Brown & Wood para dar lugar a una firma de 1.325 abogados con más de $700 millones de ingresos anuales; esta opera bajo el nombre de Sidley, Austin, Brown & Wood con base en Chicago. Véase OREY, Michael. «Two Law Firms Set to Announce Plan to Merge». *Wall Street Journal*, 17 de julio de 2001. p. B2; e *idem*. «Law Firms Sidley Austin and Brown & Wood Merge». *Wall Street Journal*, 24 de abril de 2001, p. A6. Los estudios ingleses no se quedaron atrás. Además del caso de Clifford Chance, la firma inglesa Lovell White Durrant se fusionó, en enero de 2000, con el estudio alemán Boesebeck Droste; así se dio origen a una firma de 1.050 abogados en Europa. Asimismo, la firma londinense Freshfields se fusionó con la alemana Bruckhaus Westrick Séller Löeber para formar un estudio de 2.300 abogados con 29 oficinas en el mundo. A su vez, Coudert Brothers se fusionó primero con una firma belga y, luego, con una australiana. White & Case hizo lo propio con una firma alemana. Véase THOMAS, Randall, Stewart SCHWAB, y Robert HANSEN. «Megafirms». *80 North Carolina Law Review*, n.° 115, 2001, p. 150.

[34] Así, por ejemplo, los diez principales estudios estadounidenses duplican, en poco más de una década, el número de sus oficinas tanto dentro de los Estados Unidos como en el exterior. De 38 oficinas en territorio estadounidense y 45 oficinas en el extranjero en 1983, estas crecen a 60 domésticas y 107 en el extranjero en 1999 (esto último sin contar las alianzas estratégicas, corresponsalías y oficinas afiliadas en el exterior). THOMAS, Randall, Stewart SCHWAB, y Robert HANSEN. *Op. cit.*, p. 134.

[35] Una de las publicaciones más activas y de vanguardia en el ámbito internacional, en lo que se refiere a generar competencia entre abogados mediante *rankings* de

keting por parte de los abogados, son indicios evidentes de que la abogacía ya no está fuera del comercio. De esta forma, ha dejado de ser lo que era antes —o, en todo caso, lo que se creía que era— para convertirse, a la par de las empresas de contabilidad y auditoría, en un negocio que se nutre de las más modernas técnicas gerenciales y empresariales para prestar mejores servicios legales.[36]

Muestra de la creciente competencia y comercialización de la prestación de servicios legales en el mercado norteamericano es la posibilidad que tienen los abogados de ese país de usar medios publicitarios. El Código de Ética Profesional de la American Bar Association (conocida por sus siglas en inglés ABA) prohibía, desde sus inicios, toda forma de publicidad por parte de los abogados[37] hasta que la Corte Suprema de ese país dispuso que esa medida era inconstitucional por suponer una restricción a la libertad de expresión: en este caso, era una restricción a la libertad de expresión comercial.[38] Uno

---

servicios legales, es el *American Lawyer*. Además de los múltiples listados que produce anualmente sobre el nivel de satisfacción de los asociados, *probono*, tecnología utilizada, diversidad cultural y promoción de grupos minoritarios en la profesión, y rentabilidad de los estudios, entre otros, en septiembre de 2003 lanzó su *ranking* global de las mejores firmas, una suerte de club exclusivo de los mejores estudios (denominado «A-List»), en el que figuran los veinte mejores bufetes, es decir, el 10% de los 200 principales estudios con presencia en los Estados Unidos. Davis Polk & Wardell se ubicó en el primer lugar, seguido de Debevoise & Plimpton y de Paul Weiss, todos ellos despachos neoyorquinos. El cuarto lugar lo ocupó Arnold & Porter de Washington, seguido de Cleary Gotlieb también de Nueva York. Véase «The A List». *American Lawyer*, septiembre, 2003, p. 85.

[36] Al respecto, destaca la creación de unidades y gerencias de relaciones públicas o desarrollo de mercado (*business development*), así como el uso de *brochures* institucionales con fotografías y diseños, memorias anuales a todo color, boletines informativos, medios electrónicos, páginas web, correo electrónico directo y otros mecanismos de *marketing* utilizados por las principales firmas de abogados estadounidenses. Recientemente, los principales estudios neoyorquinos han creado el cargo de jefe de *marketing* (*Chief Marketing Officer*, conocido por la sigla en inglés CMO), posición bien remunerada (aprox. $ 400 mil anuales) y en demanda creciente. Véase VINCENT, Amy. «Unnatural Selections». *American Lawyer*, 1 de diciembre del 2003. Allí se citan los casos de Debevoise & Plimpton, Paul Weiss, Simpson Thacher, O'Melveny & Myers y de Sidley Austin Brown & Wood.

[37] AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Canons of Professional Ethics*, 1908.

[38] Véase caso «Bates vs. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977)», en el que dos jóvenes abogados que habían estado prestando servicios legales a personas de escasos recursos económicos proceden a publicitar sus servicios, ya que, no obstante ser muy eficaces y efectivos, no podían atraer un volumen suficiente de clientes que hiciesen su práctica rentable. Debido a la difusión de su publicidad, el Colegio de Abogados de Arizona inició un procedimiento disciplinario contra ellos al publicitar sus servicios

de los argumentos utilizados para sancionar la prohibición de publicitar los servicios legales era que «una gran parte de la profesión consideraba que la publicidad contribuiría a afectar negativamente la imagen de la profesión» (traducción propia).[39]

Análisis e investigaciones llevadas a cabo por la propia ABA a fines de los años noventa descartaron esa creencia, y eso demostró que «la publicidad que hacen los abogados no afecta la imagen pública de los abogados en general» y concluyó «que muchas de las personas que se oponían a la publicidad por parte de los abogados tienen, directa o indirectamente, intereses en juego» (traducción propia).[40] Un estudio más reciente, publicado en el *Journal of Legal Studies*,[41] basado en un análisis de opinión pública y regresiones múltiples, demuestra que la publicidad que efectúan los abogados puede contribuir a mejorar la imagen de la profesión. Según su autor, economista de profesión, ello se debe a que la competencia contribuye a reducir los precios y, a medida que el público nota esa reducción, «se siente tratado mejor por los abogados y en consecuencia desarrolla una mejor percepción de los abogados. Toda vez que existen evidencias concretas

---

por violar el Código de Ética Profesional de Arizona. El procedimiento disciplinario concluyó con la suspensión de ambos profesionales del ejercicio del Derecho. El caso fue analizado por la Corte Suprema estadounidense, y esta estimó que la prohibición del gremio constituía una restricción inconstitucional a la libertad de expresión y que lo único que se podía hacer era regular las actividades publicitarias para garantizar que la publicidad que hiciesen, en este caso los abogados, como aquella a cargo de cualquier otro anunciante, no fuese falsa ni indujese a error. A una conclusión similar, aunque con fundamentos distintos, arriba el Tribunal de Defensa de la Competencia de España —equivalente español al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI)— en el 2000. En ese caso, el Tribunal, en pleno, decidió acerca de ciertas restricciones a la publicidad de los abogados impuestas por el Consejo General de la Abogacía Española —equivalente español del Colegio de Abogados de Lima—, alegando que estas restringían el acceso al mercado. En este sentido, el Tribunal multó al referido gremio con 30 millones de pesetas (poco más de $ 200,000). Véase Tribunal de Defensa de la Competencia. Resolución (expediente 455/99, Abogados Española) del 18 de enero de 2000.

[39] American Bar Association. *Lawyer Advertising at the Crossroads*, 3 (1995).

[40] American Bar Association. *Lawyer Advertising at the Crossroads, 127* (1995). A la misma conclusión llega Mcchesney, Fred S. «Comercial Speech in the Professions: The Supreme Court´s Unanaswered Questions and Questionable Answers», 134 U.Pa.L.Rev 45 (1985).

[41] Cebula, Richard J. «Does Lawyer Advertising Adversely Influence the Image of Lawyers in the United States? An Alternative Perspective and Empirical Evidence». *Journal of Legal Studies*, n.° 27, 1998, p. 503.

de cómo la competencia por la prestación de servicios legales se ve incrementada por la publicidad, se puede concluir razonablemente que la publicidad ha contribuido a mejorar la imagen de la profesión legal» (traducción propia)[42] y a democratizar el acceso a los servicios legales.[43]

En ese sentido, el efecto más importante, quizá, de la decisión de la Corte Suprema estadounidense fue uno, más bien, indirecto, ya que, debido a la publicidad efectuada por los abogados, se masificó el acceso a los servicios legales en ese país (hay quienes dirían que este se democratizó). Mediante la publicidad, los abogados llaman la atención del ciudadano común y corriente respecto de sus derechos y de los medios para ejercerlos o reclamarlos (los ejemplos más citados son los de responsabilidad médica —*medical mal practice*— y los de temas del consumidor). En otras palabras, se trata de una manera mediante la cual el ciudadano común y corriente puede ser educado para tomar conciencia de sus derechos. Este hecho, por supuesto, derivó también en los famosos abogados de ambulancias (*ambulance chasers)* o, incluso, en las acciones de patrocinio de intereses difusos o de clase (*class actions*) promovidos por abogados. Estos constituyen, según el caso, un extremo no deseado de la democratización de los servicios legales.

Un análisis detallado de la práctica legal y de cómo se desenvuelve la vida de un abogado en los principales estudios estadounidenses y en la administración de justicia de ese país ha llevado al profesor Kronman a sugerir que la abogacía está en crisis en Norteamérica.[44] Para él, la crisis de la profesión legal que se experimenta no se debe únicamente a la evidente tendencia comercial actual sino a una con-

---

[42] *Ibid.*, p. 504.

[43] Hoy se permiten ciertas prácticas publicitarias por parte de los abogados en los Estados Unidos. Las normas varían entre los distintos estados de ese país. Destacan, como las más permisivas, las normas del distrito de Columbia (Washington), que, expresamente, permiten, bajo ciertas circunstancias y siempre que la publicidad que se haga sea verdadera y no induzca a error, el uso de avisos publicitarios en TV, el solicitar servicios legales en casos de accidentes, el recurrir a terceros para que le remitan casos y compartir con ellos parte de los honorarios, etc. Véase «Rule 7.1 Communications Concerning a Lawyers's services». *Rules of Professional Conduct.* Washington, D. C.

[44] KRONMAN, Anthony T. *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession.* Cambridge: Harvard University Press, 1993.

secuencia paralela: el que se haya minado la sensación de que el ejercicio de la profesión puede darle sentido al quehacer diario del abogado y a su vida. El autor se refiere a la identidad de la profesión y a la necesidad del abogado de sentirse orgulloso de sí mismo a través de su correcto desempeño como abogado. Al respecto, Kronman se refiere al abogado de antaño como el *lawyer statesman*, una suerte de jurista-estadista que buscaba cambiar el mundo y hacer el bien, y que requería de criterio, además de oficio técnico, para lograr su cometido. Según el referido autor, esta concepción tradicional del profesional del Derecho está desvaneciéndose ante una omnipresente cultura comercial, un nuevo pensamiento imperante, la transformación comercial de los estudios de abogados y la burocratización de la administración de Justicia. Todo lo anterior conduce, según Kronman, a que la abogacía se esté quedando sin su espíritu, hecho que hace de la práctica del abogado un mero oficio comercial en lugar de una profesión.[45]

Lo cierto es que, en Norteamérica, cada vez más, los abogados asociados en un estudio de manera individual o colectiva enfrentan una competencia creciente en un entorno cambiante que plantea nuevos desafíos no solo comerciales sino respecto a la propia esencia de la profesión. El caso de Clifford Chance es una muestra de la tendencia hacia la formación de megafirmas y los retos que estas enfrentan.

---

[45] En relación con el sentido del quehacer profesional y la importancia de trascender por medio de la acción, resulta particularmente acertado el aporte académico del español Juan Antonio Pérez López respecto a la actividad de las personas en la empresa. Extrapolando sus enseñanzas al quehacer del abogado moderno, resulta innata en el individuo la búsqueda por dotar de sentido a lo que hace, sentido que no se encuentra en el éxito comercial u económico ni en el desafío intelectual de la profesión sino en el servicio y aporte a los demás. Es esencial a la condición humana la necesidad y potestad de trascender, enseña Pérez López. Así, solo en la medida en que el profesional del Derecho trascienda a los demás, sirviendo, ganará en identidad, orgullo y realización personal y profesional. Ese sería el espíritu de la profesión al que alude Kronman. Partiendo de un acucioso análisis aristotélico de las necesidades, motivos y motivaciones del accionar del ser humano, Pérez López destaca la importancia del desarrollo personal a través del servicio y aporte a los demás. «La felicidad perfecta a la que aspiramos debemos lograrla con la acción, con el trabajo, porque no la tenemos dada de antemano [...] Un hombre solo [...] puede alcanzar su plena satisfacción [...] [por medio] de las demás personas» indican Ferreiro y Alcazar, discípulos de Pérez López. Véase Ferreiro, Pablo y Manuel Alcázar. *Gobierno de personas en la empresa.* Lima: PAD, 2001, pp. 23 y ss. Para una aplicación al caso del abogado peruano, puede verse, más adelante, el acápite seis de este ensayo, en particular el texto que acompaña a las notas 130 y siguientes.

4.3. Especialización del abogado y papel del *In-House Counsel*

A la par de la dinamización del mercado de servicios legales presenciamos, en Norteamérica, un crecimiento, en número e importancia, de los departamentos legales de las empresas, universidades, organismos no gubernamentales y gremios, especialmente, en los nuevos sectores regulados, hecho que produce un cambio en la estructura de la profesión. El fenómeno aquí señalado conduce a que la persona que contrata los servicios de abogados externos sea, con mayor recurrencia, un experto legal que ocupa el cargo de gerente legal o asesor legal de la organización. Todo esto nos remite a una aparente sofisticación del cliente, factor que no puede ser dejado de lado al evaluar cómo ofertar y medir la calidad y grado de satisfacción en la prestación de servicios legales. Esta es, a mi parecer, una de las tendencias que podría tener un mayor impacto en la manera en que se ofrecen y prestan los servicios legales en un mundo globalizado.

Uno de los efectos de esta tendencia es una nueva composición de la estructura de la profesión, en virtud de la cual hay, por un lado, una abogada empleada permanentemente por la organización-cliente de servicios legales, quien está íntimamente familiarizada con el quehacer económico, financiero, organizacional y legal de la institución en la que funge como abogada total; y, de otro lado, un creciente grupo de expertos en determinadas materias que suplen y, en su caso, complementan la falta de conocimiento especializado por parte de la abogada totalizadora, que ahora los contrata para una materia específica. Esa clienta *todista* busca la pericia que no tiene y, en tanto conocedora y bien informada de la calidad de servicios legales, recurre a determinados expertos individuales que ella reconoce como tales —antes que a la gran firma o bufete de renombre—. Es, pues, cada vez más frecuente que sea un abogado interno, y no un funcionario comercial, quien contrate los servicios de un abogado externo. Así, de alguna manera, cabría sostener que, con mayor recurrencia, es una abogada *todista* quien recurre a un abogado externo, experto en determinada materia.

Esta tendencia va junto con el desarrollo de nuevas áreas del Derecho y de la regulación, como, por ejemplo, el área de derechos del consumidor, de la publicidad y la competencia; el área ambiental; el sector de pensiones; y el mercado de valores; entre otros.

Por ello, la creciente importancia del abogado externo por desarrollar conocimientos especializados y posicionarse (e incluso publi-

citarse y darse a conocer) como experto por medio de análisis y artículos legales, la docencia y la investigación académica, así como participar activamente en foros de discusión para posicionarse como formador de opinión en la materia.

Una de las respuestas a esta dinámica, relacionada con la creciente especialización de los abogados externos y la necesidad de reducir costos, ha sido el surgimiento y la transformación de los estudios en firmas *boutique*, especializadas en uno o pocos temas específicos del mundo del Derecho. A este panorama, debemos agregarle el hecho de que es cada vez más usual que las firmas grandes mantengan relaciones de colaboración con abogados individuales (externos) a quienes proceden a contratar como eventuales cuando tienen una operación de magnitud que así lo amerita. De esa manera, la firma obvia el costo fijo permanente de tener un personal voluminoso y puede atender, de un momento a otro, importantes asuntos legales.

A la par de lo ocurrido en la esfera corporativa, en la que las empresas han colocado su contabilidad, servicios de mensajería, *hosting* y otras funciones de apoyo (*back office*) en un tercero por medio de contratos de *outsourcing*, se comienza a hablar del *outsourcing* de servicios legales por parte de las principales firmas de abogados. Esto ha sucedido, por ejemplo, para la revisión de la legislación de varias jurisdicciones: la investigación de temas legales, la elaboración de borradores de opiniones y memoranda legales, la redacción de documentos, la preparación de solicitudes en materia de propiedad intelectual (especialmente de patentes), etc. La consultora económica de Boston, Forrester Research Inc., proyecta que, para el 2015, casi medio millón (un 8%) de los puestos de trabajo estadounidenses relacionados al ejercicio del Derecho se van a trasladar al extranjero.[46]

---

[46] Véase FRIED, Jennifer. «Change of Venue» *American Lawyer*, diciembre del 2003, p. 49, cuando cita el caso de General Electric Company (GE), que, desde el 2001, ha aumentado el número de abogados y paralegales que tiene en sus oficinas de Gurgaon en la India. Con ocho abogados y nueve asistentes, GE ha ahorrado más de $2 millones en honorarios profesionales que, de otra forma, hubiera tenido que pagarle a sus abogados externos. Los abogados *senior* de GE en los Estados Unidos entrevistan, contratan y supervisan el trabajo de sus abogados en el extranjero. Según Suzanne Hawkins, *senior counsel* de GE, citada en el artículo, «hay muchas oportunidades para usar a abogados extranjeros en vez de asesores externos o para usar abogados con estructuras de costos más bajas» (traducción propia). Algo parecido ha ocurrido con Andrew Corporation, una empresa de telecomunicaciones de Illinois que ha enviado todo su trabajo de patentes a Nueva Zelanda.

Una de las consecuencias de esta nueva estructura de la profesión, que gira en torno a la abogada interna de la empresa (*In-House Counsel*), está referida al ejercicio profesional en varias jurisdicciones (conocida como *multi jurisdiction practice*). Toda vez que las empresas actúan globalmente, las abogadas internas se ven, con mayor frecuencia, expuestas a tener que opinar sobre asuntos menores relacionados con las distintas jurisdicciones en que la empresa opera o en las que los productos o insumos de la empresa se encuentran. Ello plantea retos interesantes respecto a las normas que regulan la admisión al ejercicio profesional en determinada jurisdicción, así como a las normas éticas y disciplinarias relacionadas con ello.[47] La creación de megafirmas como Clifford Chance es una de las maneras en que los estudios están reaccionando para poder ofrecer a clientes que operan en el ámbito mundial servicios legales en cualquier parte del mundo.

4.4. Impacto de las tecnologías de la información

En paralelo a las tendencias antes descritas, se suman los avances tecnológicos que, progresivamente, permiten entablar todo tipo de comunicaciones al instante las 24 horas del día, sea por medio de correos electrónicos, *teleconferencias*, Internet, celulares o *blackberries*.[48] Las nuevas tecnologías de la información y la creciente importancia de la web facilitan la investigación de fuentes legales de cualquier parte del mundo y desde cualquier lugar, por intermedio de páginas web, portales en línea y bases de datos. También ayudan al desarrollo de trabajos y negociaciones, y a la edición de documentos en línea y al instante. El impacto de estos avances tecnológicos en el quehacer del abogado es innegable y abarca desde la abolición de la secretaria personal hasta la inmediatez en la respuesta y la posibilidad de negociar, redactar y ejecutar un complejo contrato entre una decena de partes, ubicadas en cinco continentes, en menos de una semana. Todo ello ha contribuido a que el cliente exija de su abogado resultados y documentos más rápido y que esté accesible casi las 24 horas del día. Para el ejercicio profesional, el tiempo no sólo se convierte en el mayor ad-

[47] Si bien, por un lado, están las fuerzas de la globalización, por otro estas se enfrentan con la protección de intereses locales, en particular de los abogados locales, que presionan porque no se modifiquen las normas de admisión al ejercicio profesional en su jurisdicción.

[48] Son las nuevas *palmtops* portátiles.

versario del abogado moderno, sino que la celeridad y posibilidad de recambio de proveedores de servicios legales está trasladando la cultura del *zapping*[49] al ejercicio diario del abogado.

A la sofisticación de la abogada *in house-cliente* (en tanto consumidora informada y conocedora de la calidad y oportunidad de los servicios legales que solicita) debemos agregarle otra tendencia, esta vez generacional, que afecta y, en muchos casos, determina la conducta del propio cliente: su familiaridad con la red cibernética. El crecimiento exponencial de la web y el desarrollo tecnológico han cambiado no solo las estaciones físicas de trabajo sino, también, el entorno general de labores de un abogado y de sus clientes. Cada vez más, quien contrata los servicios de un abogado recurre a la web como fuente de información y utiliza los distintos buscadores y bases de datos para informarse antes de proceder. Esa tendencia ha llevado a acuñar la necesidad de *estar presente en la pantalla del cliente* (traducción del inglés «race to the in-house counsel's desktop»).

El impacto de Internet también se ha hecho sentir en el ámbito de la formación del abogado, especialmente en lo que se refiere al acopio de fuentes e investigación jurídica. El dilema que enfrenta un abogado joven ya no es ubicar la legislación o precedente aplicable sino, más bien, discernir entre la multiplicidad de fuentes y cómo priorizarlas. Las universidades, los estudios de abogados, los colegios profesionales y las bibliotecas jurídicas invierten cada vez más en contar con bases de datos y buscadores potentes, así como en entrenar a su personal en las técnicas de acceder a la información que se requiere.

Las ventajas que aporta Internet presentan desafíos tecnológicos, gerenciales y éticos para el ejercicio de la abogacía, especialmente en lo que se refiere a la obligación de garantizar la confidencialidad de los asuntos encomendados al abogado. En este sentido, los estudios de abogados vienen implementando políticas sobre cómo administrar sus plataformas tecnológicas, de manera que se aseguren los estándares de confidencialidad que les impone la profesión. Ello implica desarrollar protocolos, prácticas y políticas institucionales al interior del estudio, además de generar la estructura administrativa de soporte. Todo ello supone una importante inversión.

---

[49] Se conoce por *zapping* la práctica de cambiar instantáneamente de un canal de televisión a otro usando el control remoto, sin necesidad de desplazarse, moverse o cambiar de posición —basta un clic—.

La educación a distancia y la creciente posibilidad de usar medios alternativos de resolución de disputas en línea (conocida en inglés como *online dispute resolution)* son pruebas latentes del impacto que la tecnología puede alcanzar dentro de los esquemas más tradicionales del Derecho.[50]

Lo anterior supone importantes inversiones para el abogado no solo en términos de adquisición o licencia de tecnología (*hardware* y *software*) sino en entrenamiento y capacitación de su personal, adecuación de sus procesos internos, y estudio de las implicancias de las nuevas tecnologías para sus clientes. Todo ello sube el costo de la prestación de servicios legales.

Sin embargo, allí no se quedan las cosas. Personalidades del mundo intelectual, como el profesor David Johnson de la Universidad de Yale, pronostican un impacto dramático de las tecnologías de la información en el Derecho para el año 2025.[51] Esta realidad comprendería la normal presencia de factores tales como la existencia de leyes y normas como códigos interactivos web, la realización de arbitrajes y juicios en línea (incluyendo peritos y paneles de expertos), y nuevas fuentes de normas vinculantes. A juicio de Johnson, todos estos elementos, a los que podríamos agregar accesos directos a información concerniente a entidades públicas por intermedio de sus portales, estarían contribuyendo a la transformación de algunas nociones básicas del Derecho, entre las que destacarían los conceptos de personería y de propiedad. El profesor Johnson concluye sosteniendo que, en esta década, se presenciarán más cambios que aquellos que hemos podido enumerar rápidamente.

Sin embargo, estos adelantos no deben representar una amenaza sino una oportunidad: democratizar el acceso a los servicios legales de calidad, de tal manera que más personas puedan contar con ellos. Esta será la plataforma necesaria para iniciar estrategias de difusión y *marketing* vía web, que permitirán alcanzar ese nuevo horizonte.

---

[50] Ya E-bay, el mayor establecimiento comercial en línea, ofrece no solo compras en línea sino la solución de disputas en línea. Además, los *e-bayers* pueden dar y recibir *feedback* (positivo, negativo o neutro) en las transacciones que realizan.

[51] Presentación «The Firm of the Future» realizada por David Johnson en Yale Law School en diciembre del 2002.

4.5. Transparencia corporativa y ética profesional

El escándalo Enron/Arthur Andersen[52] y otros recientes fraudes internacionales han propiciado una sensibilización, tanto de las autoridades como de los medios de la comunicación y la opinión pública, vinculada íntimamente con temas de transparencia, ética y gobierno corporativo.[53] Con mayor frecuencia, las empresas sometidas legal, corporativa o voluntariamente a estándares de transparencia y gobierno corporativo, trasladan estas nuevas reglas de juego y estándares en general a sus distintos proveedores. Esto incluye a los abogados que contratan, quienes tendrán, por lo tanto, la obligación de cumplirlas. La adopción de códigos de ética corporativos y la suscripción de compromisos y declaraciones de transparencia y de no estar incurso ni fomentar o incurrir, directa o indirectamente, en actos de corrupción se vuelve, cada vez más, un estándar.[54]

---

[52] En enero del 2002, el Departamento de Justicia de los EE.UU. inicia una investigación al conglomerado energético Enron, que, con 90 años de historia, se había convertido en el paradigma empresarial por seguir. Las investigaciones demostraron que los ejecutivos de la empresa eran culpables de ocultar a sus accionistas las enormes pérdidas que esta sufría, para que siguieran pensando que era rentable, así como de destruir documentación con la intención de evitar posibles investigaciones y litigios. El 15 de junio de 2002, una jueza del estado de Houston impuso a Arthur Andersen, la empresa auditora de Enron, una multa de medio millón de dólares y la condenó a cinco años de supervisión judicial por haber cometido obstrucción de justicia.

[53] La práctica del gobierno corporativo tiene su sustento en el marco de los valores y la ética empresarial. Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), «Gobierno Corporativo es el esquema a través del cual las compañías son dirigidas y controladas por el interés de los accionistas (*stockholders*) y los otros afectados (*stakeholders*), para sostener y mejorar el valor de las mismas». Un gobierno corporativo efectivo, entonces, será aquel que permita a las empresas hacer lo correcto para el mejor interés de los accionistas, trabajadores y demás involucrados. Véase, por ejemplo, MEDINA, Jorge. «Más allá de los titulares». *Semana Económica*, 17 de noviembre de 2003, p. 39.

[54] Lo anterior es fruto no solo del mandato legal (véase, por ejemplo, *Foreign Corrupt Practices Act*) sino cada vez más una exigencia del mercado. En el marco de la responsabilidad social empresarial (conocida en inglés como *business social responsibility*), los empresarios están convirtiendo en norma y práctica corporativa el contar con un buen clima laboral que los lleve a ser un buen empleador (*great place to work*). La aplicación y exigencia de la responsabilidad social *hacia adentro* se ha extendido en Norteamérica más allá de las empresas caracterizadas por relaciones laborales de dependencia para abarcar también a las profesiones independientes.

Paralelamente a las exigencias del mundo corporativo y del mercado de valores, la profesión legal ha ajustado y readecuado sus exigencias. Es más, un requisito indispensable de quienes practican el ejercicio de las leyes norteamericanas es el de completar cursos anuales de educación continua (*Continuing Legal Education*), que incluyen un número importante de créditos en distintas materias relacionadas con la Ética y responsabilidad profesional.[55] Ya no basta haberse graduado de una facultad de Derecho debidamente acreditada y haber pasado satisfactoriamente el examen de colegiatura obligatoria en la jurisdicción en la que se desea ejercer la abogacía, sino que resulta necesario certificar, anualmente, que se ha llevado una cierta carga académica de actualización en su materia y de revisión de los temas éticos y de responsabilidad profesional.[56]

---

[55] Por ejemplo, todo abogado en ejercicio en el Estado de Nueva York debe llevar anualmente, por lo menos, 24 créditos en cursos de extensión profesional (*Continuing Legal Education*, conocido por sus siglas en inglés CLE), que incluyen cursos de actualización en las distintas áreas y disciplinas legales (mercantil, sucesiones, propiedad, civil, penal, familia, laboral, administrativo, mercado de valores, tributario, ambiental, internacional, arbitraje, etc), así como el desarrollo de capacidades y habilidades legales (solución de problemas legales, redacción, análisis y razonamiento legal, investigación en línea, comunicación, negociación y exposición, entre otros), y de gerencia y administración de la práctica profesional (que incluyen cursos sobre *marketing*, administración de la oficina, reducción de *stress*, uso de las tecnologías de información, etc.). Por lo menos, cuatro créditos al año deben estar dedicados a temas de ética y responsabilidad profesional. En el caso de los abogados recién admitidos al ejercicio profesional, deben llevar 32 créditos los primeros dos años. Véase Appellate Divisions of the Supreme Court of the State of New York. «Mandatory Continuing Legal Education Program for Attorneys in the State of New York». *Joint Rules of the Appellate Divisions 22 NYCRR 1500* (2000). El efecto de esta medida es muy interesante y positivo para la profesión, pues supone no solo la actualización de conocimientos sino la interacción de abogados en ejercicio que comenten académicamente sobre la práctica profesional. En ese sentido, destaca la asistencia de más de 180 abogados, que incluyen socios de importantes estudios, en plena época navideña a un seminario de tres créditos sobre ética y responsabilidad profesional en el Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York para discutir sobre conflictos de intereses y la obligación de reserva del abogado.

[56] Una consecuencia directa y, a la vez, causa adicional para la actualización y capacitación permanente que enfrentan los abogados estadounidenses se refiere a las pólizas de seguro. En efecto, las compañías de seguro toman en cuenta este tema al momento de fijar la prima por pagar en las pólizas de seguros de responsabilidad profesional (*legal mal practice)* que los estudios de abogados suelen tomar. Todos los abogados de una firma, incluso los asociados extranjeros (*foreign associates*), deben llenar un cuestionario, preparado por la compañía de seguros de la firma, referido a las horas que dedican anualmente a su capacitación. Una somera revisión de estos cuestionarios refleja que se controla el ámbito del trabajo profesional y la capacitación y actualización para desarrollar dicho trabajo por parte de los abogados.

Las facultades de Derecho en Norteamérica incluyen, en su currículo, cursos obligatorios y electivos de aspectos éticos sobre el ejercicio profesional del abogado. Hay, además, clínicas jurídicas destinadas a familiarizar al estudiante con los dilemas éticos que se presentan en el ejercicio legal. La integridad del abogado y la sujeción a códigos de honor es una práctica común, tanto a nivel de los estudiantes de Derecho como de los abogados en ejercicio.[57]

En ese sentido, los colegios de abogados cumplen un papel determinante en cuidar y promover la imagen de la profesión. Para ello, sancionan disciplinariamente a los miembros de la orden que cometen faltas éticas. La trayectoria de los colegios de abogados estadounidenses ha sido, en muchos casos, ejemplar. Basta recordar que dos presidentes estadounidenses han sido disciplinados públicamente por sus respectivos colegios profesionales por haber incurrido en violaciones éticas. Tal fue el caso de Richard Nixon[58] y de Bill Clinton[59] —solo para mencionar los casos más notorios—. [60]

---

[57] La oferta académica en Yale Law School sobre temas de ética y responsabilidad profesional del abogado es abundante tanto en contenido como en variedad. Además de una amplia oferta de cursos sobre filosofía del Derecho y otros tantos relacionados con temas éticos del Derecho en general (por ejemplo, la pena de muerte, la biotecnología, derecho de los homosexuales, la anticorrupción, etc.), 10% del total de cursos ofrecidos cada semestre están directamente orientados a propiciar una reflexión acerca del ejercicio profesional (*v. g.*, Responsabilidad Profesional del Abogado, Estructura de la Profesión en Norteamérica, Formación de los Abogados, Ética en el Ejercicio Profesional, además de talleres y clínicas jurídicas sobre el tema).

[58] A raíz del escándalo Watergate, en el que se comprobó que el ex presidente Richard Nixon (EE.UU.) utilizó recursos de la CIA para espiar a sus rivales del Partido Demócrata, Nixon se vio obligado a renunciar a su cargo. El Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York (The Association of the Bar of the City of New York), al que se había afiliado Nixon después de ser vicepresidente y en cuya ciudad ejerció la profesión como socio de un importante estudio que llevaba su nombre, inició un proceso disciplinario ante la Corte de Nueva York para suspenderlo en el ejercicio profesional. Se le imputó el haber prestado testimonio falso, violado los derechos constitucionales de los ciudadanos, denigrado la administración de justicia y desobedecido intencionalmente notificaciones judiciales. Antes que la corte fallase, Nixon renunció a su colegiatura en esa jurisdicción. El tribunal de todos modos falló y lo suspendió, de manera permanente, del ejercicio profesional en el estado. No tomó en cuenta la renuncia del ex Presidente, ya que, de aceptarse el supuesto de que la renuncia pudiese poner fin al proceso disciplinario en curso, el abogado cuestionado podría ir a otra jurisdicción para ejercer la profesión. Para mayor información, véase, entre otros, el trabajo de investigación de Rocío Oré Vásquez presentado en el curso Ética y Responsabilidad Profesional de la Pontificia Universidad Católica del Perú en junio del 2003.

Por otro lado, las autoridades del mercado de valores estadounidense vienen impulsando mayores niveles de transparencia y compromiso con el público inversionista en el actuar de los abogados. En el marco de la reforma integral del sistema de supervisión y vigilancia del mercado de valores de ese país a raíz de los escándalos financieros de Enron, Arthur Anderson y Worldcom, el Congreso estadounidense adoptó, en julio de 2002, una ley, conocida como Sarbanes-Oaxley, que, entre otras disposiciones sobre gobierno corporativo, impone nuevas obligaciones a los abogados de emisores de valores en el mercado estadounidense.[61] Las regulaciones adoptadas por la Comisión de Valores de ese país (conocida por sus siglas en inglés SEC) que implementan esta ley obligan, ahora, al abogado que toma conocimiento de hechos o circunstancias que afecten o puedan afectar la situación de la empresa a hacer que esta informe esos hechos al público.[62] Para ello, el abogado debe recurrir al gerente o asesor legal de la

---

[59] A raíz del escándalo Lewinsky, en el que el presidente Clinton declaró ante el Gran Jurado haber tenido relaciones impropias con la becaria de la Casa Blanca, hecho que había negado anteriormente, el Tribunal Supremo de Arkansas lo halló culpable de perjurio y de obstrucción de la justicia, y le revocó la licencia para ejercer como abogado en ese estado por cinco años. Por último, lo multó con $ 25.000. Clinton, además, fue inhabilitado para litigar ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Para mayor detalle véase, entre otros, el trabajo de investigación de Manuel Rivera Silva presentado en el curso Ética y Responsabilidad Profesional de la Pontificia Universidad Católica del Perú en febrero del 2003.

[60] La preocupación por la ética en el ejercicio profesional también se centra en torno a la manera de calcular los honorarios profesionales que cobra el abogado. El tiempo como medida de valor para determinar los honorarios se están cuestionando en los Estados Unidos en los círculos académicos e, incluso, en algunos procesos judiciales en los que los tribunales estadounidenses han denegado el cobro de las costas presentadas por los abogados. Para un detalle de los casos recientes véase LIPTAK, Adam. *Op. cit.*, p. G-7.

[61] El 30 de julio de 2002, el presidente Bush promulgó la Ley Sarbanes-Oaxley sobre gobierno corporativo. Esta ley sanciona una reforma integral de las prácticas contable y de gestión de las empresas públicas norteamericanas, y establece la necesidad de contar con comités de auditoria independientes, prohibiciones de préstamos a gerentes (*insiders*), prohibiciones a los directores y gerentes, mayores niveles de información al público, la necesidad de adoptar un código de ética de la empresa, además de reforzar las facultades de la SEC, y las sanciones y normas penales de la materia. Véase el texto de la ley en <http://www.realcorporatelawyer.com/sarbanes-oxley.PDF>.

[62] Según el artículo 307 de la Ley Sarbanes-Oaxley, la SEC debe establecer estándares mínimos de conducta profesional de los abogados que patrocinen asuntos, tramiten casos o se apersonen ante ella. El 21 de noviembre de 2002, la SEC publicó, para ser

empresa (denominado *Chief Legal Officer* y conocido por sus siglas CLO) y, si este no toma las acciones debidas, el abogado debe dirigirse a una instancia superior. En su defecto, deberá dirigirse al comité de auditoría o algún otro comité integrado por directores que no estén empleados directa o indirectamente por la empresa. En última instancia, tendrá que dirigirse ante el directorio en pleno.[63]

La SEC quiso ir más allá: quería obligar al abogado a renunciar al patrocinio y denunciar las prácticas indebidas de su cliente ante la SEC si la gerencia de la empresa no había tomado las medidas correctivas del caso. Como era de suponer, esta propuesta, bautizada como *renuncia ruidosa* (*noisy withdrawal provision*), fue ampliamente criticada por el gremio (especialmente por la ABA y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York) por violar la obligación ética de secreto profesional que el abogado tiene con su cliente. Como la SEC tiene la sana costumbre de prepublicar sus regulaciones para recabar comentarios y, en efecto, toma nota de las observaciones planteadas, hasta la fecha no ha adoptado la obligación de *renuncia ruidosa*, aunque ha indicado que sigue estudiando el tema.[64]

Las propuestas de la SEC perfilan una tendencia no solo por aumentar la responsabilidad y niveles de diligencia del abogado moderno sino por someterlo a estándares éticos y procesos disciplinarios establecidos por la autoridad (y no su gremio) en respuesta a fallas del mercado. Podríamos asemejar esta tendencia al desarrollo reciente de la normatividad de lavado de dinero que, bajo el epígrafe «conoce a tu cliente», impone nuevas obligaciones al sistema financiero. De alguna manera, ante las fallas del mercado de valores (en el caso de las recientes normas éticas impuestas por la SEC a los abogados) y del sistema financiero (para impedir el lavado de dinero), la legislación se

---

comentado, su proyecto de reglamento del artículo 307. El 29 de enero de 2003, la SEC emitió la regulación final correspondiente «Implementation of Standards of Profesional Conduct for Atronéis» (*Release N.os 33-8185* y *34-47276*).
Véase <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>.

[63] Esta obligación de recurrir a la instancia superior es conocida como la obligación de *subir la escalera* (*up-the-ladder*).

[64] La SEC está explorando dos alternativas de regulación. Véase «Proposed Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys». *Release N.os 33-8186* y *34-47282* (29 de enero del 2003). En <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8186.htm>; y «Proposed Rule: Implementation of Standards of Profesional Conduct for Attorneys». *Release N.os 33-8150* y *34-46868* (21 de noviembre del 2002). En <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8150.htm>.

aboca a regular la función del abogado y, en su caso, del banco, en tanto intermediarios o *brokers* privilegiados. Así, busca favorecer el sistema, incluso en desmedro de las obligaciones de reserva profesional que ambos (abogado y banco) tienen con su cliente. Ello marcaría una nueva perspectiva, esta vez sistémica de la relación, hecho que perfila una nueva esencia del quehacer profesional.

A la par de promover prácticas y estándares éticos en el ejercicio de la profesión, hoy, más que antes, se le reclama a los estudios de abogados estadounidenses el dedicarle recursos a la defensa gratuita de los personas sin recursos económicos (*probono*). No obstante la creciente competencia y dinamización del mercado de servicios legales en Norteamérica, un grupo importante de la población no tiene acceso a la Justicia por carecer de adecuada representación. El *probono* busca reducir la distancia de quienes están aún al margen del mercado de servicios legales. Son dos las formas en que los abogados estadounidenses enfrentan este desafío. Por un lado, lo hacen por medio de donaciones deducibles de impuestos a *Legal Aid Society*. Por otro lado, destinan horas posibles de ser trabajadas y cobradas al patrocinio gratuito de clientes *probono*.[65] Los *rankings* de las firmas de abogados se han constituido en un aliado del *probono*, ya que han contribuido a generar conciencia y competencia entre los dueños de los principales estudios por atraer al mejor talento de jóvenes generaciones de abogados, para quienes el *probono* ha pasado a ser un elemento indispensable de una buena firma de abogados. Hay una demanda creciente por parte de los abogados jóvenes e, incluso, por parte de los abogados que practican solos por participar en casos *probono*.[66]

A luz del caso Clifford Chance, no sorprende que dicha firma se ubicase en el penúltimo lugar del *ranking* entre las firmas que promueven el *probono* entre sus asociados. Precisamente, esa ausencia de responsabilidad social, junto a una falta de preocupación por su per-

---

[65] Las normas éticas estadounidenses recomiendan que un abogado aspire a dedicarle anualmente, por lo menos, 50 horas posibles de trabajarse y cobrarse a temas de *probono*. Véase *Rule 6.1 Voluntary Pro Bono Public Service, ABA Model Rules* (2002).

[66] Véase SCUDDER, Steven B. «Volunteerism by lawyers is on the rise». *The New York Times*, 19 de febrero de 2003, p. B-1. Cada vez es más relevante cuantas horas dedican los abogados al *probono*. Así, por ejemplo, los abogados de Patterson Bellkamp se precian de dedicar en promedio 151 horas cada uno al año al *probono*, seguidos de Covington & Burling, que destinan 147; Wilmer Cutler, 126; y Arnold & Porter, 127. Véase «The AmLaw 200's Pro Bono Powerhouses & Laggards». *American Lawyer*, septiembre del 2003, p. 96.

sonal, era consecuencia directa de una apuesta comercial eficaz que llevó a la relajación de los estándares éticos en el ejercicio profesional de los directores de la firma más grande del mundo —y ese *mundo* reaccionó dándole un campanazo a Clifford Chance y a todos aquellos en situaciones similares—. Fruto de la globalización y de la competencia en el mercado, la ética en el ejercicio profesional se perfila como el estándar.

4.6. La profesión en Norteamérica

Los cambios y transformaciones mencionados han ido de la mano con un crecimiento importante del mercado de servicios legales tanto en términos de agentes como de profundidad y rentabilidad del mercado.[67] El número de abogados admitidos al ejercicio profesional en los Estados Unidos se ha duplicado en las dos décadas que nos separan de 1980, año en que había 500 mil personas dedicadas al Derecho profesionalmente. En el 2002, el número de abogados admitidos al ejercicio profesional en los EE.UU. llega al millón. En lo que respecta propiamente al sueldo, los $70 mil anuales, que normalmente se les pagaba a aquellos abogados que alrededor de 1990 comenzaban a trabajar en alguno de los grandes estudios de Nueva York, han pasado a ser, en el 2003, $125 mil, monto que representa un incremento del 85% en, prácticamente, una década.[68] Asimismo, el costo de mantener y operar un estudio también ha aumentado considerablemente en los Estados Unidos de América. Esta situación se debe a diversos factores, como, por ejemplo, la inversión en tecnología necesaria y el creciente costo de la planilla de un estudio colegiado.[69]

---

[67] Un fenómeno que recién presenciamos este siglo es el que los estudios hayan superado la facturación del billón de dólares. Tal es el caso, desde el 2001, de Skadden Arps (1,632 abogados, 336 socios, ingresos anuales de $1.310 millones en el 2002) y de Baker & McKenzie (3.156 abogados, 596 socios e ingresos totales de $1.060 millones en el 2002), seguidos muy de cerca por Jones Day (1,698 abogados, 339 socios e ingresos anuales de $908 millones), y Latham Watkins (1.393 abogados, 337 socios e ingresos de $906 millones en el 2002). v. «Two Firms Break a Billion». *American Lawyer*, julio de 2003. p. 127.

[68] Debe tomarse en cuenta que esa cifra refleja también el incremento en el costo de la vida (por ejemplo, los arrendamientos, cuyos precios se elevaron a fines de los noventa en Nueva York, entre otros factores, debido a la labor de relanzamiento comercial de Manhattan liderada por el alcalde Rudolph Guliani).

[69] Las firmas neoyorquinas reportan ingresos por abogado más altos que el resto de estudios estadounidenses. Véase «The New York Premium». *American Lawyer*,

A su turno, la academia y el gremio de abogados cumplen una función vital en Norteamérica.[70] Además de formar a las futuras generaciones de abogados y ofrecerle a los profesionales de leyes en ejercicio distintas alternativas de actualización y educación continua, las facultades de Derecho y los colegios profesionales se constituyen en referentes de prestigio profesional. Servir en un comité de un colegio de abogados o asumir alguna responsabilidad funcional al interior del gremio es motivo de orgullo y reconocimiento profesional.[71]

---

julio del 2003, p. 122. La hora facturada por un socio de un estudio neoyorquino suele fluctuar entre $600 y $800. Si bien los socios de los principales estudios neoyorkinos pueden ganar más de un millón de dólares al año, los ingresos anuales de los socios de los siguientes 90 principales estudios estadounidenses fluctúan entre $250 y $975 mil dólares, con un promedio de medio millón anuales. Véase McLaughlin, Mary. «Beyond the Caricature: The Benefits and Challenges of Large-Firm Practice». *52 Vanderbilt Law Review*, n.º 1003, 1999, p. 1006. El estándar que se usa ahora para listar la rentabilidad de una firma de abogados es el de ingresos por abogado y el de utilidades por socio. Al respecto, en el 2001, Wachtel Lipton (169 abogados y 77 socios) tuvo el mayor ingreso por abogado ($1,89 millones por abogado), seguido de Sullivan & Cromwell (643 abogados, 144 socios y $970 mil por abogado), Davies Polk ($960 mil), Paul Weis ($915 mil), Simpson Tacher ($870 mil) y Mildbak Tweed ($825 mil). Véase Eking Osta, *American Lawyer*, julio de 2003, p. 137. A su vez, 25 firmas de abogados registraron en el 2002 más de $1 millón en utilidades por socio. La lista la encabezaba Wachtel Lipton ($2,9 millones/socio), seguido de Cravath ($1,96 millones/socio), Cahill Gordon ($1,8 millones/socio), Simpson Thacher ($1,8 millones/socio), Kirkland Ellis ($1,8 millones/socio) y Mildbank Tweed ($1,7 millones/socio). Véase «A Growing Millionaire Club». *American Lawyer*, julio de 2003, p. 147.

[70] En Derecho, la educación superior estadounidense no se ha masificado ni ha perdido su calidad; por el contrario, sigue siendo y se precia de ser elitista. Por ejemplo, la Facultad de Derecho de Yale no llega a tener en total cada año en su campus 700 estudiantes —incluyendo en ese cálculo a todos los estudiantes de pregrado (J.D.), de maestría (LL.M.), de doctorado (J.S.D.) y académicos visitantes, denominados *visiting fellows*—. Anualmente, Yale solo acepta 200 estudiantes de Derecho para su primer año.

[71] En Norteamérica, una vez que el abogado es admitido al ejercicio profesional *(He bar)*, la membresía en los colegios profesionales es voluntaria y se ofrecen distintas alternativas de afiliación a gremios locales, estatales, nacionales e, incluso, por materia y área de especialidad. Precisamente, esa libertad ha dado lugar a un sin número de iniciativas y espacios de acción para el abogado. Así, por ejemplo, la vigencia y labor de la American Bar Association es estelar no solo por el amplio menú de servicios a sus agremiados sino, también, por su aporte a la formulación de políticas públicas, designación de magistrados y funcionarios, etc. De la misma forma, destaca la labor de los colegios profesionales en el ámbito estatal e, incluso, en el de las principales ciudades, entre ellas Nueva York, donde The Association of the Bar of the City of New York (conocido como el NYC Bar Association), el colegio de abogados de esa ciudad, es un foro muy influyente y prestigioso, que toma posición (e influye) cada vez que se

En suma, todo lo antes tratado lleva a deducir que, en la actualidad, existen distintas tendencias que, en el ámbito internacional, están configurando un escenario marcado por las siguientes características: creciente sofisticación del cliente; especialización del abogado; rapidez en el servicio y cultura del *e-zapping*; dinamización progresiva del entorno; visión de la abogacía como negocio, como empresa; y la ética y transparencia como ventaja competitiva del abogado moderno.

Ante tantos cambios que el mundo laboral y empresarial experimenta actualmente, ya ni siquiera podemos hablar de prepararse para el futuro, pues sería mucho más correcto hablar de enfrentar el presente, ya que las tendencias referidas son, el día de hoy, una realidad. En este sentido, dichos elementos conllevan la necesidad de los abogados por adoptar, ya como imprescindible, una estrategia corporativa basada en valores, destino al que la globalización, en sus diferentes caminos, parece conducirnos. Antes de desarrollar los principales componentes de lo que considero debe ser dicha estrategia, resulta necesario analizar qué está ocurriendo en nuestra parte del mundo y, en particular, auscultar si las tendencias y los factores que he identificado como promotores del cambio en la esfera internacional están presentes en nuestro medio.

5. Contexto nacional del ejercicio del Derecho

Muestra de que el Perú no está al margen de las principales tendencias internacionales, incluso en áreas tradicionalmente tan conserva-

---

nombra a un juez o magistrado en el Estado de Nueva York. El NYC Bar cuenta con más de 20 mil miembros y 170 comités que congregan a casi cuatro mil miembros activos, organizados alrededor de temas tan diversos como derechos humanos, mercado de valores, Derecho Internacional, temas corporativos, asuntos judiciales, Derecho Administrativo, Derecho Electoral, Derecho Ambiental, Derecho de las Tecnologías de Información, nombramientos judiciales, ética profesional y el devenir de la profesión. Cada comité agrupa a un máximo de 30 profesionales elegidos por un período de tres años cada uno (no reelegibles de manera inmediata), quienes mensualmente se reúnen para avanzar el trabajo voluntario que canalizan a través de dicha asociación. Dedicarle tiempo y esfuerzo para profundizar temas vinculados a su área de interés y reunirse con colegas, igualmente especialistas en la materia, es un factor de reconocimiento y valoración profesional que, con orgullo, los abogados incluyen en una línea de su currículo, que, como es práctica usual allá, es de una página, con lo que cada línea supone una actividad realmente importante y destacada del profesional.

doras como el ejercicio profesional del Derecho, es la constatación de que muchas de las tendencias observadas en las plazas financieras y legales más desarrolladas ya se hacen sentir en el mercado local de servicios legales. Sin embargo, a diferencia de esas plazas más desarrolladas, el abogado peruano enfrenta un mayor desafío.

En contraposición con economías y sistemas más desarrollados, como el inglés o el estadounidense, el peruano presenta serias debilidades institucionales que lo hacen aún muy permeable al vaivén político y proclive a la captura por parte de intereses específicos. A diferencia de lo que ocurre en los países del norte, en el Perú todavía se necesita crear un entorno predecible en el que la práctica individual del abogado pueda, en efecto, florecer y no se vea sometida a actos de competencia desleal, a la politización de las decisiones o a la corrupción. Todos ellos son escenarios en los que factores ajenos a la capacidad intelectual, a la preparación, a los conocimientos, a la creatividad y al coraje del abogado son los que garantizan el poder ser escuchado y merecer una decisión favorable. El espacio en que se desenvuelve el abogado peruano está lleno de limitaciones y sorpresas, muchas veces difíciles de explicar y de ser entendidas por los colegas anglosajones.[72]

La globalización, entendida como nuevas reglas para el mercado establecido, determina, por su parte, la obligatoriedad de romper con la tradición del abogado *chicha*, ya que, si no fuera así, ¿a qué abogados locales consultarán las empresas extranjeras que poseen reglas que prohíben corrupción de funcionarios? ¿A quiénes recurrirán a la hora de pactar arbitrajes, dadas las deficiencias de nuestro Poder Judicial actual? ¿Acaso los tratados internacionales no se convierten en plataformas en las que la contraparte extranjera se apoyará para exigir mejores condiciones para sus inversiones y demandar tanto mejoras en el Poder Judicial como la presencia de instituciones con solvencia académica y una trayectoria de predictibilidad como aquella forjada por los equipos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Banco Central de Reserva del Perú (BCR)? De alguna manera, debido a la globalización y a la competencia, las mismas exigencias del mer-

[72] Ello ha llevado a acuñar frases como falta de institucionalidad, economías en transición, países en desarrollo o, incluso, otras más despectivas como país bananero.

cado están contribuyendo a sentar la pauta para cerrarles el paso a los abogados sin escrúpulos.

Por eso, y siguiendo las enseñanzas de Pablo Ferreiro, considero que el papel y la responsabilidad de un abogado moderno en una sociedad como la nuestra es doble. Por un lado, debe poder vivir con solvencia del fruto de su talento y conocimientos para, de esta forma, cumplir con el mandato ético de atender y servir a su cliente con la mayor eficiencia y competencia profesional dentro de la ley. Por otro, tiene que contribuir a crear un marco institucional más predecible y estable. En el Perú de hoy, ya no basta con ser íntegro y atender bien al cliente; también es necesario *comprarse el pleito* de crear un sistema que privilegie la integridad y haga de la transparencia la regla y de la justicia, la herramienta de la actuación jurisdiccional.

Como se desarrolla a continuación con más detalle, el panorama del mercado peruano de servicios legales se caracteriza por la apertura de nuevas áreas del Derecho y nuevas maneras de ejercicio profesional, así como por la creciente competencia entre abogados y estudios, la sofisticación del cliente y el creciente papel de las tecnologías de información. Estas características se encuentran enfrascadas en el marco de una coyuntura cambiante, estigmatizada por la creciente inseguridad jurídica, el debilitamiento del principio de autoridad, el descrédito profesional del abogado y la pérdida de liderazgo y prestigio del gremio. Todo ello plantea —como ya he indicado— un doble desafío para el profesional del Derecho.

5.1. Nuevas áreas del Derecho y estudios *boutique*

En las últimas dos décadas, han aparecido, en la región andina y en el Perú en particular, nuevas áreas de ejercicio profesional y nuevas disciplinas, así como otras áreas que han adquirido nueva importancia. De esta manera, quienes estudiamos Derecho antes de los noventa no solo hemos tenido que aprender las disposiciones de un nuevo ordenamiento legal (desde una nueva Constitución hasta un nuevo marco legal para las inversiones y procedimientos judiciales y administrativos) sino, y sobre todo, aprender un nuevo enfoque de análisis e interpretación legal.[73] Así, han surgido nuevas áreas del Derecho, espe-

[73] Destaca, sobre todo, el enfoque del análisis económico del Derecho desarrollado por las escuelas de Yale y Chicago en los últimos treinta años, que aplica la racionalidad de la disciplina económica en la formulación, aplicación e interpretación del Derecho.

cialmente en sectores regulados, como son los de telecomunicaciones, energía, transporte, fondos de pensiones y mercado de valores. Podemos hablar, también, de nuevas disciplinas, como la ambiental, la defensa de la competencia y consumo, e Internet y autodeterminación informativa, entre otras. Hay áreas que adquieren, ahora, nueva importancia, como la especialidad penal, la administrativa y la concursal, especialmente en lo concerniente a la actividad empresarial. En fin, un sinnúmero de temas que las facultades de Derecho antes no contemplaban en su currículo.[74] Ello ha obligado a muchos aboga-

---

Véase ROWLEY, Charles. «Public Choice and the Economic Analysis of Law». En MERCURIO, Nicholas. (ed.). *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 125.

[74] Tomando en cuenta la novedad de muchas de estas áreas, hay que tener presente la falta de institucionalización de las mismas. Pienso, entre otros, en temas relacionados con la regulación de los servicios públicos, la competencia y protección del consumidor, el comercio exterior, el sistema de pensiones, el mercado de valores y la regulación ambiental por dar algunos ejemplos. Algunos de los factores que grafican la situación actual y pueden perfilar la posible precariedad del sistema son, entre otros, los siguientes:

(1) Marco institucional insuficiente y confuso. Si bien se cuentan con normas relacionadas con las nuevas materias, no se ha llegado a adecuar toda la legislación a estos nuevos enfoques, por lo que muchas veces hay normas contradictorias que ameritan ser esclarecidas por la vía normativa o jurisprudencial.

(2) Limitada aplicación y experiencias poco significativas. Adicionalmente, la aplicación de las nuevas normativas es aún reducida en el tiempo y su relevancia, muchas veces, es poco significativa.

(3) Indefinición del rol de la autoridad. La actuación de la autoridad en muchas de las nuevas áreas no ha tenido un impacto significativo en el desarrollo de un sistema eficiente.

(4) Alta movilidad de funcionarios. La aplicación de las nuevas disciplinas jurídicas por las autoridades nacionales ha dado lugar a un importante grado de especialización por parte de sus funcionarios, es decir, a la existencia de un *know how* propio, hecho que ha sido, precisamente, uno de los factores que ha influido en el desarrollo de estas nuevas áreas. Sin embargo, su permanencia en las entidades gubernamentales es bastante inestable, debido a que el sector privado ofrece atractivas ofertas de trabajo para este tipo de funcionarios. De ello, se deriva que la aplicación de las nuevas normas y disciplinas jurídicas dependa mucho de las personas y que carezca de un grado suficiente de institucionalidad.

(5) Necesidad de una aplicación horizontal de las nuevas disciplinas. De otro lado, también se ha hecho evidente que la especialización de los funcionarios vinculados a determinados temas resulta insuficiente para dar soporte a decisiones en los casos de pugna con otras políticas públicas, que vienen apoyadas por diversos intereses. Esta situación resulta especialmente clara en los casos en que priman las excepciones sectoriales, las restricciones al comercio o a la inversión, así como los requisitos de importación impuestos para proteger a determinadas industrias domésticas. Lo anterior indica que resulta necesario identificar vías idóneas para difundir la naturaleza

dos egresados de la universidad antes de los noventa a regresar a las aulas para capacitarse en los nuevos temas. Para ello, se ha intentado que se abran nuevas maestrías en Derecho y se ofrezcan cursos especializados.[75] A diferencia de lo que ocurre en Norteamérica, en el Perú, la oferta de educación continua y la práctica de regresar a las aulas ha sido determinada por las exigencias del mercado antes que por mandato legal. No obstante ello, considero que convendría reflexionar acerca de las bondades de contar con un sistema obligatorio de educación continua para los abogados como requisito ético para garantizarle al cliente una adecuada y competente representación.

Además, se aprecia una tendencia creciente hacia la especialización de los abogados, hecho que se relaciona, de forma directa, con la proliferación de firmas *boutique* (muy parecida a lo que ocurre en Norteamérica). Así, por ejemplo, un reciente reportaje periodístico indica que «una nueva generación de abogados ya está dando que hablar. No todos trabajan en los grandes y prestigiosos despachos; muchos lo hacen en los suyos, que se especializan en ciertas áreas o temas. Y están marcando nuevas tendencias en las relaciones comer-

---

intersectorial de estas nuevas disciplinas y sus beneficios frente a otro tipo de políticas entre un público mayor al de los integrantes del Estado.

(6) Necesidad de mayores niveles de *accountability* y transparencia en la toma de decisiones. Otro aspecto que concita gran interés se refiere a las amplias facultades de investigación y sanción de las que están investidas las nuevas autoridades reguladoras (las Osis, por ejemplo) y el INDECOPI, así como la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). El ejercicio de estas facultades conlleva, implícitamente, la responsabilidad de administrar correctamente el nivel de discrecionalidad otorgado. La única garantía de que las nuevas normas se apliquen convenientemente en beneficio de la ciudadanía es que el desempeño de dichas autoridades sea calificado como imparcial, técnico y transparente por la sociedad.

(7) Espacios para el diálogo y la investigación académica. La implementación de estas nuevas disciplinas queda en manos de las autoridades y de ellas depende el desarrollo que se logre en la materia. Sin embargo, su labor puede terminar por ser solo un esfuerzo aislado, carente de aliados y sin expectativas de alcanzar otros ámbitos de discusión. Por ello, es necesario buscar formas de retroalimentar el sistema, de manera que otros agentes participen desde una perspectiva académica o profesional en el avance y mejor aplicación de estas nuevas áreas y disciplinas jurídicas. De esta forma, se generarán vías para el intercambio de información y el debate sobre temas de actualidad.

[75] Actualmente, la mayor parte de universidades con facultades de Derecho tienen, por lo menos, una maestría. La Pontificia Universidad Católica del Perú, por su parte, cuenta con ocho de estas en el campo del Derecho. Véase González, Gorki. *Op. cit.*, pp. 97-143.

ciales entre abogados y clientes».[76] El reportaje destaca los primeros estudios peruanos dedicados, exclusivamente, al Derecho Ambiental, al Derecho de Regulación y al Derecho de Competencia, entre otros.

Otro fenómeno que se percibe en Lima es que el arbitraje ha pasado a constituir una importante fuente de ingresos para juristas.[77] Frente a un poder judicial lento y percibido como corrupto, el protagonismo del arbitraje se debe a la rapidez, especialización y costo relativo de este, beneficios y características todas estas que hacen que el arbitraje ocupe hoy un lugar trascendente.[78] Lo anterior muestra una corriente importante que apunta a establecer mayores parámetros de especialización legal.

5.2. Dinamización del mercado y creciente competencia

Se nota, igualmente, un incremento en la presencia de nuevos abogados y estudios bien posicionados y con perspectivas, los mismos que no existían en los ochenta. Así, por ejemplo, en el último *ranking* efectuado por la publicación inglesa Chambers Global 2003, entre los cuatro estudios considerados por los principales clientes financieros internacionales como los líderes peruanos en temas corporativos de fusiones y adquisiciones, tres de ellos no existían en los ochenta y, de los seis estudios evaluados como líderes en banca y finanzas, tres son de reciente formación y dos de ellos solo de los últimos seis años.[79]

---

[76] Véase Zapata, Luis. «Boutiques de Moda». *Semana Económica*, 13 de octubre de 2003, pp. 3-6.

[77] En solo una década, los arbitrajes administrados por centros de arbitraje se han multiplicado exponencialmente. En el caso del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Lima, que lleva más del 85% de los arbitrajes administrados por centros en el país, su carga procesal se ha incrementado de dos casos nuevos al año y una decena de procesos que tenía en total en 1992 a más de 170 casos nuevos por año y un total de 500 casos en el 2002. Según datos de la Cámara de Comercio de Lima, los montos en disputa administrados por el sistema también se han visto incrementados de poco más de $230 mil a principios de los noventa a más de $234 millones en el 2000. Una tendencia similar habría ocurrido en el caso de los arbitrajes ad hoc. Esta tendencia estaría creciendo, especialmente, por un tema de costos.

[78] La conciliación, por el contrario, no ha tenido el éxito esperado ni se ha masificado debido, probablemente, a la ausencia de una cultura de conciliación y mecanismos eficaces para su implementación (no bastan, para ello, su carácter obligatorio como requisito previo a litigar judicialmente). En realidad, parecería que el sistema no fue bien diseñado ni implementado.

[79] Véase Chambers & Partners. *Chambers Global 2003*, p. 889, que lista a los estudios Echecopar, Muñiz y Rodrigo en primer lugar de Banca y Finanzas, seguidos por el

Algo similar ocurre con la publicación que realizó la PLC Global Counsel Web, organización que brinda información de consejería legal en todo el mundo y que califica a los principales estudios de abogados de nuestro medio.[80]

La publicación en nuestro medio de estos *rankings*, que desde hace algunos años se efectúan en el extranjero, data recién de fines del año 2003 y evidencia el alto grado de competencia que existe en el mercado de servicios legales peruano.[81] En noviembre de 2003, por ejemplo, se publicó, por primera vez, el listado de los mayores *deals* del año, lista que incluyó el nombre del estudio que patrocinó a cada una de las partes.[82]

Asimismo, se percibe un proceso de *outsourcing* o *externalización* de las gerencias legales en algunas empresas y, en otras, de solo determinadas áreas (recuperaciones, por ejemplo). Con mucha mayor fre-

---

estudio García Sayán, el Miranda y el Payet en segundo lugar, y a los estudios Grau y Rubio en tercer lugar. A su vez, el estudio Rodrigo figura como el número uno en el *ranking* corporativo y de fusiones/adquisiciones, seguido, en segundo lugar, por los estudios Muñiz, Miranda y Payet; en tercer lugar, se encuentran los estudios García Sayán, Echecopar y Rubio; y, en cuarto lugar, el Grau y el Olaechea. Véase, también, *Semana Económica*, 13 de octubre de 2003, p. 3.

[80] Véase «Estudios de abogados», *Semana Económica*, 4 de agosto del 2003, p. 14, que listó como recomendables en temas tributarios a los estudios Hernández y Rodrigo. En comunicaciones, colocó al estudio Rodrigo como líder; a los estudios Berninzon, Echecopar y Rubio como altamente recomendables; y a los estudios Llona, Hernández, Muñiz y Payet como recomendables. En energía, listó, como altamente recomendables, a los estudios García Sayán, Ferrero, Grau, Rubio, Miranda y Rodrigo; y, como recomendable, al estudio Muñiz. En banca y finanzas, listó, como líderes, a los estudios Echecopar, Rubio y Rodrigo; como altamente recomendables, a los estudios García Sayán, Grau y Muñiz; y, como recomendables, a los estudios Miranda y Payet. En temas societarios y corporativos, figuran, como líderes, el estudio Echecopar; como altamente recomendables, los estudios Rubio, Muñiz y Payet; y, como recomendables, los estudios Barrios, García Sayán, Grau, Olaechea y Rodrigo. Por último, en fusiones y adquisiciones, coloca, como líderes, a los estudios Echecopar y Rubio; como altamente recomendables, a los estudios García Sayán y Muñiz; y, como recomendables, a los estudios Barrios, Miranda, Payet y Rodrigo.

[81] Es de anticipar —y esa perspectiva nos anima— que se desarrollen *rankings* sobre clima laboral, la dedicación y el fomento del *probono* al interior de los estudios, así como la relación con el Poder Judicial, entre otros, tal como viene ocurriendo en las principales plazas legales internacionales.

[82] Véase *Semana Económica*, 17 de noviembre de 2003, p. 95, que menciona (aquí listados en orden alfabético) a los estudios Benites, Berninzon, Echecopar, Ferrero, García Sayán, Hernández, Miranda, Muñiz, Payet, Rodrigo y Rubio como los asesores legales de las principales operaciones realizadas durante el 2003 (los *deals* del año).

cuencia, la presencia del abogado en la empresa se da de diversas maneras. Se perfila, también, una tenue tendencia que involucra un crecimiento de las gerencias legales no solo en cuanto a empresas sino, también, en otros sectores, como el Estado, las universidades, las organizaciones no gubernamentales y los gremios.

Se observa, además, una flexibilización de las barreras de acceso al mercado legal, como es el caso de la abolición del monopolio del patrocinio obligatorio ante el Estado por parte de los abogados y la simplificación del requisito de *notarización* para ciertos trámites *registrales*. Existe, también, una dinamización de los contactos con el exterior y con los nuevos clientes, así como una presencia permanente de nuevos participantes con importante potencial de crecimiento rápido. Estos factores contribuyen a propiciar un mercado legal sumamente dinámico y, por demás, inédito, circunstancia que ha llevado a varios importantes estudios limeños a contratar profesionales encargados de su imagen y relaciones públicas.[83] De igual modo, se percibe una disputa, anteriormente inexistente, por obtener un espacio en los medios de comunicación masiva, así como una corriente que implica la contratación de especialistas en temas de comunicación y publicidad de identidad corporativa.[84] Todos estos fenómenos responden a una intención de expandir el mercado mediante la intervención de la publicidad corporativa y los medios de comunicación.

En paralelo a la tendencia observada en el ámbito internacional, se perfilan alianzas estratégicas entre estudios con dos direcciones: por un lado, entre estudios limeños y sus contrapartes en las principales ciudades del país; y, por otro, entre los estudios de Lima y sus contrapartes extranjeras.[85] En este último caso, muchos despachos prefieren

---

[83] Así, por ejemplo, un importante estudio ha contratado a una jefe de prensa; otro, de más reciente formación, llama a esa profesional su encargada de imagen. Asimismo, otros han recurrido a asesorías externas en materia de relaciones públicas e imagen. A diferencia de lo que ocurre en Nueva York, parece que, en nuestro medio, muchos estudios están privilegiando, inicialmente, aspectos de publicidad periodística antes que el propio desarrollo de una estrategia integral de negocio.

[84] Con mayor frecuencia, aparece el nombre de un estudio de abogados limeño como patrocinador de eventos empresariales junto a reconocidas marcas del sistema financiero, del sector minero y del sector servicios públicos o informáticos. Destaca, por ejemplo, en el Congreso Nacional de la Empresa Privada, organizado por la Confederación Nacional del Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), en octubre de 2003, el auspicio de uno de los más grandes estudios limeños.

[85] La integración con firmas extranjeras a manera de sucursal peruana es todavía una excepción en nuestro medio. Sin embargo, destaca el esfuerzo de la firma española

mantener su independencia asociándose a redes internacionales, como Lex Mundi, el International Lawyer Network, EU-International Practice Group o Global Law.[86]

Algunos de los elementos de mercadeo utilizados por las empresas comerciales en el mercado local han alcanzado a los estudios de abogados limeños (práctica y realidad no descentralizada en el ámbito nacional). Destaca, así, la elaboración por parte de los principales estudios limeños de elegantes *brochures* institucionales a todo color con una fotografía y un diseño gráfico impecables, además de la utilización de las más modernas técnicas de diseño en las respectivas páginas web institucionales. En los últimos meses, además, los principales estudios han competido por ofrecer recepciones con ocasión de aniversarios institucionales, cada uno con una más nutrida asistencia y convocatoria tanto empresarial como académica y pública. Algunos estudios han recurrido, incluso, a elementos sofisticados de *merchandising*.[87]

La creciente competencia también se manifiesta por el lado de la demanda de servicios legales, que, cada vez en mayor medida, convoca a licitaciones y a concursos privados entre abogados. Al igual que en las plazas más competitivas en el ámbito internacional, se observa la práctica de presentarse a esas licitaciones a pérdida, solo para *hacer* currículo para la siguiente operación similar.

Los factores hasta ahora mencionados son síntomas de la absoluta dinamización del mercado de servicios legales en el Perú, por lo menos de aquel orientado a satisfacer las necesidades de las principales empresas y operaciones comerciales y financieras.[88] Sin embargo, el

---

Uría y Menéndez, líder en temas corporativos. También, sobresale, en materia de propiedad intelectual, la adquisición efectuada por el despacho español Clarke, Modet & Co. de un estudio peruano como parte de su expansión en América Latina.

[86] Las siguientes son algunas de las principales asociaciones internacionales de abogados listadas por tamaño: Consulegis EEIG (Alemania, 118 estudios en todo el mundo), Diro (solo en Alemania, 110 estudios), EU-Lex International Practice Group (Europa y EE.UU., 56 estudios), Eurojuris International EEIG (Europa, 712 estudios), Commercial Law Affiliates (200 estudios), Global Law (71 estudios), International Lawyers Network (66 Estudios), Lex Mundi (152 Estudios) y Terra Lex (138 estudios).

[87] Destacan, por ejemplo, los jarroncitos típicos de los despachos y bancos norteamericanos (*mugs*) y el envío de una elegante botella de pisco peruano especialmente envasada para el estudio, con el detalle de la procedencia (valle de Ica, Perú), entre otros.

[88] Lo anterior está generando que, en el segmento alto (proclive a pagar servicios diferenciados y, por tanto, de mayor precio), quienes originalmente competían por

Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú contempla un escenario distinto. Para la formación de la clientela (con esa frase, el Código se refiere al *marketing* profesional), un abogado solo puede usar tarjetas personales y avisos en los que indique su nombre, su dirección y su especialidad. No podría destacar atributos de sus servicios ni tener un logo vistoso, menos aun recurrir a la publicidad y al *merchandising*, a *brochures* a todo color o a fotografías de estudio.[89] Con esta prohibición se limita la competencia entre abogados y, por ende, sus saludables efectos: generar más información sobre la base de la cual los posibles clientes puedan adoptar decisiones más informadas y promover la búsqueda de una mayor calidad en los servicios prestados y la reducción de los precios, con lo que se contribuiría a democratizar el acceso a los servicios legales en nuestro medio. ¿Cómo puede darse a conocer un abogado en un país donde apenas se conoce el Derecho? Con un grado de analfabetismo aun existente, ¿basta con repartir tarjetas? ¿Cómo puede el abogado cobrar poco por sus servicios, si los presta pocas veces? Ello es especialmente critico no tanto en el segmento alto (que de por sí está informado) sino en los segmentos menos pudientes de la población.

Considero saludable repensar los dispositivos de nuestro Código de Ética respecto a la prohibición de hacer publicidad. Ello no signifi-

---

diferenciación y calidad de servicio ahora compitan también por precios. Las propias firmas están luchando por seguir diferenciándose (las formas son cada vez más sofisticadas), hecho que obliga a dar más valor añadido y alinear ese valor al valor agregado que los propios clientes necesitan para diferenciarse de sus competidores. Un detalle que parece advertirse es que, poco a poco, las firmas grandes comienzan a competir por precios entre sí y por diferenciación con las *boutiques*, que compiten con menores precios, pero tienen rentabilidades mayores, es decir, ofrecen un servicio diferenciado y a bajo precio. Ante este panorama sectorial, muchas firmas globales están dándole autonomía a sus unidades de negocios con filosofía y modos de trabajar propios, entre otros, aunque intentan articular sistemas de dirección y control que actúen como verdaderos mecanismos de integración. Si bien hay algunos indicios al respecto, es aún prematuro concluir que este fenómeno constituye una tendencia en el Perú.

[89] El artículo 13 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú de 1997 establece, en su primera parte, que, «para la formación de la clientela, el abogado debe cimentar una reputación de capacidad profesional y honradez, y evitará escrupulosamente la solicitación directa o indirecta de la clientela. Es permitido la publicación o reparto de tarjetas meramente enunciativas del nombre, domicilio y especialidad. Toda publicidad provocada directa o indirectamente por el abogado con fines de lucro, en elogio de su propia situación, menoscaba la dignidad de la profesión».

ca, como queda de manifiesto en el caso norteamericano reseñado en el capítulo que antecede, que todos los abogados vayan a recurrir a la publicidad televisiva o que usen los medios de comunicación para darse a conocer. En ese sentido, se trata de generar un régimen permisivo que beneficie, como en el caso estadounidense, a quienes no tendrían, de otra manera, acceso a servicios legales de calidad, esto es, a las personas de escasos recursos económicos.

5.3. Creciente importancia de Internet

Una prueba de que el Perú es parte del proceso de globalización es que los portales de Internet son ya una creciente realidad que está impactando el ejercicio del Derecho. Así, por ejemplo, las resoluciones del Tribunal Constitucional se consiguen vía web el mismo día en que fueron notificadas;[90] el Congreso tiene un sistema de información en línea que permite hacerle seguimiento a los distintos proyectos de ley;[91] la Superintendencia de Registros Públicos (SUNARP) —a su vez— ha implementado una base de datos en la que los usuarios pueden tener acceso, por medio de Internet, a todos los libros *registrales*;[92] e, incluso, el Poder Judicial planea hacer lo mismo con su archivo de expedientes. Asimismo, INDECOPI tiene, en funcionamiento, un sistema de seguimiento virtual de expedientes y está trabajando en informatizar todo su trámite documentario.[93] Existen, además, otros importantes avances realizados por las entidades gubernamentales nacionales.

El sector público peruano ha hecho suyo los desafíos de Internet mediante la promoción y atención de denuncias enviadas por correo electrónico. La Ley de Transparencia y Acceso a Información Públi-

---

[90] <http://www.tc.gob.pe/audiencias/pubenweb.html>.

[91] <http://200.37.159.14/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>.

[92] <http://enlinea.sunarp.gob.pe/interconexion/webapp/extranet/Ingreso.do>.

[93] Se ha incrementado exponencialmente el acceso virtual a los expedientes y trámites del INDECOPI. No obstante ello, aún queda un amplio camino por recorrer. Por ejemplo, el acceso a la página web del referido instituto se incrementó de más de 14 mil vistas anuales en diciembre de 2001 a más de 32 mil en septiembre del 2003. En materia de registros de marcas y trámites conexos, por ejemplo, mientras que el 2001 se registraron dos mil búsquedas virtuales (de un total de 42.500 búsquedas y seguimiento de expedientes), en el 2002 hubo casi 23 mil búsquedas en línea (de un total de 62 mil búsquedas y trámites).

ca,[94] a su vez, eleva el estándar de transparencia pública al requerir que todo entidad estatal facilite el acceso ciudadano a la información en su poder por medio de los portales de transparencia y otros mecanismos. Establece, además, la obligación del Estado de informar, periódicamente, sobre sus actividades mediante sus portales en Internet, así como el derecho que tienen todas las personas, cualquiera sea su condición, de acceder a la información pública que está en poder del Estado o de particulares que prestan servicios públicos. Asimismo, define las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, es decir, la información considerada reservada al acceso.

El Estado peruano ha logrado importantes avances en los dos últimos años en el acceso de los ciudadanos a la información pública, en particular a la información económica y fiscal. De un Estado cerrado, lejano al ciudadano, de privilegios de ciertos grupos en el acceso a la información y dominado por una cultura del secreto, poco a poco estamos migrando a un Estado más abierto, en el que la información es cada vez más de dominio público. Gracias a esto, los ciudadanos pueden acceder a ella de manera directa y gratuita, ya sea a través de los portales de transparencia de las entidades públicas o de las solicitudes de acceso a la información.[95]

---

[94] Véase ley 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), publicada el 3 de agosto de 2002 en el *Diario Oficial El Peruano*, y su Texto Único Ordenado (decreto supremo 043-2003-PCM), publicado el 24 de abril 2003.

[95] El informe de Ciudadanos al Día (CAD) sobre el «estado de la transparencia fiscal en el Perú» de junio de 2003 presenta una evaluación del estado de la cuestión, en el que hace especial hincapié en los avances logrados hasta esa fecha y la agenda pendiente. CAD reconoce el mérito de las autoridades y del actual gobierno en ser parte de los factores que contribuyeron a este avance. No obstante, la sociedad civil también ha contribuido de manera decisiva en este proceso. Según CAD, quizá el avance más notorio y prometedor de los últimos tres años es la evidencia de una actitud más proactiva en favor de la transparencia estatal y de una cultura germinal de vigilancia de los recursos públicos en diversos ámbitos de la sociedad (organizaciones no gubernamentales, prensa, gremios, etc.) y en el propio Estado. Sin embargo, CAD considera que, hasta ahora, los avances se reflejan más en términos cuantitativos que cualitativos. Según CAD, el nivel promedio de cumplimiento de las normas de transparencia presupuestal es de 50% en los tres poderes del Estado y en el sistema electoral, porcentaje que representa un incremento del 50% respecto del año 2001 (que estaba en 33%). Si bien se ha comprobado un mayor nivel de cumplimiento de la ley por parte de las entidades públicas y la mayoría de entidades ha mejorado en colocar cuadros estadísticos presupuestarios, aún estos deben ser explicados debidamente. Otro indicador de avance, según CAD, se refiere a la designación de los responsables de transparencia, que, en el Poder Ejecutivo, hoy registra 90,6%, mientras que, en

Otro beneficio que se desprende directamente del uso de las nuevas tecnologías, y quizá el más importante, es la posibilidad que tiene hoy el abogado nacional de mantener un contacto permanente con el cliente vía correo electrónico. El acceso a la web permite entablar comunicaciones con compañeros y con el cliente, ya sea para el envío de documentos, la respuesta a consultas u otras actividades relacionadas con el ejercicio de la abogacía.

Asimismo, aparece la posibilidad de realizar búsquedas normativas y de información por medio de páginas web especializadas; y tener acceso a nuevos productos mediante la red (informativos, páginas web, servicios de jurisprudencia, manuales virtuales, artículos, etc.), entre otras ventajas. Hoy, existen editoriales especializadas en temas jurídicos que suministran base de datos de legislación y jurisprudencia mediante un abono de cuotas que le permite al abogado estar actualizado.[96]

De esta manera, la informática se pone al servicio tanto de la labor del abogado como de la relación de este con su cliente. Ello genera la necesidad de profundizar estos temas, que incluyen la regulación de la naturaleza jurídica de los derechos y obligaciones que surgen de la inscripción de un nombre de dominio, entre otros. Masificar el uso de Internet, dentro de una política de acceso a la Justicia, puede ser una iniciativa muy interesante en un país como el nuestro.

5.4. Inseguridad jurídica

El clima político interno y la falta de institucionalización de mayores niveles de predictibilidad jurídica, tanto en la dación de normas de carácter general como en la aplicación de las mismas, ha creado una percepción de creciente inseguridad jurídica y falta de confianza en las instituciones de justicia. Como indica Felipe Ortiz de Zevallos, «existe en el Perú una brecha institucional bastante significativa. Entre los asistentes [a la Conferencia Anual de Ejecutivos CADE 2003, que or-

---

febrero de 2003, el porcentaje de cumplimiento en la designación de los responsables de transparencia ascendía a 40,7%. En menos de cuatro meses, se ha avanzado a un nivel de 90,6%, es decir, un avance del 127%. Para mayor información véase <www.ciudadanosaldia.org>.

[96] En el ámbito empresarial, con mayor frecuencia, se contempla la celebración de contratos electrónicos a distancia, así como el uso de la firma electrónica para identificar al remitente de un documento virtual.

ganiza IPAE], por ejemplo, sólo el 38% se siente satisfecho con el desempeño del Tribunal Constitucional; 24% con el Poder Ejecutivo; 12% con el del Congreso de la República y 7% con el del Poder Judicial. Sólo el 4% de los asistentes a la CADE confía en los jueces peruanos. También la satisfacción con el desempeño de los partidos políticos alcanza sólo el 9%».[97]

Ello, sumado al cambio en la agenda política nacional en el 2000 y a la sensación de constantes modificaciones a las reglas del juego, es latente en distintos segmentos de la población. El Congreso, elegido ahora por distrito electoral múltiple, refleja la diversidad y complejidad de la vida nacional y, en términos de predictibilidad, los analistas coinciden en indicar que se comporta como una caja de Pandora, contrapuesta a un poder ejecutivo percibido cada vez más débil, todo lo cual conduce a un deterioro social del principio de autoridad.

Seis factores contribuyen a agravar la sensación de inseguridad jurídica imperante en el país, la misma representa un desafío para el abogado deseoso de *jugar limpio*: la novedad inherente a las nuevas áreas y disciplinas del Derecho introducidas en nuestro ordenamiento legal a partir de los noventa; la complejidad normativa y tradición burocrática de nuestro sistema de Administración Pública; el desconocimiento generalizado de la normativa por parte de la ciudadanía; la ausencia de mecanismos eficaces de participación ciudadana y consulta normativa; la desconfianza en las instituciones; y la creciente práctica de *lobby*. A continuación, se detallan brevemente estos factores.

a) Un ordenamiento legal nuevo y joven

Si bien el ordenamiento legal en el Perú tiene tradición y pasado, cabría alegar que, en realidad, ha sido objeto de una trasformación dramática y casi integral en la última década. No solo se cambiaron la Constitución, los códigos procesales, las leyes de inversión y otras de carácter sustantivo y procesal, sino que, además y como se indicó anteriormente, se establecieron nuevas disciplinas del Derecho (Derecho Ambiental, Derecho de Competencia, Derecho Concursal, Derecho de Internet, etc.) y políticas de regulación de los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua, transporte, etc.). Estas últimas constituyen un acontecimiento reciente en los países en desarrollo y

[97] Véanse extractos de la relatoría de conclusiones a cargo de Felipe Ortiz de Zevallos en «Luego de la CADE 2003». *Semana Económica*, 1 de diciembre de 2003, p. 6.

en el Perú en particular. Muchas de esas áreas aún no han cumplido la mayoría de edad y, en la práctica, no llegan a tener una década de funcionamiento. Si bien algunos profesionales han adquirido una importante experiencia en su aplicación, en muchos casos su implementación se encuentra aún en estado incipiente o, incluso, se debate sobre la conveniencia de contar con dichas áreas y políticas jurídicas, y de entender a cabalidad su funcionamiento. Bajo estas circunstancias son los abogados relativamente más jóvenes los expertos en estas materias, hecho que genera un gap generacional, especialmente respecto al Poder Judicial.

Como consecuencia de ello, no existe un código común interiorizado en la sociedad y compartido por la mayoría de sus miembros, como sucede con otras normas o políticas que son de más larga data y que tienen, además, incidencia directa en la vida diaria de las personas y gozan de mayor arraigo. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre contratos o sobre responsabilidad por accidentes, que la población puede comprender con relativa facilidad y respecto de las cuales tiene nociones generales.

Además de lo anterior, el establecimiento y la aplicación de estas nuevas áreas y disciplinas jurídicas involucra, con frecuencia, la participación de varias otras materias —economía, política, medio ambiente y planificación financiera, entre otras— cuya combinación en un solo producto resulta, por lo general, difícil de explicar a la prensa y a los expertos no directamente vinculados al tema. Como consecuencia de ese grado de complejidad, el tema también resulta difícil de entender para la ciudadanía.

Todo esto dificulta, muchas veces, que los jueces y magistrados, las autoridades políticas, el congreso y la población en general puedan comprender, adecuadamente, los beneficios y espíritu del nuevo ordenamiento legal, y eso limita la posibilidad de que se genere un proceso fluido de intercambio de opiniones al respecto. Lo anterior se agrava si se toma en cuenta que, muchas veces, nuestro marco legal e institucional aún es incipiente, situación que plantea limitaciones y retos para el establecimiento, aplicación y predicitiblidad en estas nuevas materias.

b) Complejidad normativa y tradición burocrática

La complejidad de las regulaciones estatales, la burocratización del Estado y la ausencia de mecanismos vinculantes que faciliten la iniciativa privada son factores a tomar en cuenta al evaluar las cau-

sas de inseguridad jurídica en nuestro país. Para tener una visión general de la situación conviene recurrir a una evaluación de las barreras de acceso al mercado y los obstáculos de competitividad que genera el Estado peruano y que implican, en última instancia, un costo para los ciudadanos. Al respecto, entre los principales índices comparativos usados internacionalmente, destacan el índice de libertad económica del Heritage Foundation,[98] el índice de competitividad del World Economic Forum[99] y el índice de acceso al mercado del Banco Mundial.[100] Todos ellos grafican y cuantifican lo costoso y burocrático que es aún el Estado peruano —hecho que señala una tendencia preocupante—.

Según el índice de libertad económica, el Estado peruano y, en general, la regulación en nuestro país ejercen todavía una presión importante sobre la actividad económica, hecho que le resta velocidad y agilidad a la iniciativa privada. Dicho en otros términos, el Estado peruano aún *pesa* mucho comparado con nuestros vecinos en la región. Como se desprende del cuadro siguiente, en Latinoamérica y el

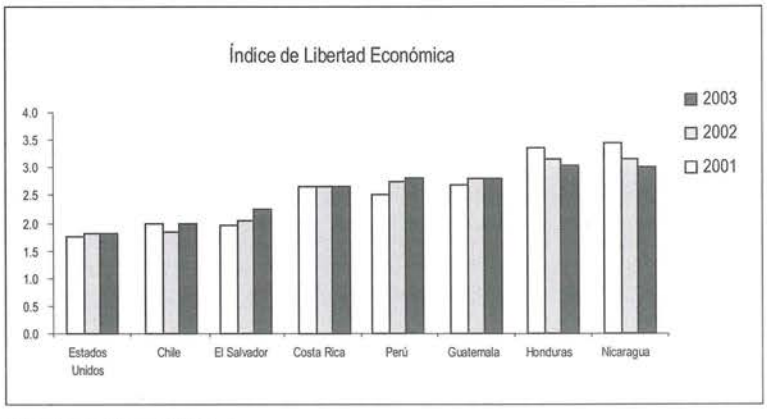
---

[98] El *think tank* europeo, Heritage Foundation, publica el índice de libertad económica (Index of Economic Freedom). Este mide 10 factores de libertad económica y genera, así, un índice. Un mayor índice implica que el gobierno interfiere de manera significativa en la economía. Entre los factores que contempla este índice están el comercio, las finanzas y la regulación bancaria, los derechos de propiedad, los precios y salarios, la política monetaria, etc.

[99] El informe global de competitividad para el período 2002 y 2003 utiliza dos indicadores para analizar el estado y perspectivas de la competitividad: el índice de competitividad del crecimiento (ICC) y el índice de competitividad microeconómica (ICM). El ICC se enfoca en el conjunto de instituciones y políticas económicas que apoyan altas tasas de crecimiento económico en el mediano plazo. Este indicador está compuesto de tres subíndices que evalúan la tecnología, las instituciones públicas y el ambiente macroeconómico, respectivamente. Estos indicadores permiten detectar las fortalezas y debilidades particulares de cada país.

[100] La Vicepresidencia del Sector Privado del World Bank Group ha calculado un indicador de las facilidades para el inicio de negocios a partir de estudios sobre la existencia de leyes y regulaciones en cada economía; entrevistas con reguladores o profesionales especializados en cada tema; agencias privadas que brindan información; empresas consultoras privadas; y asociaciones de abogados y comerciantes. La encuesta dividió el proceso de comenzar un negocio en distintos procedimientos y, posteriormente, procedió a calcular los costos y el tiempo necesario para realizar cada uno de los procedimientos. Los supuestos básicos son que la información requerida está disponible fácilmente y que todas las entidades estatales, publicas y privadas envueltas en el proceso funcionan eficientemente y sin corrupción. Según el Banco, una de las maneras de poder observar las barreras a la entrada es mediante las facilidades que otorga un país para iniciar negocios.

Caribe, el país mejor listado, es decir, con el menor índice, es Chile con 2,00 (puesto 16 en el mundo). El Perú se encuentra en el puesto 56 en todo el mundo con 2,80, mientras que el país peor listado de la región es, lógicamente, Cuba con 4.45 (puesto 155).[101] Destaca, además, que, en los últimos tres años, la tendencia del Perú ha sido empeorar en este índice. En otras palabras, se ha reducido la libertad económica, y eso ha creado más obstáculos a la inversión. Es vital revertir esta tendencia si se pretende atraer más inversión.



Fuente: Heritage Foundation
Elaboración Propia

Del análisis del índice de competitividad que publica el World Economic Forum se desprende que el Perú enfrenta importantes obstáculos en relación con la calidad de su marco institucional, y ellos impiden lograr mayores tasas de crecimiento económico. El siguiente cuadro presenta los resultados del índice de competitividad del crecimiento para los países latinoamericanos. Como se puede observar, Perú ocupa el puesto 57 de un total de 102 países. Ello nos indica que estos países, así como todos los que conforman la región, enfrentan

[101] De acuerdo con la evaluación realizada por el Heritage Foundation (<http://cf.heritage.org/index/indexoffreedom.cfm>), el grado de regulaciones y restricciones existentes en el Perú es uno de los más altos en Latinoamérica. Este hecho se denota con la calificación de cuatro sobre cinco que se le ha dado al factor regulación dentro del índice, hecho que es el resultado de la existencia de importantes barreras para iniciar una empresa, complejos trámites para obtener una licencia de funcionamiento, altas tarifas y la existencia de funcionarios corruptos dentro del sistema. El factor regulación en el índice de libertad económica es el siguiente:

un ambiente de fragilidad económica, a excepción de Chile, que ha realizado importantes avances en materia de estabilidad macroeconómica.

Índice de competitividad del crecimiento
(2003-2002)

País	ICC		Subíndice de tecnología		Subíndice de instituciones públicas		Subíndice del entorno macroeconómico	
	2003	2002	2003	2002	2003	2002	2003	2002
Chile	28	26	31	33	19	19	35	26
México	47	45	43	47	50	58	54	52
Brasil	54	52	35	35	53	45	75	56
Perú	57	54	61	64	54	49	58	54
Argentina	78	68	45	44	88	66	93	70
Venezuela	82	69	58	68	89	62	94	40
Guatemala	89	75	79	74	87	74	85	74
Nicaragua	90	74	85	73	78	64	100	78

Fuente: Foro Económico Mundial. Elaboración: Propia

Ranking	País	Índice	Regulación
16	Chile	2.0	3.0
24	Barbados	2.2	2.0
26	El Salvador	2.3	2.0
44	Costa Rica	2.7	3.0
44	Panama	2.7	3.0
55	Belize	2.8	3.0
56	Guatemala	2.8	4.0
56	Perú	2.8	4.0
68	Argentina	3.0	3.0
72	Brasil	3.0	3.0
72	Nicaragua	3.0	4.0
80	Honduras	3.1	4.0
119	Venezuela	3.5	4.0
128	Haiti	3.6	5.0
155	Cuba	4.5	4.0

Fuente: The Heritage Foundation.
Elaboración Propia

Las diferencias en los resultados de los tres componentes del índice de competitividad del crecimiento reflejan las fortalezas y debilidades del país, ya que no solo enfrentamos problemas institucionales sino, también, tecnológicos y de estabilidad macroeconómica. Destaca que, del 2003 al 2002, el Perú descendió en su ubicación global de la lista de competitividad debido a la caída en los subíndices de instituciones públicas y entorno macroeconómico. Ello presenta retos importantes frente al futuro.[102]

Según el índice de facilidad para hacer negocios del Banco Mundial, en el Perú, para constituir un negocio, se requieren diez procedimientos, dato que nos ubica ligeramente por debajo del promedio de países de la región, que es de 12 procedimientos. Sin embargo, la duración del proceso es de 100 días calendario, cantidad de días que representa el promedio de la región que es de 74 días. El siguiente cuadro resume el número total de procedimientos, el tiempo y el costo por país. Además, presenta los elementos de la agenda pendiente.

Indicadores de facilidades para el inicio de negocios

País	Argentina	Brasil	Chile	Perú	Venezuela
Procedimientos	15	15	10	10	14
Duración (No. de días)	68	152	28	100	119
Costo (en US dólares)	324	331	493	510	792

Fuente: Banco Mundial
Elaboración propia

A su vez, los empresarios reunidos en CADE 2003 coinciden en señalar que, entre los factores que más distorsionan la economía de

[102] El índice de competitividad microeconómica (ICM), por otro lado, analiza las condiciones que definen la productividad de un país. Esta se ve reflejada en la sofisticación de las empresas y las practicas operativas, así como en la calidad del ambiente microeconómico de negocios en el que compiten las compañías. Los resultados del ICM para países latinoamericanos como Chile, Brasil y Perú presentan un ICM menor al del 2002. México y Argentina son las excepciones. En el caso de México, este presenta una notable mejora en el ICM, la misma que se cree ha sido producto de los esfuerzos empresariales por crear estrategias más adecuadas y hacer sus operaciones más eficientes. Por otro lado, del análisis de los componentes del ICM, se desprende que Argentina, Perú y Venezuela siguen enfrentando importantes

mercado, figura el exceso de trámites para crear y operar una empresa en el Perú. Si bien el 50% de los entrevistados opina que aquel es el mayor obstáculo, 52% se refieren a la gestión estatal de actividades que deberían ser privatizadas y 64%, a la iniciativa legislativa de los parlamentarios. Asimismo, 67% considera que la medida más importante para promover la inversión es la reforma del Poder Judicial.[103]

Como se observa, existe una serie importante de complicaciones para ingresar al mercado formal, tanto monetario como de procedimientos. Además, la administración pública peruana sigue teniendo un peso gravitante en el clima de negocios en nuestro país. Esta estructura no solo incentiva la informalidad, dado que el costo de los procedimientos es muy elevado para los microempresarios, sino que contribuye a crear un entorno burocrático poco predecible. Parece, pues, que, veinte años después del revelador estudio de Hernando de Soto, los *sobrecostos* estatales todavía son una constante en nuestro contexto nacional.

c) Desconocimiento de derechos

Sociólogos, politólogos, analistas y académicos coinciden en resaltar la gran tarea pendiente en términos de generación de ciudadanía

---

problemas institucionales y tecnológicos que les impide desarrollar un mejor clima de negocios y fortalecer la competitividad de las empresas.

Índice de competitividad microeconómica (2003-2002)

País	ICM		Subíndice de operaciones y estrategias		Subíndice de calidad del clima de negocio	
	2003	2002	2003	2002	2003	2002
Chile	32	31	34	35	30	31
Brasil	34	33	30	28	39	36
México	47	55	37	45	50	60
Argentina	64	65	60	57	65	68
Perú	71	66	71	65	69	66
Venezuela	72	72	68	73	72	72
Guatemala	73	73	69	70	73	73
Nicaragua	76	75	77	75	76	76

Fuente: Foro Económico Mundial. Elaboración: Propia

[103] Apoyo Opinión y Mercado. «Encuesta CADE 2003». Viernes 21 de noviembre de 2003.

en nuestro país, especialmente en lo que se refiere a la conciencia y ejercicio de derechos. El desconocimiento de las normas y leyes se debe, básicamente, a un tema de acceso a la información y a la correcta difusión por parte de los medios de comunicación de los alcances e importancia de los derechos y obligaciones del ciudadano, además del desinterés de la ciudadanía por estas. Ello se agudiza —tal vez como efecto— por la cultura paternalista prevaleciente en nuestro medio, la misma que pone en las espaldas de la autoridad toda iniciativa y liderazgo de reforma y acción social. Tenemos una tradición que nos ha hecho acostumbrarnos a la omnipresencia del Estado frente a una escasa conciencia y *proactividad* ciudadana.

A su vez, la incipiente comunicación entre los diversos sectores de la población, sobre todo entre el político y el de la sociedad civil, ocasiona que estemos prácticamente frente a dos códigos distintos de lenguaje. Por un lado, nos encontramos ante el lenguaje jurídico, que peca de esotérico por su complejidad y formalismo en una sociedad que aún no está totalmente alfabetizada; y, por el otro, se encuentra el lenguaje coloquial y popular. No es casual, pues, la aparición de programas radiales o de televisión que absuelven consultas legales de sectores que, en su mayoría, pertenecen a los segmentos socioeconómicos C y D —y que deberíamos promover aún más para sobrellevar la brecha de información sobre los derechos y obligaciones ciudadanos en nuestro país—.

d) Ausencia de mecanismos eficaces de consulta y participación ciudadana

Un problema serio en nuestro medio suele estar referido a la emisión de leyes sin un adecuado sustento técnico o práctico. No obstante ello, el mayor problema se presenta en el ámbito reglamentario, pues son el Poder Ejecutivo y los municipios los que, día a día, regulan la actividad privada. Tal como enseñó Hernando de Soto en los ochenta, las normas de carácter general emitidas por el Poder Ejecutivo o los municipios deberían ser publicadas para comentarios antes de ser promulgadas, de modo que puedan ser analizadas y comentadas por todos los grupos afectados.[104] Si bien en los últimos años se

[104] Ello no solo contribuye a una mayor previsibilidad de la política del Estado, hecho que disminuye la incertidumbre en los agentes económicos, sino que, además, genera un canal formal y transparente para que los intereses particulares puedan articularse. De esta forma, contribuyen a evitar arreglos y presiones *debajo de la mesa* o

observa un progresivo incremento de procesos de consulta ciudadana, esta aún es la excepción y no la regla en nuestro medio.

e) Desconfianza en las instituciones

Según el *Latinobarómetro*, el Perú es el país latinoamericano en el que más entrevistados consideran que pocos de sus compatriotas son solidarios, honrados, conscientes de sus obligaciones como ciudadanos y cumplidores de las leyes. El grado de desconfianza en las instituciones es también marcado en nuestro medio. Así, vemos como del año 1996 al 2003 se ha producido una disminución significativa de la confianza de los peruanos en las fuerzas armadas (de 50% de confianza a solo 30%), en la Iglesia (de 76% a 62%), en la televisión (50% a 36%), en sus gobernantes (39% a 31%) y en las distintas compañías que les ofrecen sus servicios (de 36% a 30%).[105] En lo que respecta al Poder Judicial, la situación es crítica, pues el grado de desconfianza es considerable.[106]

f) *Lobby*

Un escenario marcado por una excesiva burocratización, falta de predictiblidad en el accionar del Estado y limitada transparencia en la formulación de normas y regulaciones, es terreno fértil para la formulación de decisiones sin fundamento técnico —prima, más bien, un fundamento político— o para satisfacer intereses específicos (práctica conocida como *lobby* en su acepción más negativa). En este sentido, presenciamos, cada vez más, cómo las importantes decisiones administrativas o judiciales que afectan intereses económicos se ventilan en los medios de comunicación más allá del propio expediente administrativo o judicial.

---

a puerta cerrada. Las ventajas de la consulta ciudadana no se agotan en páginas de fundamentación o gráficos y cifras sino en aportarle legitimidad a las propuestas del Estado para, así, generar confianza y credibilidad en la administración pública. Véase MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. «Transparencia económica y fiscal: estado de avance y tareas pendientes (Resultado de Consulta Ciudadana)», junio de 2001, p. 43.

[105] *Latinobarómetro. Opinión Pública en Latinoamérica*. Preparado por Apoyo Opinión y Mercado.

[106] Si bien 67% de los empresarios reunidos en CADE 2003 consideran que la medida más importante para atraer inversión es la reforma del Poder Judicial, solo 4% de ellos cree en los jueces; 6% confía en los fiscales; y únicamente 28%, en los abogados (al evaluar este último resultado hay que tomar en cuenta que un grupo importante de asistentes al CADE son abogados!). Véase APOYO OPINIÓN Y MERCADO. «Encuesta CADE 2003». 21 de noviembre de 2003.

Contrastan, con la realidad que se acaba de reseñar y con las necesidades nacionales, las disposiciones del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, debido a la restricción de la habilidad del abogado de difundir la normatividad, absolver consultas usando los medios de comunicación y enseñar por medio de la radio y la televisión.[107] Es más, el Código prohíbe toda iniciativa orientada a dar a conocer y publicitar el Derecho fuera del ámbito académico o del marco del patrocinio de un cliente que ha contratado los servicios de un abogado. La realidad peruana requiere un rol promotor del abogado que *proactivamente* difunda y dé a conocer el Derecho. La visión del monopolio de información legal a cargo del abogado y la necesidad de cualquier ciudadano de tener que recurrir al profesional de leyes para que este le traduzca en sencillo lo que la ley manda no es solo anacrónica sino un lastre para el desarrollo del país. Amerita, pues, revisar el tenor de nuestro Código de Ética para ponerlo al día.

La débil situación del Poder Judicial, sumada a las importantes facultades coercitivas en manos del Estado —especialmente en nuevas áreas e instituciones modernizadas de este—; al retorno a esquemas de registro y control previo de actividades empresariales; y a la nueva dimensión del *lobby*, que lo posiciona como una necesidad, llevan a preguntarnos acerca del lugar del Derecho en una sociedad como la nuestra y el quehacer del abogado.

5.5. Descrédito profesional e imagen negativa del abogado

Al panorama desolador recién descrito se suma la imagen del abogado y de la Justicia en el Perú, que son también un gran problema para la profesión. Los escándalos de corrupción develados a la opinión pública desde el 2000, en los que se vio a un sinnúmero de funcionarios públicos —la mayoría de ellos eran abogados que actuaron como patrocinadores de determinadas causas, asesores, fiscales, jueces, magistrados, notarios, congresistas, alcaldes, periodistas o empresarios— involucrados en actos de corrupción, han mellado no solo la imagen de la profesión sino, también, la credibilidad del sistema judicial y del Estado en general.[108]

---

[107] El artículo 15 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú dispone que «falta a la dignidad profesional el abogado que habitualmente absuelva consultas por radio o emita opiniones por cualquier medio de publicidad sobre casos jurídicos concretos que le sean planteados; sean o no gratuitos sus servicios».

[108] Otro factor crítico en el descrédito profesional es la masificación de la profesión.

En cuanto a la imagen nefasta del abogado, la corrupción generalizada puesta de manifiesto en los *vladivideos*, así como aquella asociada a las coimas y a lo que denominan, coloquialmente, *romper la mano* o *dar un sencillo*, ha contribuido a mellar la percepción de la profesión. Según una reciente investigación realizada por la Universidad de Lima, el 61% de los peruanos desconfían de los abogados. De este total, las mujeres (62%), los mayores de 38 años (65%) y los encuestados de los niveles socioeconómicos más bajos (NSE E 64% y NSE D 66%) son los que mayor grado de desconfianza presentan.[109] A su vez, solo 28% de los participantes en el CADE 2003 declaran confiar en los abogados. Asimismo, 72% desconfía de ellos, y solo 6% confía en los fiscales y 4% en los jueces.[110] Hay otras prácticas que, quizá, también inciden en la poca credibilidad de los abogados en cualquiera de sus facetas (juez, litigante, etc.). Por ejemplo, las conocidas *argollas*, en las que basta ser hijo o familiar de fulano o mengano para ser atendido de inmediato o tener un pronunciamiento a favor. De esta forma, se ha dañado en extremo el respeto a la autoridad y a la ley, pues la inmoralidad de la primera le resta legitimidad y, como efecto reflejo, acarrea lo propio con la segunda. A ello se suma la desconfianza hacia los partidos políticos.

Para agravar aún más la situación, el ejercicio de la profesión en el ámbito privado también es merecedor de una percepción negativa por parte de la ciudadanía. Por ejemplo, en el caso de los litigios, existe temor a enfrentarse al sistema judicial por los costos y la lentitud al resolver una causa. Naturalmente, estas situaciones originan que la imagen del abogado sea, a veces, con justa razón, satanizada por aquellos que han tenido malas experiencias al ser asesorados por profesionales mediocres que solo buscan beneficiarse por su cargo o, en el caso de un asunto privado, aprovechar el desconocimiento de la técnica legal del ciudadano común y corriente para beneficio propio.[111]

Así, por ejemplo, Manuel Pablo Olaechea sostiene que «no son los grandes abogados, ni los abogados los que han despertado la odiosidad popular hacia la profesión. Es el exceso de abogados. Contra esto, se ha luchado en Roma y hasta nuestro días». Si bien el referido autor propugna mecanismos para restringir la entrada al mercado legal y otras medidas de *numerus clausus* que no condicen con un esquema de competencia y liberalización del mercado, su observación en válida y oportuna. Véase Olaechea, Manuel Pablo. «El Abogado». Segunda parte. *Themis*, n.º 5, 1986, p. 31.

[109] Véase *Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima* de noviembre del 2003.

[110] Apoyo Opinión y Mercado. «Encuesta CADE 2003. 21 de noviembre del 2003.

[111] El maestro Armando Zolezzi se refiere a la responsabilidad del abogado al

Por otro lado, esta mala imagen contribuye a hacer cómplice a la misma ciudadanía, que, con ideas predeterminadas, recurre al abogado para llegar a una solución que sea la más rápida posible, porque, si se utiliza el camino legal, se perderá, además de dinero, tiempo. Estamos, pues, ante un círculo vicioso que debe romperse, porque, de lo contrario, este seguirá fortalecido y asumido como lo normal. La concepción que de la abogacía existe en la opinión pública causa un daño no solo a la relación que el abogado entable con su cliente sino a la propia sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, salvo mencionadas excepciones, el curso de Deontología Forense sigue siendo secundario en las facultades de Derecho de nuestro medio.[112] La bibliografía nacional sobre el tema es aún escasa y anticuada. Según parece, en los cursos de maestrías, en general no se está abordando el tema, hecho que demuestra la poca importancia dada.[113] Esta situación presenta desafíos serios, pues la inacción y el *status quo* contribuyen a enquistar la cultura del *todo vale*

---

absolver una consulta legal y, sobre todo, al emitir una opinión jurídica, y llama la atención sobre los riesgos de flexibilizar la interpretación legal para satisfacer al cliente. Zolezzi afirma que «muchas «vacas sagradas» de las leyes, cuando son consultadas, terminan actuando más como abogados que como juristas, «tocando la música» que el cliente quiere oír». Véase Zolezzi, Armando. «Prólogo». En Rubio Correa, Marcial. *Interpretación de las Normas Tributarias*. Lima: Ara, 2003.

[112] Una situación distinta presenta la formación impartida por la Universidad de Piura que dedica, a lo largo de toda la carrera y como parte integrante de todas las materias, la temática de la ética. De esta manera, busca la formación integral del estudiante de Derecho. La Pontificia Universidad Católica del Perú, como parte del programa de reforma curricular impulsado por el actual Decano, ha ampliado el contenido del curso y modificado su nombre por el de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Asimismo, ha aumentado la carga académica del curso de dos a tres créditos. Sin embargo, no se ofrecen cursos electivos sobre los dilemas éticos que enfrenta el abogado en ejercicio. En otros casos, la ética, en el ejercicio profesional, se enfoca, de manera restringida, a la ausencia de corrupción; por ello, solo se dictan cursos sobre anticorrupción.

[113] El análisis del currículo de 15 maestrías en Derecho que ofrecen cuatro de las principales universidades en el país (Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Martín de Porras) arroja una tarea pendiente muy importante, pues ninguna propondría un solo crédito o curso destinado a abordar los dilemas éticos en el ejercicio de la profesión —fenómeno contrario al que presenciamos en Norteamérica—. Precisamente, es el abogado en ejercicio quien debe estar expuesto a la discusión de temas éticos y de responsabilidad profesional, especialmente, en las llamadas *áreas grises*.

y de *Pepe el vivo* tan arraigada en nuestro medio y, actualmente, promovida por los *talk shows* y *reality shows* televisivos.[114]

La situación universitaria descrita no es ajena a aquella del gremio de abogados en nuestro país. Con mayor frecuencia, los colegios de abogados —financiados forzosamente y protegidos por la colegiatura obligatoria— se yerguen como bastiones para procurar nuevas fuentes de ingresos y beneficios económicos a sus agremiados, especialmente para aquellos de escasos recursos y limitadas posibilidades. De esta forma, se dejan muchas veces de lado la labor de análisis, opinión y contenido legal, así como de impulsar iniciativas tendientes a mejorar la percepción pública de la profesión y del estado de derecho en nuestro país.[115] En materia de valores y de preservar la integridad del ejercicio profesional, la agenda pendiente del gremio aún es abultada en nuestro medio.[116]

---

[114] Sorprende —aunque, en realidad, en vista de la de la situación descrita, no debería sorprender sino entenderse como una consecuencia natural de la coyuntura actual— que la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú haya tenido que emitir, en agosto de 2003, un comunicado contra el plagio en la Facultad. según indica el referido comunicado, «[...] este asombroso incremento de un hecho tan grave, no sólo pone de manifiesto el bajo nivel intelectual que dichos estudiantes aquejan sino además, y lo que es más importante, la falta de ética que orienta su comportamiento [...]. En consecuencia, la Facultad de Derecho hace pública su decisión de enfrentar estos casos con la mayor severidad posible e iniciar en el más breve término una modificación del Reglamento de Estudiantes que conlleve la aplicación de sanciones más graves y, de acuerdo con los agravantes, que permitan la expulsión de la universidad de los infractores [...]».

[115] La colegiatura obligatoria en un sistema de monopolio gremial por cada localidad que no ofrece alternativas para otros enfoques del ejercicio profesional, sumada a la obligatoriedad del voto en las elecciones de cada nueva junta directiva, generan una dinámica propia, tradicionalmente asociada a la burocracia ineficiente o a la institucionalidad partidaria monolítica del pasado. Un reflejo muy gráfico de la situación gremial se pudo apreciar a fines de noviembre de 2003 con ocasión de las elecciones de junta directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL). Las inmediaciones de su local central en la Avenida Santa Cruz parecían una tómbola, un mercado popular «chicha» o feria comercial antes que el estandarte del estado de derecho. Ante esa imagen, con razón, la ciudadanía puede dudar del papel de los profesionales del Derecho en la generación de una nueva institucionalidad en nuestro medio. Muestra de ello es la editorial del diario *El Comercio* bajo el título «¡Qué vergüenza, abogados!». En ella, se les llama la atención sobre la falta de mesura y decoro en la publicidad efectuada en vísperas de los comicios internos de la Orden. Véase *El Comercio* del 25 de noviembre de 2003, p. A4. Ya hace varios años Manuel P. Olaechea sostuvo que «Cada vez somos menos una orden y más un gremio». Véase Olaechea, Manuel P. *Op. cit.*, p. 32.

[116] En noviembre de 2003, una revisión general de las plataformas de la docena de candidatos al decanato del CAL arrojó que ninguna hacía de la integridad de la profesión

Por otro lado, el trato que muchas veces se les da a los practicantes de Derecho en nuestro medio refleja y recuerda los síntomas del caso Clifford Chance. En efecto, en el Perú, a diferencia de la realidad norteamericana, la excesiva competencia y las pocas oportunidades hacen que, generalmente, los estudiantes, en la mayoría de los casos, se sometan a trabajar en condiciones que, probablemente, estudiantes norteamericanos rechazarían. En nuestro medio, las frases con las que los estudiantes de Yale caracterizaron a Clifford Chance («Allí tratan mal a su gente», «No es un buen lugar para trabajar», «No quisiera estar asociada con esa gente»)[117] se escucharían con mayor frecuencia que la deseada. La diferencia subyace en que esas frases terminan, en nuestro país, con otras como «Necesito el trabajo», «Tengo que continuar, porque no tengo otra opción», «Los otros lugares ya están copados» o «Me voy a quedar en la calle», entre otras.[118]

Paradójicamente, los escándalos de corrupción destapados años atrás, que han producido terribles consecuencias para la profesión,

---

su bandera de campaña o siquiera mencionaba el tema de la ética profesional como una actividad o problemática prioritaria a ser abordada por la siguiente directiva. No obstante, destaca la labor desempeñada por algunos colegios profesionales en materia disciplinaria. Así, por ejemplo, según informes periodísticos, el Colegio de Abogados del Callao llevó a cabo un procedimiento disciplinario contra el alcalde Alexander Kouri. Mediante este procedimiento, buscó sancionarlo por tres años en el ejercicio de su profesión, debido a las faltas cometidas contra la ética profesional y contra el prestigio de la Institución (sostuvo encuentros con Vladimiro Montesinos, en los que le solicitó su colaboración en la resolución de procesos judiciales). Véase *La República*, febrero 2002. Cabe destacar que los procesos disciplinarios, en nuestro medio, son reservados de manera tal que el abogado sancionado puede fácilmente solicitar su colegiatura en otra jurisdicción (usualmente en el Cono Norte) y seguir prestando servicios legales sin que la ciudadanía cuente con mecanismos para poder enterarse de su trayectoria y desempeño profesional.

[117] Véase supra relato del caso Clifford Chance y nota 22.

[118] En lo que a las prácticas preprofesionales y al Servicio Civil de Graduados (SECIGRA) se refiere, hay todavía un vasto campo de mejora, toda vez que, como me indicaron algunos estudiantes: «Somos pocos los que tenemos la suerte de contar en nuestros trabajos con los implementos necesarios para desarrollar nuestras prácticas». Con frecuencia, el estipendio y remuneración ofrecida a los practicantes se encuentran por debajo de lo normal y las horas de labor por encima de lo que exige la ley. Además, hay una la falta de condiciones mínimas de trabajo (por ejemplo, hay practicantes y *secigristas* que no cuentan con una computadora, hecho que se puede ver, con frecuencia, cuando se visitan instituciones públicas austeras o grandes estudios de abogados en los que existen cinco computadoras para veinte practicantes). Si bien lo anterior no presenta un escenario deseable, no es objetable en sí, siempre y cuando se imparta una buena formación profesional al futuro abogado.

otorgan a los actores de esta la posibilidad de ser partícipes de un cambio. En efecto, una vez evidenciado el problema por todos, se abre la posibilidad de discutir al respecto y, en forma integrada, buscar soluciones a la problemática reflejada. Una oportunidad para que todos reflexionemos en voz alta sobre el epílogo de quienes se conducen conforme a la cultura de *Pepe el vivo*. Quizá, por las deficiencias de nuestro sistema de administración de justicia, seguirá habiendo terreno para el abogado *efectivo*, que deja la moral y el conocimiento técnico de lado. Sin embargo, la globalización, como he resaltado en este ensayo, parece estar ampliando el terreno para el ejercicio ético de la profesión; para el abogado que *se compra el pleito*, que cuida ese nuevo espacio y busca hacerlo crecer para su beneficio y el del país.

5.6. La profesión en el Perú[119]

En el 2003, el número de abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Lima asciende a 36 mil, cifra tres veces mayor a la de los 13 mil que había en 1990.[120] Sin embargo, no ha habido un aumento en los sueldos que perciben los asociados jóvenes de los principales estudios limeños.[121] Este último factor, junto con otros, como puede ser la implementación de nuevas tecnologías, establece mayores costos, tanto de mantenimiento como operativos, para los estudios de abogados.

En cuanto a los estudiantes, el número de alumnos matriculados en la especialidad de Derecho en las universidades del Perú, según cifras del año 2001, asciende a más de 38.000. Otros conteos indican

---

[119] En ausencia de datos confiables disponibles sobre el ejercicio profesional en ámbito nacional, se ha recurrido a información del Colegio de Abogado de Lima, a entrevistas con socios de estudios y a publicaciones periodísticas y fuentes secundarias. Dada la centralización de la actividad empresarial y comercial en Lima, es razonable suponer que la muestra que se ha obtenido refleja, adecuadamente, la realidad del mercado legal más moderno y competitivo del país —cosa que no ocurriría en Colombia, Bolivia o Ecuador, países donde una sola plaza no es representativa del total nacional—.

[120] Para Olaechea, «[...]el excesivo número de abogados sin pleito los pone en la dura necesidad de escoger entre el honor profesional y la subsistencia. Por lo general deben sacrificar el primero en aras del segundo [...]. El exceso produce decadencia cualitativa. De colaboradores de la justicia devienen en cómplices de la mala fe judicial». Véase Olaechea, Manuel P. «El Abogado». Primera parte. *Themis*, n.º 30, 1986, p. 36.

[121] Según el reportaje de *Semana Económica* del 13 de octubre de 2003, p. 4, los abogados jóvenes de los principales estudios limeños tienen ingresos que bordean los $ 24 mil anuales.

que el número de postulantes se ha ido incrementando de forma alarmante: de 1.338 postulantes en 1960 a los 37.119 que tentaron su ingreso a la universidad a estudiar Derecho en 1986. De este grupo, más de la mitad son mujeres, producto de la incorporación de la mujer al mundo laboral, y un 43% estudian en Lima, donde solo se encuentran 12 de las 45 facultades de Derecho del país. Todos estos elementos contribuyen a que la carrera sea, tras Educación, la segunda más poblada del país.[122]

Hoy, la profesión se ha masificado y, académicamente, cada día hay más abogados, pero de menor calidad. El ingreso masivo a las universidades y el relajamiento de la exigencia académica son tendencias que, aunque muy rentables en términos de ingresos financieros para las universidades, deben ser corregidas.[123] A esto se puede sumar el hecho de que pocos cursos se orientan al ejercicio práctico y ético de la profesión.

6. Desafíos del ejercicio profesional en nuestro país: la necesidad de comprarse el pleito[124]

La tendencia nacional está marcada por un auge de la especialización profesional, con nuevas áreas y destrezas, además de una dinamización del mercado legal en un entorno político volátil y de una mayor litigación e inseguridad jurídica. La suma y conjugación

---

[122] Véase Asamblea Nacional de Rectores. «Estadísticas universitarias 1960-86». *Boletín Perú*, año 9, n.º 10, 1986. Según cifras del año 2002, existen 40 universidades en el Perú donde se enseña el Derecho.

[123] No obstante los esfuerzos actuales del Decano y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú por garantizar aulas de 35 alumnos y por mejorar el grado de dedicación y la metodología de los profesores, no puedo dejar de mostrar mi preocupación por la masificación de la enseñanza del Derecho. Bordean los dos mil el número de estudiantes matriculados en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. ¿Existen tantas plazas en el país para esos abogados una vez que culminen la carrera?

[124] La propuesta que aquí esbozo de *comprarse el pleito* para contribuir, desde la *trinchera* del Derecho, a la gobernabilidad y, con ella, a la viabilidad de nuestro país no es exclusiva de los abogados ni excluyente de otras profesiones. Bien podría extrapolarse este análisis a los médicos, los profesores, los empresarios, los economistas, los periodistas y otros profesionales, pues cada uno de ellos debe contribuir, desde su óptica y práctica particular, a hacer del nuestro un país viable. Anhelo que esta reflexión pueda contribuir a ello.

de estos elementos plantean una necesidad básica del abogado, del gremio, de la universidad y del Estado por procurar maneras creativas y eficaces de enfrentar el futuro tanto en el ámbito individual como institucional.

Los abogados, en tanto operadores e intermediarios del sistema de justicia, tenemos una responsabilidad ineludible. Como bien dice Gorki González, quienes ejercen el Derecho deben ser conscientes de los verdaderos antecedentes de las causas que defienden, así como de quiénes se benefician finalmente con su participación. De las deliberaciones que estos desarrollen, dependerá la posterior constitución de cúmulos de poder legítimos. El anterior es un elemento fundamental para entender el estado de crisis que, actualmente, atraviesa el Poder Judicial y que, sin embargo, no es aún tomado en cuenta como tal, por lo que constituye todavía un problema sin solución.[125]

El escenario que hoy enfrentamos plantea desafíos nuevos no solo para el abogado en ejercicio sino, también, para las universidades, los gremios profesionales, la administración de Justicia y el Estado en su conjunto. Así, las universidades deberán efectuar un nuevo esfuerzo por definir cuál es el verdadero perfil y las reales destrezas con las que debe contar el egresado de Derecho que ellos desean formar. También, los colegios profesionales tendrán que repensar los estándares éticos que proponen a sus colegiados. Las firmas de abogados, por su parte, deberán elaborar estrategias de diferenciación, acordes con la coyuntura que les toca enfrentar. Finalmente, la administración de justicia por parte del Estado también se verá afectada por el paradigma vigente, que tendrá que aceptar la obligación adicional de velar para que no se altere el espíritu tradicional que la profesión posee.

Ante este panorama, es menester hablar de una estrategia profesional mediante la cual los abogados, individualmente y de manera colegiada, puedan hacer frente a los nuevos desafíos laborales que tienen por delante y, del mismo modo, logren un impacto positivo dentro de la sociedad. Así, las batallas que deberán librarse se convierten en tres: cambio de mentalidad del abogado peruano, cambio en la profesión y cambio en la sociedad, producto de los dos anteriores.

El propósito de esta sección es reseñar algunos de los desafíos que deberá enfrentar el abogado moderno tanto en el plano individual —para desarrollar su práctica profesional— como en el institucional

---

[125] Véase González, Gorki. «Los abogados y la crisis del sistema legal». *El Comercio*, 30 de marzo de 2003, p. A-33.

—para garantizar la solvencia de un marco legal e institucional más predecible, en el que pueda florecer y, a su turno, desarrollar, incluso mejor, su propia práctica profesional—. Como he indicado anteriormente, este doble desafío del abogado peruano se fundamenta en que, a diferencia de economías y sistemas más desarrollados, el peruano presenta serias debilidades institucionales que lo hacen muy permeable al péndulo político y proclive a la corrupción. El abogado, en tanto intermediario privilegiado de la relación entre la sociedad y la legalidad, tiene una tarea y una misión. Como he sostenido a lo largo de este ensayo, considero que, en un país como el nuestro, ya no basta ser íntegro y servir bien al cliente: toca *comprarse el pleito* de crear un sistema que privilegie la integridad, y haga de la transparencia la regla y de la justicia la herramienta del accionar jurisdiccional. Sin embargo, esta manera de ejercer el Derecho, a diferencia de lo que algunos puedan interpretar, no debe limitarse a la que podría considerarse la élite del Derecho en nuestro país. Todo lo contrario, resulta imprescindible que todo aquel que se halle emparentado con la profesión se sume a este esfuerzo por hacer las cosas y hacerlas bien.[126]

6.1. Modelo conceptual de análisis

El modelo conceptual que sirve de base a mi propuesta se deriva del enfoque tridimensional de las necesidades, motivos y motivaciones del accionar del ser humano, desarrollado por el español Juan Antonio Pérez López. En particular, en el análisis de lo que él ha denominado la motivación trascendente en el accionar del individuo y que pude aprender de Pablo Ferreiro.[127] Desde la perspectiva de estos au-

[126] Si bien en términos generales las principales tendencias identificadas en este ensayo se circunscriben a los grandes estudios de abogados limeños, la propuesta de basar en la ética el ejercicio profesional y de *comprarse el pleito* no es exclusiva para los *grandes* ni está referida al tipo de asuntos que un abogado atiende, sino que se basa en la intención y motivación del accionar del profesional del Derecho. Como tal, es independiente del monto o cuantía del asunto, de los honorarios involucrados, del lugar de residencia del abogado o de su nivel socioeconómico o cultural.

[127] Partiendo de un acucioso análisis aristotélico de las necesidades, motivos y motivaciones del accionar del ser humano, Pérez López destaca la importancia del desarrollo personal por medio del servicio y aporte a los demás. Véase la obra de los discípulos de Pérez López, Pablo Ferreiro y Manuel Alcazar, *Gobierno de personas en la empresa* (Lima: PAD 2001). Hay, por supuesto, otras teorías que se estudian en las escuelas de administración de negocios acerca de las necesidades humanas. Destaca, por ejemplo, aquella propulsada por Maslow que distingue entre necesidades básicas

tores, el ser humano actúa para satisfacer necesidades humanas (materiales, psicológicas/intelectuales y afectivas).[128] Así, por medio de su accionar, la persona puede buscar, en primer lugar, recibir y tener cosas materiales (que estos autores denominan motivos extrínsecos que satisfacen necesidades materiales). En segundo lugar, puede buscar un mayor desarrollo profesional mediante un mayor conocimiento o adquisición de habilidades operativas, hecho que repercute en una mayor sensación de seguridad y poder para manejar y controlar la realidad; en este caso, se refiere al plano del saber y del hacer (denominada motivación intrínseca que satisface necesidades psicológicas e intelectuales). Por último, puede buscar servir al otro para, así, satisfacer las necesidades del cliente (motivación trascendente).[129] Si

---

o de subsistencia; necesidades sociales o de pertenecer a un grupo, y necesidades de autoestima o de reconocimiento. También sobresale la teoría de Hintzberg que distingue entre aspectos que inciden en la motivación y en la capacidad de la persona para resolver aquellos aspectos negativos que inciden en su motivación.

[128] Según Ferreiro y Alcazar, el ser humano tiene tres tipos de necesidades que motivan nuestro accionar: necesidades materiales (p. ej., alimentación, casa, vestido, etc.); necesidades intelectuales, psicológicas o cognoscitivas, que se relacionan con el aumento de nuestro conocimiento operativo para poder hacer y conseguir lo que queremos (por ejemplo., hablar idiomas, poder sumar y restar, saber expresarse bien, saber un oficio, manejar, etc.); y necesidades afectivas, ligadas al logro de relaciones satisfactorias con otras personas, a la certidumbre de que no somos indiferentes para los demás y de que nos quieren como personas. Según estos autores, en la medida que se satisface esta última —la necesidad de amar y ser amado— , se experimenta la felicidad. «La felicidad y la relación satisfactoria con las demás personas son las dos caras de una misma moneda. La síntesis de ambas es la alegría y la paz, expresión del orden interior en la persona y de su relación armoniosa con el resto de la realidad». «Si bien es *urgente* la satisfacción de las necesidades materiales, más *importante* es la satisfacción de las necesidades cognoscitivas, pero es *esencial* para la persona humana la satisfacción de las necesidades afectivas». Y esas, según los autores, solo se satisfacen por «la sincera preocupación de trabajar por el bien de los demás —por satisfacer sus necesidades—». «Las necesidades materiales las tenemos porque tenemos cuerpo, y ése es el plano del TENER. Tenemos necesidades de conocimiento porque tenemos inteligencia, y ese es el plano del SABER. El plano del SER y de las necesidades afectivas se corresponde con la voluntad y la libertad. Somos más en la medida que somos más libres». Véase Ferreiro, Pablo y Manuel Alcázar. *Gobierno de personas en la empresa*. Lima: PAD, 2001, pp. 23 y ss.

[129] Ferreiro y Alcazar explican los tres motivos del accionar humano. Primero, los motivos extrínsecos corresponden a los resultados extrínsecos de la acción y buscan satisfacer necesidades materiales y el interés propio (por ejemplo, saciar la sed, comer, etc.). Segundo, se encuentran motivos intrínsecos, cuyo resultado impacta y transforma a la propia persona por medio del aprendizaje —ya sea mediante la adquisición de un conocimiento operativo o habilidad técnica, o mediante el aprendizaje estructural orientado al mejor logro de resultados—; así, se busca satisfacer las necesidades

bien —como destaca el profesor Ferreiro— en la mayoría de las acciones humanas intervienen los tres tipos de motivos, aunque con mayor intensidad unos que otros, la tercera dimensión (la de los motivos trascendentes) es la que explica y en la que fundamento mi propuesta.[130]

Aplicando la teoría de Pérez López al quehacer del abogado, se pone en perspectiva la motivación del accionar del abogado como individuo y el plano de lo que he denominado el *comprarse el pleito*. Así, la procura de un sustento económico es fruto y reflejo de la motivación extrínseca que busca satisfacer las necesidades materiales y el interés propio del abogado. Desde esa perspectiva, la acción del abogado es un medio para satisfacer sus necesidades materiales y se despliega en el plano del tener. El reto profesional de resolver un caso, el aprendizaje de nuevos ámbitos jurídicos, el pulir destrezas o el placer del argumento ganado o la negociación culminada favorablemente son reflejo de la motivación intrínseca del abogado que busca satisfacer sus necesidades intelectuales, precisamente para ser mejor aboga-

---

intelectuales o psicológicas. Finalmente, están los motivos trascendentes, cuyo resultado beneficia a otra persona, siempre y cuando el individuo busque, mediante su actuación, procurar una mejora en el otro, es decir, servirlo. «Motivos trascendentes son, por ejemplo, que la otra persona sacie su sed, que se divierta, que aprenda a usar un programa informático, que sea mejor jefe, mejor padre de familia, que se supere a sí mismo, que descubra su lugar en el mundo». Desde esta perspectiva, «si los motivos son extrínsecos, el resultado es el recibir y tener cosas materiales. En el caso de los intrínsecos, el resultado es el desarrollo profesional a través de un mayor conocimiento o adquisición de habilidades operativas [...] [y] repercute en una mayor sensación de seguridad y poder para manejar la realidad. Es el plano del saber y del hacer [...]. La búsqueda de motivos trascendentes repercute en un mayor desarrollo personal, [...] es un crecimiento en el ámbito del ser: un aprendizaje estructural positivo». Véase Ferreiro Pablo y Manuel Alcazar. *Ob. cit.*, pp. 58 y ss.

[130] La distinción entre motivos y acciones es particularmente relevante en el pensamiento de Pérez López. Según me explicaba Pablo Ferreiro, los llamados motivos de Pérez López se refieren a intenciones y no a acciones. Por lo tanto, una misma acción puede obedecer a varias intenciones distintas. El ejemplo propuesto por Pablo era que trabajar para conseguir dinero para sacar adelante a mi familia es parte de los motivos trascendentes; en cambio, hacerlo para hacer un viaje de turismo cultural se debe a un motivo intrínseco. Si es para comprarme un perfume de moda, es por motivos extrínsecos. Esta mezcla de motivos puede cambiar, y de hecho cambia a medida que vamos actuando, pues nuestra naturaleza se reactualiza en cada momento. A su vez, según Ferreiro, Pérez López distingue, dentro de cada motivo, dos subtipos según sean de tipo racional o espontáneo. Este último (motivación sentimental) no es predecible; en cambio, el motivo racional es fruto del actuar consciente y se facilita con su práctica. En el proceso de desarrollo y madurez profesional y humana, se trata de educarnos y cultivar los motivos racionales de nuestra acción.

do. En este caso, prima la acción por sí misma y el efecto que esta tiene sobre el propio abogado, porque le permite disfrutar de lo que sabe y aprender más. En dicho caso, hablamos del plano del saber. Ahora bien, como enseña Pablo Ferreiro, todo ello, aunque necesario, no es suficiente para el completo desarrollo profesional y humano al que aspira el individuo: se requiere algo más, ya que está en la naturaleza humana el querer trascender. Ello se logra sirviendo, buscando resolverle los problemas al cliente de la mejor manera, anticipándose a sus necesidades, asumiendo el problema del otro como propio, dedicándose al otro, es decir, *comprándose el pleito*.

La competitividad sostenida en el tiempo —enseña Ferreiro— es producto de una genuina cultura de servicio que genera fidelidad de los clientes y no al revés. Ello supone actuar por motivos trascendentes. Por ello, sobre la competitividad empresarial, el citado autor sostiene que

> [...] se sirve para satisfacer necesidades de los demás, por lo tanto, y en la medida de lo posible, se sirve a los demás hasta que se resuelva el problema o necesidad que tienen. Incluso es deseable anticiparse a las necesidades del cliente sin esperar que éste las manifieste. La ganancia viene después, ineludiblemente, como premio no buscado de modo directo, como pago por la verdadera excelencia en el servicio. El cliente recompensa la búsqueda de motivos trascendentes.[131]

De la motivación trascendente emana la verdadera actitud de servicio y el sustento de la competitividad, ausentes ambas en el caso de Clifford Chance. El siguiente cuadro grafica el tema:

---

[131] Ferreiro Pablo y Manuel Alcázar. *Op. cit.*, p. 68.

La persona y las necesidades humanas Según el modelo del español Juan Antonio Pérez López							
Aspecto de la persona	**Necesidades Humanas**	**Cómo se satisfacen las necesidades**	**Motivos de la acción**	**Resultado de la acción**	**Valor de la acción**	**Guía de la acción**	**Dimensión de la acción**
Cuerpo	Materiales	Recursos para adquirir cosas (dinero)	Extrínse-cos (interés propio)	Recom pensa	Medio para el propio agente	Recibir/ cálculo	Tener
Inteligen-cia	Psicológicas/ Intelectuales	Aprendizaje Desafío profesional Diversión	Intrínsecos (aprender)	Creci-miento interno	Por sí misma	Placer de actuar / Poder	Saber
Voluntad	Afectivas	Servicio Preocupación por el otro	Trascen dentes (servicio)	Aporte al otro	Medio para otro	Alegría (amar y ser amado) / Autoridad	Ser / Servir

Fuente: Pablo Ferreiro y Manuel Alcázar. *Gobierno de personas en la empresa*. Lima: PAD, 2001, pp. 67 y ss. Elaboración propia

El plano de la motivación trascendente consiste en el servicio al cliente, que comienza por producir y dar un buen producto o, en su caso, servicio y asesoría al cliente, pero que no se agota allí. El beneficiario de la acción (en nuestro caso, el cliente) no solo debe obtener el producto o servicio deseado sino que, además, —y ahí radica lo revolucionario de la tesis de Pérez-López— el agente (en este caso, el abogado) debe procurar que se mejore o al menos no empeoren las condiciones de viabilidad del sistema en el que presta el servicio. En otras palabras, no basta que una causa produzca un efecto, sino que es preciso que el modo de producirlo no debilite la calidad de la causa o, caso contrario, en algún momento, dejará esta de darse. No basta, pues, dar resultados inmediatos (por ejemplo, ganar el juicio o lograr el cometido) si con ellos se agota o se afecta la viabilidad de poder volver a lograr un resultado semejante en el futuro (por ejemplo, si se logró ganar el juicio por corrupción, por haber amenazado al magistrado o por haber falseado la evidencia). Según estos autores, no se trata de encontrar soluciones de corto plazo si con ellas se afecta el mediano o el largo plazo. A este enfoque subyace una visión sistémica

del accionar humano y la noción de que el individuo es el responsable de ello en cada acción que ejecuta.

El modelo que propugnan los citados autores subsume, en la motivación trascendente, no solo el servir al cliente sino, también, el preocuparse del entorno. Este tercer plano es el decisivo y en el cual los abogados peruanos tenemos una abultada agenda pendiente aún. En última instancia, se trata de un enfoque sistémico que visualiza al individuo como parte de una red mayor de la cual es partícipe, protagonista y parte interesada. La motivación trascendente incorpora esta dimensión al análisis y a la acción.

Profundizando en el modelo de Pérez López, sugiero diferenciar, entonces, para efectos de nuestro análisis, entre la motivación trascendente orientada a servir al cliente y aquel aspecto de la misma que visualiza y se preocupa del entorno en el que se presta ese servicio, para que el sistema siga operando favorablemente. Este ejercicio mental permite graficar el impacto que puede tener, para el abogado, el preocuparse por el escenario y el *comprarse el pleito* de contribuir a la mejora de la cosa pública desde la cantera en que desarrolla sus funciones (ya sea como abogado de empresa, de estudio, funcionario, magistrado, fiscal, notario, alcalde, congresista, educador, investigador, periodista o activista social).[132] Como se muestra en el cuadro que sigue, esa actitud de asumir la legalidad y comprometerse con el entorno es la que aporta sentido al quehacer último del abogado, ya que genera una sensación de orgullo y realización personal que consolidan la confianza y satisfacción con uno mismo, y el sentido de identidad propia.

[132] Al hacer la diferenciación que propongo entre motivación trascendente orientada al cliente y aquella que toma en cuenta los efectos en el entorno, me estoy tomando la licencia de expandir el concepto más allá del modelo y pensamiento de Pérez López. En este sentido, soy consciente que puedo estar excediendo el margen de interpretación adecuado e, incluso, cayendo en el riesgo de estar desnaturalizando el propio modelo. No obstante, considero que es un ejercicio muy útil, pues permite graficar la tesis central de este ensayo.

El abogado y sus necesidades humanas				
Necesidades humanas	**Con qué se satisfacen esas**	**Motivos de la acción**	**Dimensión de la acción**	**Guía de la acción**
Materiales (dinero)	Recursos (interés propio)	Extrínsecos	Tener	Recibir
Psicológicas/ Intelectuales Diversión	Aprendizaje Reto profesional	Intrínsecos (aprender)	Saber	Poder
Afectivas calidad Preocupación por el cliente	Servicio de (servicio al cliente)	Trascendentes	Servir	Alegría
Afectivas (*identidad*)	*Sentido* de su quehacer Realización	Trascendentes («*comprarse el pleito*»)	Ser	Autoridad

Elaboración propia, basada en la obra de Pablo Ferreiro y Manuel Alcázar, *Gobierno de personas en la empresa* (PAD, Lima 2001).

Desde la perspectiva que propongo, el papel y la responsabilidad de un abogado moderno en una sociedad como la peruana es doble. Por un lado, debe propiciar, con su talento y conocimientos, recursos que le permitan gozar de una vida digna (motivación extrínseca que satisface necesidades materiales), con la mayor eficiencia y competencia profesional dentro de la ley (motivación intrínseca que satisface necesidades intelectuales), y cumpliendo con el mandato ético de atender y servir a su cliente (motivación trascendente focalizada en el cliente que satisface las necesidades afectivas del individuo). Por otro lado, tiene que contribuir a crear un marco institucional más predecible y estable, en el que su práctica profesional pueda florecer aún más (motivación trascendente orientada a mejorar el entorno y que satisface necesidades afectivas de identidad).

Si cabe la analogía con el propietario de una casa, en Europa o Norteamérica, ese propietario puede sentirse confiado, ya que sus auto-

ridades cuidarán el vecindario y le garantizarán el valor de su casa. En un país como el nuestro, es necesario preocuparse por que el barrio también esté limpio y seguro, y, al mismo tiempo, involucrarse para crear un marco institucional que, paulatinamente, revalorice la propiedad de la casa. Los abogados, formados en la tradición del Derecho, y con un profundo entendimiento de las fallas y oportunidades de nuestro sistema legal, en tanto importantes *brokers* de intereses específicos, estamos en una posición única de contribuir a la creación de un entorno más predecible, más justo y más solidario en nuestro país, un entorno que reditúe a favor de todos y también en beneficio propio. Lo anterior no es un discurso filantrópico —aunque soy consciente que puede parecerlo— sino, más bien, uno que también puede interpretarse como basado en última instancia en el interés propio: aquel del experto legal que, a la par de cultivar una práctica profesional exitosa, se yergue para marcar la pauta, enseñar y sentar las bases del cambio con inteligencia, decoro y compromiso con el desarrollo.

Como se indica en este ensayo, las principales plazas legales mundiales han hecho de la integridad y de la ética profesional su bandera, y las empresas cotizadas en bolsa sienten ya la exigencia de transparencia de sus inversionistas y del público en general. La globalización y la competencia en el mercado están generando presiones e incentivos a favor de la ética en el ejercicio profesional. Cada vez más, se reconoce la integridad como parte del *goodwill* de un experto. Con mayor frecuencia, los abogados que asuman la tarea de contribuir a mejorar la cosa pública con decencia y eficiencia, y que, desde su campo (sea esta la vida académica, profesional, empresarial, gubernamental, periodística o judicial), contribuyan a crear mejores niveles de institucionalidad podrán usar ese aporte —como lo hacen las principales firmas estadounidenses— en sus campañas de *marketing* y diferenciación. De esta forma, tendrán mayores niveles de llegada y capacidad de convencer con el ejemplo. Sobre todo, tendrán la conciencia de haber aportado y hecho lo que estaba a su alcance para contribuir al desarrollo y mejora de nuestro país.

No ver esta doble dimensión (individual e institucional) del abogado implicaría aceptar que la cultura del *tarjetazo*, de la *vara* y de la corrupción continúe siendo la regla en nuestro medio. Tenemos que desterrar de nuestro medio las propuestas *bajo la mesa* y la inminencia de la *llamada del superior jerárquico*. Nos corresponde asumir el compromiso de hacer del nuestro un país más justo, más libre y más solidario.

Estoy segura de que el lector que, en este momento, tiene en sus manos esta publicación aspira —como lo hago yo— a contar, en nuestro Perú, con un marco legal e institucional más predecible, justo y competitivo, en el que prevalezcan la contundencia de los argumentos y la integridad de las propuestas. Con esa convicción, comparto lo que considero son los desafíos que enfrenta el abogado moderno en nuestro país, desafíos muy distintos a los que Clifford Chance tuvo que enfrentar y de los cuales depende, en gran medida, la viabilidad del Perú como nación.

Solamente un proceso de cambio como el que se propone permitirá verdaderas mejoras en el negocio del abogado. De esta forma, este, como en otros lugares del mundo sucede, solo tendrá que ocuparse de ser un buen abogado. Así, el esfuerzo que implicará el reto que los abogados peruanos deberemos afrontar, finalmente redituará en nuestra labor profesional y en nuestro prestigio personal, además de la satisfacción de pertenecer a un gremio de prestigio y a una comunidad nacional más justa y próspera. A continuación, abordaré, primero, el desafío en el plano institucional y, luego, aquel que enfrenta el abogado en el ámbito comercial para el éxito de su propia práctica profesional.

6.2. Desafíos en el plano institucional para crear un marco institucional predecible en el que la práctica profesional pueda florecer aún más[133]

La falta de predictibilidad y la percibida inseguridad jurídica en nuestro país es un lastre para atraer más inversión —y promover, con ello, el desarrollo económico— y para el ejercicio profesional del abogado decente. A ello hay que sumar el hecho de que, en los últimos diez años, han surgido, como se relató en el punto que antecede, nuevas áreas del Derecho y de la regulación, alrededor de las cuales se están forjando estudios *boutique* y prácticas especializadas de reciente data. La novedad y, en muchos casos, sofisticación y complejidad de estas nuevas disciplinas jurídicas, sumado a la poca preparación de los operadores judiciales para entender la filosofía legal que les subyace,

[133] Esta sección está basada en una contribución que, sobre el marco de políticas de competencia, realizó la autora para un proyecto internacional con la colaboración de Eduardo Quintana.

presentan una dinámica compleja en lo que se refiere a generar un clima de reglas claras y estables, comprendidas y aceptadas por todos como necesarias y convenientes para el desarrollo nacional. Esa combinación es particularmente nefasta en términos de garantizar mayores niveles de predictibilidad e institucionalidad en la toma de decisiones, circunsatncia que genera presiones adicionales para la práctica del abogado.[134]

Para la sustentación del marco legal que se ha implementado en los últimos años y para consolidar mayores grados de predictibilidad, resulta absolutamente necesario crear aliados en la sociedad en general, que exijan el cumplimiento del nuevo esquema (*capacity building*) y lo defiendan (*advocacy*).[135] Sin ello, no será posible tener reglas claras, estables y predecibles, para que, sobre la base de ellas, el abogado pueda lucrar de sus conocimientos y desarrollar una práctica exitosa.[136]

---

[134] Si bien existen razones suficientes para demostrar la importancia de las nuevas áreas del Derecho antes mencionadas y se han logrado, por ejemplo, avances significativos respecto del accionar de las nuevas agencias reguladoras y el nuevo rol del Estado en general, aún queda un largo camino por recorrer, especialmente en lo que concierne a la comprensión de estas nuevas disciplinas por parte de los jueces, de los magistrados, del resto de la administración pública, de la prensa especializada y respecto de la participación de la sociedad civil.

[135] En realidad, *stakeholders* es un término más adecuado, que, desafortunadamente, aún no encuentra una adecuada traducción al español.

[136] No basta tener una buena ley; además, hay que hacer que lo dispuesto en ella sea realidad. Ello depende del respaldo y legitimidad con que cuente esta, es decir, si responde a la percepción general que existe en el dominio público sobre los alcances y objetivos que debería tener dicha normatividad. En el área regulativa, se ha desarrollado un examen para identificar una buena regulación (*good regulation*), cuya pertinencia a nuestra discusión se pasa a analizar en cinco aspectos claves.

– Respaldo de un mandato legislativo: la regulación se enmarca dentro de la ley y si la autoridad que la aplica logra los objetivos perseguidos por dicho mandato legislativo.

– Existencia de un adecuado sistema de control o *accountability*: la interpretación y aplicación de la regulación por la autoridad deben ser objeto de control por parte de personas o entidades representativas, capaces de calificar su desempeño en el cumplimiento del mandato legislativo que recibieron.

– Transparencia en la evaluación y toma de decisiones: se debe mantener un proceso de toma de decisiones regulatorias equitativo y democrático, que permita la participación ciudadana por medio de mecanismos de transferencia de información.

– Sustento en la especialización: la autoridad debe lograr un nivel de especialización y experiencia suficiente para demostrar que sus decisiones son las más adecuadas para lograr los mejores resultados en el menor tiempo posible, hecho que requiere que la sociedad tenga las herramientas para cerciorarse de ello.

En ese sentido, resulta necesario para el abogado en general, y el experto en particular, establecer canales de información y comunicación que permitan tanto a las autoridades administrativas y judiciales como a los demás expertos, académicos, prensa especializada y sociedad civil interesada contribuir al fortalecimiento del marco institucional que permitan un mayor desarrollo del país, de tal manera que el experto legal pueda contar con un marco institucional predecible, en el que su práctica profesional pueda florecer aun más y aquel beneficiarse económicamente de su *expertise*.

En particular, sugiero un rol para el abogado moderno, dejando atrás el enfoque tradicional que pone sobre las espaldas del Estado y sus funcionarios toda la labor de reforma institucional, para adoptar un enfoque más proactivo y participativo en el que el abogado peruano tiene un papel y una función que cumplir. Asumir el desafío y la tarea de crear un marco institucional predecible y confiable pasa por volvernos protagonistas del cambio y líderes del proceso. En tal virtud, propongo que resulta necesario —y he allí el rol de abogado moderno— diseñar un enfoque complementario, que llene los espacios no cubiertos por el enfoque tradicional, buscando alternativas para la participación más activa del profesional del Derecho y de la sociedad en su conjunto.[137]

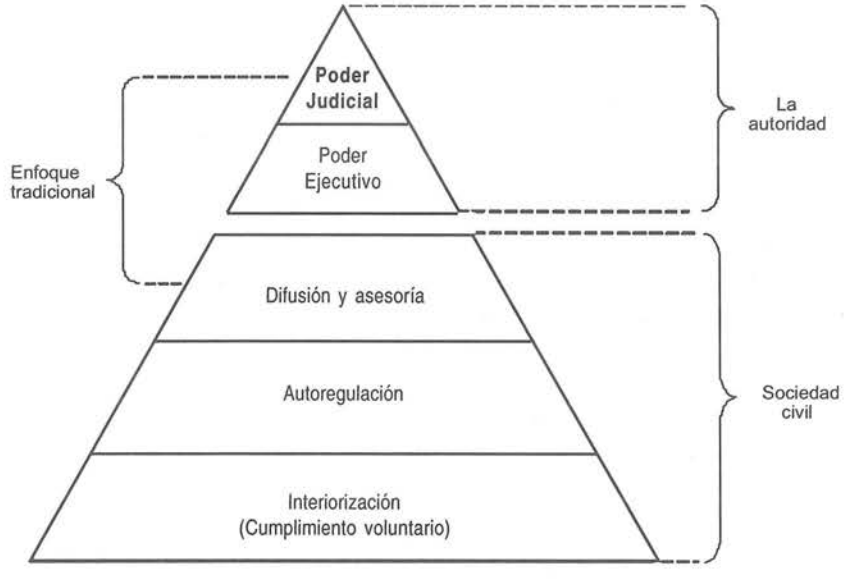
– Logro de eficiencias: la regulación debe ser implementada al menor costo posible, y eso depende, en gran medida, de la coherencia de objetivos que tenga el mandato legislativo.

Véase BALDWIN, R. y M. CAVE. *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*. Great Britain: Oxford University Press, 1999, pp. 76-84.

[137] El enfoque tradicional de reforma institucional y del rol del Estado en países en desarrollo pasa, habitualmente, por adoptar una ley y crear una entidad encargada de hacerla cumplir, además de buscar garantizar la aplicación de las nuevas disciplinas de forma técnica por la autoridad. Asimismo, busca difundir los alcances de las normas y plasmar sus beneficios por medio de mecanismos controlados o, en todo caso, mayormente centralizados por las autoridades nacionales. Como se advierte, el enfoque tradicional de reforma institucional se dirige a apoyar la creación de un mandato legislativo y, luego, dedica gran parte de los recursos a una labor pedagógica de especialización de las autoridades encargadas de aplicar dichas disciplinas y políticas. Asimismo, contribuye con la búsqueda de eficiencia en la aplicación de las nuevas disciplinas. Sin embargo, el enfoque tradicional no genera mecanismos para institucionalizar la deliberación pública sobre la materia o el entendimiento por parte de los operadores judiciales o de la prensa especializada. Tampoco promueve el control ciudadano de las autoridades encargadas de aplicarla o medidas para incrementar la transparencia en la toma de decisiones. La principal limitación del enfoque tradicional es que otorga un rol pasivo al abogado en ejercicio y la sociedad

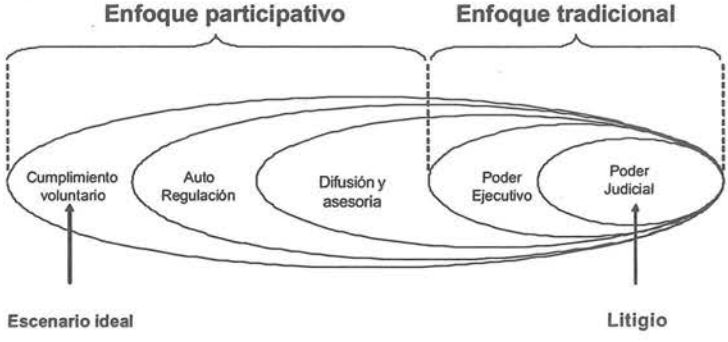
Hay dos grandes diferencias entre el enfoque tradicional y el enfoque participativo que señalo respecto del quehacer del abogado: la primera está referida al Estado y la segunda al papel del abogado. Así, mientras que el enfoque tradicional de reforma institucional aspira a contar con una oferta de servicios gubernamentales, el enfoque participativo tiene por objeto impulsar la demanda por esas nuevas áreas de servicios gubernamentales. Por otro lado, mientras que, en el primer caso, el abogado es un agente pasivo, mero usuario del sistema y, como tal, es considerado un simple beneficiario del mismo, en el segundo caso, es un actor proactivo, que se yergue como cliente de servicios gubernamentales de calidad y, como tal, tiene voz, voto y hace suya la participación activa en el proceso y en el sistema. En ese sentido, no espera que le den las cosas, sino que, como protagonista, busca crear el ambiente que requiere.

Enfoque de reforma institucional



civil en general, y eso los coloca casi como un mero receptor de las nuevas normas y de sus beneficios. Sin embargo, para el completo éxito de las nuevas disciplinas jurídicas y la institucionalidad del orden legal, se requiere que la sociedad se encuentre identificada con esta, es decir, se requieren mecanismos que permitan involucrar a las instituciones, a los profesionales y a la población en general en la aplicación de dichas política y en el análisis de sus beneficios. No reconocer esto implica aceptar la precariedad y, por ende, temporalidad del esfuerzo invertido.

Tal como se desprende del gráfico que antecede, de alguna manera, el enfoque tradicional parte de la visión piramidal y jerárquica del Estado y de la administración de justicia. Por ello, concentra el impulso de la reforma en la cabeza, esto es, en la autoridad. Desde esa óptica, el enfoque alternativo que propongo se orienta hacia la base de la pirámide con una intervención más activa y protagónica del profesional del Derecho. Por ello, sugiero visualizar el proceso de manera horizontal. Así, se destaca, en cada caso, la labor del abogado.



Este nuevo enfoque parte por concebir al abogado como un verdadero intermediario social y servidor de la Justicia —no en términos abstractos ni filantrópicos sino concretos— por medio de su oficio, de su actuación y de sus conocimientos. El abogado, por formación y por misión profesional, es un actor clave en el proceso de cambio institucional de la sociedad, siempre que se conciba a sí mismo como tal y actúe en consecuencia. Ello supone un cambio de mentalidad y un cambio en la profesión. El producto de ellos contribuye a forjar el cambio que anhelamos en la sociedad.

El objetivo es dar mayor participación a la sociedad en la discusión de políticas públicas y en la toma de decisiones para su aplicación. Para ello, se hace énfasis en los mecanismos que democraticen el conocimiento y el debate sobre sus alcances y beneficios. Ello supone crear vasos comunicantes y generar espacios de diálogo de doble vía que contribuyan a articular una relación fluida entre los sectores públicos y privado, y entre los distintos estamentos técnicos de la sociedad. De lo que se trata, en última instancia, es de crear un mercado de información y discusión de políticas públicas en el que la academia, los expertos, los gremios profesionales, la prensa especializada y los interesados encuentren un foro en el que puedan intercambiar

conocimientos, ideas y opiniones. Este enfoque, a diferencia del tradicional, tiende al cumplimiento voluntario de dichas normas y, en consecuencia, su implementación y aplicación es más eficiente y menos dependiente en el accionar del Estado y de los funcionarios públicos. Su eficacia depende del activismo del abogado y, en particular, de una intervención más activa y decidida del profesional del Derecho y de la sociedad en la administración de justicia y en el sistema del estado de derecho en general.

La participación que propongo de la sociedad civil no solo otorga mayor legitimidad a las nuevas áreas y disciplinas, sino que permite una fiscalización directa del quehacer de la autoridad que la aplica. Se establece, así, un mecanismo eficaz de *accountability*. Igualmente, la participación de la sociedad civil generaría la necesidad de dar mayor transparencia al proceso de toma de decisiones. Los expertos en cada materia y la profesión legal en su conjunto deberíamos buscar que se establezcan vías para la discusión pública de estas nuevas áreas del Derecho, sus implicancias, beneficios y modos de operar.[138]

En vez de apostar por —y esperar— una actitud *proactiva* de las autoridades, frente a un rol pasivo de los abogados y de la sociedad en general, este nuevo enfoque busca, más bien, convencer a la Administración de Justicia, a la prensa especializada y a la sociedad civil sobre los beneficios del ordenamiento legal vigente para un marco institucional predecible y sobre la importancia del respeto de las normas. Asimismo, busca transferir información especializada de los expertos, los mismos que pueden favorecer el cumplimiento de las normas mediante el asesoramiento de las empresas y agentes económicos que, potencialmente, podrían incurrir en infracciones.[139]

---

[138] Al respecto, el especialista en Derecho Internacional Harald Koh enfatiza la importancia de crear y promover procesos que sirvan para internar la bondad de la legislación. Según el referido autor, el cumplimiento de la ley no se basa en la coerción ni en la fuerza. El sustento de su cumplimiento se basa en un proceso que requiere de la interacción (diálogo, intercambio y comunicación) entre las partes y los distintos actores sociales. Esta interacción esta, a su vez, sirve de fundamento a la interpretación legal. Ello supone, entre otros, contar con una red de intercambio académico y discusión social. Véase Koh, Harald. *Why Nations Obey*, 2002.

[139] Este proceso participativo de intercambio de información, de diálogo y generación de consensos toma tiempo, pues no se ordena ni se dicta, sino que se construye con tolerancia, paciencia, dedicación y, sobre todo, ejemplo. Frente al enfoque tradicional, esta perspectiva puede resultar poco eficaz en el corto plazo. Sin embargo, resulta insoslayable si se busca crear un largo plazo.

En esa línea, se debe buscar que se definan mecanismos para retroalimentar el sistema, por medio de, por ejemplo, el intercambio de información especializada al interior del país o entre los países de la región. En ese sentido, el abogado es un agente clave en este proceso, ya que este enfoque está guiado por tres principios y niveles de intervención del abogado: la necesidad de institucionalizar el diálogo entre los interlocutores clave (expertos, académicos, autoridades, etc.) y la prensa especializada,[140] la retroalimentación del diálogo y *feedback*,[141]

---

[140] La institucionalización del diálogo entre los agentes interesados o afectados por las nuevas disciplinas puede darse en distintos planos y por medio de diferentes interlocutores. Se sugieren dos tipos de interlocutores: el técnico-académico y el de receptores especializados. Por ello, en primer lugar, para institucionalizar el diálogo se requiere promover la existencia o el fortalecimiento de interlocutores válidos en el sector privado o público, que sean ajenos a la agencia gubernamental y neutrales al sentido de sus decisiones. En otras palabras, se necesita de profesionales expertos, centros académicos (*think tanks*) y asociaciones de consumidores y de empresas que tengan la capacidad de evaluar las bondades de las políticas y disciplinas, y que, al mismo tiempo, puedan calificar el desempeño de los organismos estatales. Ello supone que cuenten con el conocimiento, así como la experiencia suficiente; que dediquen parte de su tiempo a evaluar la labor de las nuevas agencias estatales; y que se conviertan en instancias permanentes de censura o de apoyo de estas. Al institucionalizar el diálogo en el plano técnico-académico, se logra una reserva de capacidad de análisis, cuestionamiento y propuesta de reforma de las políticas de competencia en la sociedad civil, hecho que permite un mayor grado de control ciudadano y *accountability*. En segundo lugar, incluso si se logra tener interlocutores válidos en el primer plano, la aplicación de las nuevas disciplinas enfrenta el reto de hacer comprensibles los beneficios que traen para la sociedad, así como las razones que sustentan las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en casos concretos. Este objetivo requiere identificar receptores idóneos que puedan traducir los alcances y beneficios de las nuevas disciplinas para el público en general e incentivarlos para que se comprometan con la difusión de ese mensaje. Esta labor puede ser efectivamente realizada por periodistas y medios especializados con capacidad de difusión sobre una esfera más amplia de la sociedad civil.

[141] Para que este esquema participativo pueda mantenerse vigente en el tiempo, requiere retroalimentación. De esta forma, se le da a la sociedad civil herramientas para continuar y enriquecer el diálogo. La retroalimentación del diálogo debe sustentarse en un intercambio fluido de información no solo mediante autoridades nacionales o regionales sino, particularmente, entre la ciudadanía. Este intercambio de información puede ser entre expertos —o receptores especializados— y la población en general. En otras palabras, la retroalimentación del diálogo permite la continuidad del sistema y garantiza su autosustentación, puesto que da lugar al compromiso de la sociedad civil con la discusión y análisis de las políticas de competencia. El intercambio de información entre expertos requiere, previamente, generar la información especializada necesaria por medio de, por ejemplo, la creación de bases de datos que incluyan listas de expertos, publicaciones o documentos de trabajo específicos, y foros

y la revitalización de las nuevas disciplinas.[142] Todo ello busca aportar mayor valor a la sociedad.[143]

El escenario participativo supone pasar de un esquema vertical y unidireccional a uno sistémico de doble vía, en el que la sociedad y los especialistas aportan a la formulación de las normas. Tal como se

---

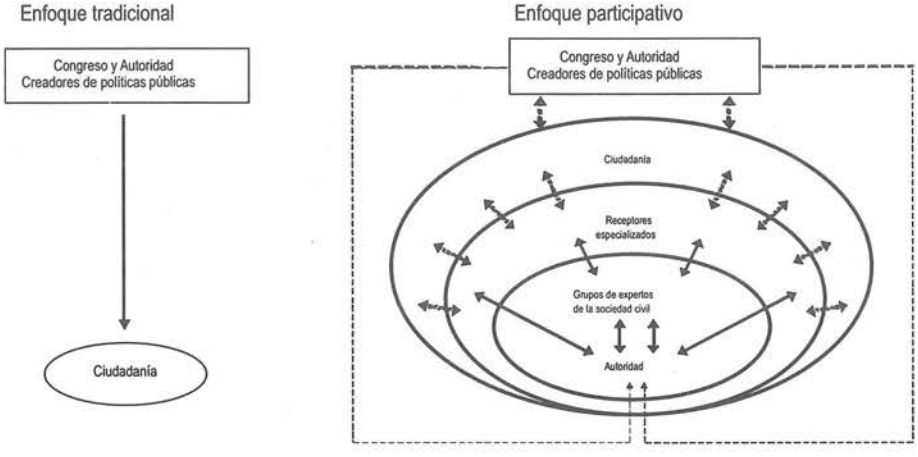
y eventos de discusión, entre otros. Estas bases de datos pueden ser creadas mediante el esfuerzo de búsqueda e identificación realizado por instituciones especializadas o pueden ser alimentadas por los propios interesados. El primer paso para el intercambio de información debe ser el acceso a las bases de datos indicadas. Además, debe darse mediante la organización de eventos periódicos de discusión especializada o por medio de la creación de foros de debate permanente. Asimismo, debe haber publicaciones de carácter académico o técnico que incluyan material de relevancia para la realidad de cada país.

[142] La revitalización de las nuevas disciplinas y áreas del Derecho es vital, pues estas se sustentan en distintas disciplinas, cuya combinación da lugar a un producto complejo. Esta complejidad hace difícil, para el experto, explicar el funcionamiento y los beneficios de las nuevas áreas a un juez o magistrado, así como a la población. A su vez, la población encuentra problemas para comprender el tema. Los mecanismos de institucionalización y retroalimentación del diálogo dan lugar a que se establezcan las vías de comunicación idóneas entre la sociedad y los expertos, de manera que se defina un código común para un diálogo informado y responsable, en el que se encuentre comprendida potencialmente toda la ciudadanía.

[143] De esta forma, las nuevas áreas incrementan su valor específico en la sociedad. Por un lado, la ciudadanía se interesa por comprenderla y por conocer sus beneficios. Por otro lado, el interés de la ciudadanía constituye un importante incentivo para que los creadores de políticas le asignen un lugar prioritario en la agenda política frente a otras políticas sectoriales y, además, crea, en ellos, una opinión favorable para fortalecer los mecanismos para la aplicación de la política en cuestión. Siguiendo estos tres principios en el enfoque de reforma institucional se consigue un mayor grado de control ciudadano y transparencia en la toma de decisiones. Asimismo, se da continuidad al sistema y se garantiza que sea autosostenible. Finalmente, se incrementa el grado de legitimidad para el área o disciplina jurídica en cuestión. Así, se beneficia, en última instancia, al experto que, luego, contará con un marco institucional más predecible que favorecerá su propio ejercicio y práctica profesional, con la gran ventaja de haberse posicionado y dado a conocer en el proceso de contribuir a consolidar ese mismo marco.

PRINCIPIOS	OBJETIVOS
Institucionalización del diálogo	
a) Nivel técnico/académico	➲ Control ciudadano / *accountability*
b) Nivel de receptores especializados	➲ *Transparencia en la toma de decisiones*
Retroalimentación del diálogo	➲ *Continuidad y autosostenibilidad del sistema*
Revitalización de las políticas de competencia	➲ *Legitimidad en la población y en los creadores de política públicas*

muestra en el siguiente gráfico, se debe abandonar el enfoque unidireccional tradicional para adoptar un enfoque sistémico participativo.



Sin embargo, ¿cómo lograrlo? ¿Cómo puede el abogado contribuir a ello desde su práctica profesional? El abogado debe desarrollar una estrategia para posicionarse como experto, que, en tanto investiga, escribe, se dedica a la docencia, difunde la normativa de su área de especialización, participa en foros de discusión y fomenta el intercambio de ideas y opiniones entre los expertos y con las autoridades, promueve la crítica constructiva, asume la tarea de alertar acerca de prácticas indebidas y, sumado con otros colegas, propicia y contribuye al cambio. Si bien estos instrumentos son conocidos y frecuentemente usados por muchos abogados en nuestro medio, varios de estos esfuerzos se despliegan aún de manera aislada. Así, dichos abogados no pueden juntarse con otros semejantes o contribuir a crear un fondo de credibilidad (*goodwill*) para el mensaje. Tampoco se cuenta aún con una red que promueva, articule, facilite y potencie esa labor. De esta forma, los esfuerzos desplegados hasta la fecha terminan siendo intentos aislados y, muchas veces, percibidos como propios de tal o cual abogado que obedece a tal o cual ideología o que representa a tal o cual grupo de interés.

El desafío que enfrentamos pasa por poner, nuevamente, en vigencia el rol de los colegios profesionales (o de sus equivalentes); por dedicarse a la investigación y a publicar; por consolidar el compromiso

con la docencia; por fomentar una prensa especializada en los temas de interés de cada experto; por articular un foro de discusión; por unirse con otros, y por impulsar mayores niveles de transparencia e integridad en el ejercicio profesional. Como puede apreciarse, el menú de acciones es amplio e incluye algunas opciones que paso a reseñar y que, en conjunto, con el tiempo y siempre que estén debidamente articulados y potenciados, pueden contribuir a un verdadero cambio sostenible en el plano institucional en el país.

a) Actividad gremial

Los colegios profesionales cumplen un papel y una misión muy importante en una democracia. Más allá de fungir como articuladores de los intereses de su profesión, sirven como foro de debate y aporte a la discusión nacional de temas relacionados con el quehacer profesional. La crisis de institucionalidad que aqueja al país, especialmente, a la administración de Justicia, presenta una oportunidad para la actuación gremial de los abogados, ya sea por medio de los colegios existentes[144] o mediante la formación de una o varias nuevas agrupaciones que articulen y generen espacios de diálogo, debate y aporte. Debemos desarrollar el servicio y la función gremial, de manera que sea símbolo de prestigio —como lo es en plazas más desarrolladas— el dedicarle horas semanalmente a la actividad gremial y al aporte colectivo. El desafío del abogado moderno es contribuir a su gremio, para que, de manera colegiada y por medio de aquel, ese aporte individual se potencie y multiplique para que, de esta forma, trascienda e impacte en la esfera nacional.[145]

Los abogados tienen la responsabilidad singular de contribuir a la mejora de la administración de Justicia, ya que participan, por medio

---

[144] En nuestro medio, los abogados también participan activamente en gremios empresariales, entre los que destacan cámaras binacionales, tales como Amcham, Cámara Peruano-Española, etc.; gremios especializados, entre los que destacan la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, la Cámara de Comercio de Lima, Adepsep, etc.; y agrupaciones legales, tales como la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT), etc. La participación de los abogados en estas agrupaciones se puede potenciar.

[145] Mientras que solo el 35% de los empresarios reunidos en CADE 2003 calificaron de satisfactorio el desempeño de los gremios profesionales, 60% consideró satisfactoria o muy satisfactoria la labor de los gremios empresariales y 47% la labor de las organizaciones no gubernamentales. Ello plantea un desafío importante para los profesionales, en particular para los abogados. Véase Apoyo Opinión y Mercado. «Encuesta CADE 2003». 20 de noviembre del 2003.

del gremio, en su reforma y consolidación. Tal como ha ocurrido en otras plazas, el colegio profesional puede ser un vehículo eficaz para mejorar el proceso de selección de magistrados y jueces, así como para defender a aquellos miembros del Poder Judicial que sean injustamente atacados en la opinión pública.[146]

Esta propuesta supone dejar atrás el paradigma de la colegiatura gremial obligatoria y del monopolio de un colegio profesional por localidad, así como el voto obligatorio bajo pena de multa y la autoprotección profesional, para adoptar el paradigma del servicio, del valor agregado, del prestigio y de las prácticas éticas en la profesión. Los gremios profesionales, lejos de ser guetos de impunidad, deben convertirse en defensores de la profesión y de su integridad. Desde el gremio, se puede canalizar el aporte colectivo; hacer propuestas; cultivar la capacidad de convocatoria; y evaluar la gestión de los magistrados, funcionarios y entidades públicas. Es, sin duda, un desafío interesante y necesario en nuestro medio.

b) Investigación y desarrollo

Asimismo, se requiere adecuar las tendencias y prácticas internacionales a nuestra realidad, a la par de desarrollar propuestas que se adecuen a nuestras necesidades. En este sentido, hay un espacio muy interesante para la labor de investigación jurídica, especialmente la aplicada. Es, precisamente, el experto en determinada materia quien peruaniza un tema, aporta un marco conceptual a una problemática, propone alternativas de solución, documenta su línea de argumentación y se expone a la crítica; de esta forma, gana legitimidad y solvencia académica. Los profesionales del Derecho que deseen posicionarse como expertos deberían comprometerse con la investigación y hacer de esta su principal aliado de difusión y *marketing*. Al hacerlo, no solo se dan a conocer, sino que aportan al país. Es necesario que los empleadores (estudios de abogados, entidades gubernamentales, uni-

---

[146] Por ejemplo, el Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York (NYC Bar Association) se fundó, precisamente, para contrarrestar la corrupción generalizada que reinaba en la administración de justicia de la ciudad de Nueva York. Hoy sigue vigente, en el NYC Bar, su preocupación por garantizar una mejor administración de justicia. Véase, por ejemplo, el reciente informe del grupo de trabajo sobre nombramientos judiciales de dicho colegio, que propugna una selección de magistrados basada estrictamente en méritos, así como la conformación de un Comité de Selección y la necesidad de hacerle seguimiento y *feedback* a los nombramientos efectuados. Véase *Judicial Selection Task Force* de diciembre del 2003 en <http://www.abnyc.org>.

versidades y empresas) promuevan y premien la investigación que realizan sus asociados y empleados, así como el análisis de temas legales y propuestas de adecuación a nuestra realidad. De alguna manera, un correlato práctico a las horas dedicadas al *probono* en los países del norte podría ser la dedicación a labores de investigación aplicada en nuestro medio.

c) Revistas y publicaciones especializadas

Las revistas y publicaciones legales cumplen también una importante función en la institucionalización de mecanismos de reflexión y análisis. Ellas son *la cabecera de playa* de un mercado vigoroso de información legal, ya que ayudan a sofisticar el debate y a fundamentar las distintas posiciones en juego. En este rubro, los estudiantes de Derecho de las principales universidades están dando la pauta, innovando,[147] convocando a concursos para nuevas publicaciones,[148] entre otras. Debemos apoyar, promover y participar en estas importantes iniciativas, aportando opiniones, investigaciones, ideas y enfoques sobre temas novedosos. Los abogados y estudios deberían contribuir a impulsar más revistas y publicaciones especializadas. Incluso, deberían convencer a sus clientes corporativos a que patrocinen estos esfuerzos de difusión y generación de consensos, que sirven de insumo para la docencia, para la jurisprudencia y para la consolidación de mayores niveles de predictibilidad en nuestro medio.

Debemos aprovechar los avances tecnológicos en materia de base de datos para descentralizar conocimiento y franquear acceso a más profesionales a las nuevas disciplinar y tendencias. La tecnología permite hoy llegar a más gente en menos tiempo y a un menor costo, de manera que, por ejemplo, un juez o ejecutor coactivo, en cualquier lugar del país, pueda tener acceso a la última información y jurisprudencia administrativa sobre reconocimientos de créditos. Para ello, habría que impulsar la digitalización de la jurisprudencia judicial y

---

[147] Destaca, por ejemplo, el esfuerzo desplegado por Themis a través de su reciente informativo de publicación mensual denominado *Enfoque*, en el que renombrados especialistas elaboran una revisión crítica de la actualidad jurídica.

[148] Destaca, asimismo, la iniciativa de *Ius et Veritas* de convocar a su tercer concurso de artículos jurídicos, dirigido a todos los alumnos de las facultades de Derecho del país, con la finalidad de incentivar el espíritu crítico y habilidades para definir y desarrollar temas novedosos en los participantes. El jurado, conformado por prestigiosos abogados del país, otorgará premios que, además de comprender dinero en efectivo, incluirán la publicación de dicho artículo en la revista.

administrativa, así como de la principal doctrina nacional, y buscar mecanismos para poner esta información al alcance de los interesados con solo un clic. Ello contribuye a la predictibilidad y difusión del Derecho.

d) Discusión y debate

Los preceptos legales no se institucionalizan por medio de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial El Peruano* sino mediante su difusión, entendimiento y convicción acerca de la bondad de los mismos por parte de la ciudadanía. La práctica de intercambiar ideas entre expertos, de promover foros de discusión y de abrir avenidas de diálogo, especialmente entre los sectores públicos y privado, fortalece el intercambio y dota a la ley de mayor sustento y vigencia. Precisamente, uno de los grandes problemas nacionales es la ausencia de esos espacios de intercambio, que sirvan para la consulta plural y abierta de nuevas regulaciones y criterios, así como para la crítica y la retroalimentación productiva del accionar de las autoridades. Con frecuencia, en las escasas ocasiones que se presenta la oportunidad de intercambiar puntos de vista, se personaliza la discusión en el calor del debate y se pierde la perspectiva de un intercambio tolerante.[149] Crear foros y espacios de diálogo constructivo y decente de doble vía es no solo una oportunidad sino una urgencia. Las tecnologías de información y la Internet en particular presentan nuevas formas y alternativas de cómo articular el debate que debemos explorar y aprovechar, pues permiten integrar al país y descentralizar el conocimiento con solo un clic. De esta forma, se franquea el acceso a un universo más amplio de especialistas y personas interesadas.

e) Docencia

La docencia es el reconocimiento al experto y la oportunidad del maestro de forjar las mentes y los corazones de las siguientes generaciones. Sin embargo, la mayor virtud de la cátedra no es tanto ser el

[149] Es entendible que, ante una decisión gubernamental percibida como discrecional y sin fundamento jurídico o un cambio radical de filosofía jurisdiccional, los afectados (y los propulsores del sistema anterior) alcen su voz de alerta y utilicen todos los medios legales de persuasión para convencer a la ciudadanía de la irracionalidad de la medida. Por la propia naturaleza de la función pública y del capital político de los funcionarios en cuestión, muchas veces la crítica es percibida como un enfrentamiento frontal, y ello suele dificultar el encontrar espacios de diálogo constructivo y oportunidades de reflexión compartida que faciliten la reconsideración de la medida.

reflejo del conocimiento que imparte el experto sino la oportunidad que tiene este de aventurarse a seguir aprendiendo, pues la enseñanza es, a su vez, un proceso de aprendizaje que obliga al maestro a refrescar conocimientos y profundizar en temas que aún no sabía. El compromiso con la docencia no debe limitarse al alma mater, sino que debe comenzar en el propio centro laboral, mediante la formación de los practicantes y los abogados jóvenes a su cargo. Además, debe trascender a otros campos y universidades, especialmente aquellas menos favorecidas en el *ranking* de los principales estudios pero que forman a los futuros jueces, funcionarios, fiscales y magistrados.

f) Aporte y consulta ciudadana

Si queremos una administración pública transparente y abierta al sentir ciudadano, que no tema exponer lo que piensa porque tiene fe en el tecnicismo de su labor y en su capacidad de escuchar comentarios y nuevas propuestas, es necesario atender sus pedidos de información y participar cuando se someta a consideración un proyecto normativo. He allí el rol del experto: reaccionar de manera rápida, fundamentada y oportuna; y buscar enseñar para contribuir al mejor entendimiento de la problemática en cuestión. El otro lado de la moneda es presentar iniciativas normativas y de políticas públicas bien fundamentadas y entendibles, y no derivar todo al funcionario.

g) Difusión

Un gran problema ciudadano en nuestro país es el desconocimiento mayoritario del Derecho por parte de los peruanos. Ello se agrava con un sistema legal complejo, joven y, muchas veces, contradictorio. Para construir una institucionalidad que nos articule e integre como nación, es vital que la ciudadanía en general y los profesionales del Derecho en particular conozcan la ley, su fundamento y su razón de ser. Ello solo se puede lograr mediante esfuerzos de divulgación y difusión que, por medio de la capitalización de los medios de comunicación masiva, enseñen a las personas a tener una conciencia cívica. Así, es necesario repensar y relanzar la educación cívica en los colegios y facultades. Asimismo, se tienen que revisar las normas del Código de Ética que restringen la habilidad del abogado de difundir el Derecho mediante el uso la radio y la televisión, así como aquellos que prohíben el uso de medios publicitarios.

Gracias a la difusión del derecho y a la publicidad que pudieran hacer los abogados, el ciudadano común y corriente podrá ser educa-

do para tomar conciencia de sus derechos y obligaciones, así como de los medios para ejercerlos y reclamarlos. De esa manera, se franqueará un mayor acceso a los servicios legales.

h) Ética y responsabilidad profesional

La globalización y mayores niveles de competencia en el mercado apuntarían a sugerir que el tema de la ética ha ido cobrando más importancia en el mundo actual, sobre todo en circunstancias en que se valora la confianza y la credibilidad de los productos, de las marcas y de las empresas. La ética así entendida no se limita a la ausencia de corrupción gubernamental, sino que se extiende al accionar de la organización y del individuo en su conjunto. Debemos refrescar nuestros conocimientos y prácticas éticas, y desarrollarlos. Este objetivo se logrará hablando acerca del tema; comentando dilemas éticos que se nos presentan en el quehacer profesional (muchas veces a diario); premiando a los miembros de nuestro equipo que se destacan en la materia; e incorporando el tema en el currículo de enseñanza, especialmente en las maestrías y diplomados, entre otras actividades a tomar en cuenta. Los profesionales del Derecho debemos desarrollar políticas de gobierno corporativo al interior de nuestra organización y respecto del entorno legal en que nos desenvolvemos.

De lo que se trata es de hacer de la ética en el ejercicio de la profesión, nuestra mejor tarjeta de presentación y el sustento de nuestra práctica profesional. Por ello, se tiene que revisar el Código de Ética del Abogado para que sea el reflejo de la aspiración del ejercicio profesional moderno. Una primera medida por considerar es un compromiso a favor de la integridad en la práctica profesional y de lucha frontal contra la corrupción. En tanto sean más los abogados que compartan esta perspectiva, es posible contagiarla a otras esferas. Así, se contribuirá a generar incentivos positivos y de retroalimentación continua para este nuevo paradigma.

Y, como dirían las abuelas, «la ética —hijita— comienza por casa». Esta frase significa que se tiene que predicar con el ejemplo; adoptar el paradigma de la responsabilidad social empresarial al propio despacho del abogado; aspirar a ser un buen empleador; y buscar ofrecer el mejor clima laboral que genere, cultive y promueva conductas éticas tanto internas como externas. En última instancia, la persona humana es una sola, sea que esté actuando como jefe, como asesor externo, como colega, como árbitro o como docente. Así como la empresa moderna busca, cada vez más, que sus trabajadores sean excelentes personas

ante todo, los abogados deben humanizar el ejercicio profesional y hacer gala de su condición de colaboradores de la Justicia.

Si bien cada uno de los roles y tareas antes descritas no crearán, por sí solos, el nuevo orden institucional que requerimos, la suma de ellas y su multiplicación por medio de la acción conjunta de varios abogados, sí constituyen un poderoso aliciente que traerá consigo el cambio. El abogado debe asumirse como parte de una red social en la que él o ella es un protagonista (un agente activo del cambio y del proceso). En tanto testigo, *broker* y operador del sistema legal, el abogado ocupa una posición expectante y privilegiada para facilitar, articular e impulsar mejoras institucionales. Ello supone —como se ha indicado antes— librar tres batallas en simultáneo: propiciar un cambio de mentalidad en el abogado para que vea esta nueva dimensión, impulsar un cambio profesional para forjar mayores grados de confianza y prestigio social en el gremio, y contribuir —como fruto de estas dos batallas— a un cambio en nuestra sociedad.[150]

Es responsabilidad ética y profesional del abogado moderno asumir el compromiso de crear un marco institucional más predecible, en el que el propio experto pueda verse beneficiado y pueda lucrar, aún más, de sus conocimientos y del valor agregado que este aporta a las empresas y a sus clientes. *Cuidar el barrio*, a la larga, es la estrategia de *marketing* y de desarrollo profesional más eficaz con que cuenta el abogado moderno que desee ser bien visto por sus colegas y por la sociedad.

6.3. Desafíos en el plano individual para desarrollar la práctica profesional

Habiendo esbozado algunas ideas en relación con la estrategia de desarrollo institucional, es decir, con la creación de un entorno predecible en el que la práctica individual del abogado pueda, en efecto, florecer y no se vea sometida a actos de competencia desleal, a la politización de las decisiones o a la corrupción, es necesario abordar el tema del desarrollo profesional en el plano individual. En otras pa-

---

[150] Precisamente, en esta cruzada, aspiro poder ayudar mediante la materialización sinergias, la contribución a la generación de mensajes que hagan entendibles y doten de sentido a las nuevas disciplinas jurídicas, y la facilitación de la articulación de una nueva red que potencie el esfuerzo individual y que capitalice los beneficios de las nuevas tecnologías.

labras, debemos reflexionar sobre aquello que contribuye, básicamente, a la rentabilidad de la práctica profesional del abogado.

Un importante objetivo del ejercicio profesional es el desarrollar una práctica que le permita al abogado y a su familia tener un nivel de vida digno. Para ello, es menester contar con una estrategia integral de desarrollo profesional, que abarque no solo la formación académica y propiamente profesional sino, también, la formación ética, comercial, gerencial y empresarial. Si bien el tema merece un desarrollo propio que excede a los alcances de esta publicación, a continuación comparto algunas reflexiones y propuestas sobre cómo abordar esta novedosa materia.

Teniendo presente el nuevo esquema en el que se inscribe la profesión, el abogado moderno debe preguntarse: ¿Qué áreas son rentables? o, quizá, ¿Cuáles convendría desarrollar? Asimismo, en la dicotomía abogado-cliente, el primero tendrá que preguntarse: ¿Estoy maximizando la inversión de tiempo que dedico a mis clientes? Por tanto, ¿se puede afirmar que soy realmente eficiente?

Sin embargo, los cuestionamientos no solo tienen que ver con el trabajo que el abogado realiza, sino que llevan a tratar temas relacionados con la imagen que este proyecta con respecto a su ejercicio profesional. El interrogarse sobre cómo darse a conocer mejor o cómo llegar al público que nos interesa implica, además de tener nociones claras sobre la labor propia, que se exija un esfuerzo extra para conocer el mercado. Otra interrogante que ronda en estos tiempos a los abogados es la siguiente: ¿Cómo conseguir nuevos clientes? No obstante, la pregunta quizá debería ser: ¿Cómo hago para retener a los que ahora tengo? Asimismo, muchos buscan definir si resultaría verdaderamente significativo invertir en *brochures* institucionales o en páginas web.

Otras preguntas que deberían surgir entre quienes practican el Derecho tienen que ver con esclarecer si reditúa profesionalmente el tiempo dedicado a la docencia. ¿Cómo darnos a conocer mejor? ¿Cómo llegar al público que nos interesa? Y, más aun, ¿cuál es el público que nos interesa? Además, resulta sumamente probable que el público, para los abogados que conforman un mismo estudio, sea distinto, y eso hace que cada abogado deba dirigirse a un público determinado. Así, se convirte en forjador de un negocio independiente dentro de una marca común.

Las nuevas condiciones del mercado laboral y, específicamente, del área que comprende al Derecho determinan que se haga necesa-

rio establecer un cambio en el enfoque tradicional. El abogado, que nunca consideró necesario tomar en cuenta otros factores que no fueran sus clientes, ahora porta la obligación de mirar atentamente a su competencia, al mercado del que forma parte activa, a sus practicantes y al entorno. Para abrirse camino con éxito se hace fundamental preguntarse quién decide la contratación de mis servicios o a quién contrata el cliente y sobre la base de de qué información hace la contratación. La cadena de interrogantes nos llevarán, finalmente, a preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo garantizar un flujo de ingresos? ¿Cómo publicitarse de forma adecuada? ¿Cómo darse a conocer?

Para enfrentar estos nuevos desafíos, el abogado necesita conocer, en profundidad, el entorno nacional e internacional en que se desenvuelve, sus destrezas y capacidades propias y a su cliente, a sus competidores y al mercado. De la misma manera, deberá desarrollar una estrategia que le permita convertir sus potencialidades en una realidad, y eso, en otras palabras, quiere decir verse y actuar como un empresario moderno y competitivo, que tiene en cuenta los desafíos éticos y humanos en una sociedad como la peruana.

Desde mi perspectiva, alcanzar este objetivo supone una serie de esfuerzos en tres etapas distintas. La primera es introspectiva. En ella, es vital reconocer y redescubrir nuevos ejes rectores de su propio ejercicio profesional, así como evaluar y autoevaluarse. La segunda implica una visión compartida, no dictada sino creada en conjunto mediante trabajo en equipo y solidaridad profesional. La última etapa involucra un proceso de cambio, imposible sin voluntad de aprendizaje, constancia, apertura a lo nuevo y coraje para embarcarse en el proceso. Pero, fundamentalmente, todo esto requiere de tiempo, dedicación y compromiso.

Muchos colegas olvidan que resulta equivocado comenzar por el final, esto es, por invertir en *brochures*, boletines informativos, páginas web o estudios generales de percepción. Si no se tiene claro el público objetivo y la estructura del propio negocio, la inversión realizada puede resultar fútil. Así, los instrumentos de *marketing* y el público al que debería dirigirse un estudio *boutique* difieren de aquellos propios de un *full service firm*. Y, mientras que el resultado del posicionamiento y las percepciones acerca de determinado abogado o estudio derivado de un *focus group* en el que participaron gerentes generales (CEOs) pueden ser un insumo vital para una práctica jurídica, estos pueden no ser relevantes para diseñar la estrategia de un estudio *boutique*, cuyos clientes son otros estudios de abogados (y no CEOs).

Dependiendo del negocio en que esté cada abogado (y cada estudio de abogados, en su caso), deberán identificarse los instrumentos de *marketing* y canales de distribución a ser utilizados.

En última instancia, el problema no es solo de *marketing* sino de política de empresa. No ganará el que haga más *marketing* (recurso caro y que se tiene que racionalizar) sino el que tenga la mejor política empresarial (el *marketing* es un asunto que se monta sobre esto y que, gracias a una buena política, se convierte en una inversión y no en un gasto). Y —como sostengo en este ensayo— el mejor *marketing* es aquel basado en la ética profesional y en la integridad del *comprarse el pleito* de impulsar una mejora en el marco institucional.

Para hacer frente a los desafíos que estos nuevos tiempos plantean, lo primero que se debe hacer, a mi juicio, es reconocer la importancia de diseñar y aplicar una estrategia metodológica adecuada, que permita relacionar a toda la gama de elementos que participan de alguna manera en el mercado del Derecho. Para tal efecto, hemos desarrollado una metodología que permite efectuar un diagnóstico de lo anterior, sobre la base de la que se pueda elaborar una estrategia integral de posicionamiento y crecimiento de una firma de abogados. Esta discusión merece ser abordada —como ocurre en Norteamérica— en una futura publicación dedicada, especialmente, al *marketing* profesional del abogado. En todo caso, y como manera de resumen, cabe destacar que la referida metodología está compuesta por lo siguiente:

a) Diagnóstico institucional interno. En esta etapa, se procede a una evaluación de las capacidades profesionales de la firma de abogados, de la cartera de clientes y de los factores del entorno que garantizan la eficacia de la asesoría legal prestada. Esta etapa, que concluye con la validación de la visión (individual o compartida en el caso de un Estudio), supone el inicio del proceso y, en tanto algo novedoso y adicional al quehacer de la firma, requiere la participación de la alta dirección (*managing partner*) de esta.
b) Diseño de la estrategia institucional. En esta etapa, se determina la viabilidad de los esfuerzos a ser desarrollados y se identifican las metas y objetivos, así como se unen los medios a utilizar con los resultados esperados dentro de la estrategia propuesta. Esta etapa concluye con la propuesta de estrategia institucional.
c) Implementación y monitoreo. Esta es la etapa de despliegue de la estrategia y de monitoreo de su implementación a fin de de-

terminar el grado de avance y las medidas correctivas a ser adoptadas.

En este proceso, resulta importante identificar oportunidades de diferenciación de la competencia y conceptualizar la ética en el ejercicio profesional como una ventaja competitiva sostenible y no negociable. Ahora bien, dado que se incrementa progresivamente el número de abogados *In-House* que contratan los servicios de abogados externos, algunos de los instrumentos de *marketing* profesional que debe contemplar un experto (especialmente si sus servicios son solicitados por otro colega) incluyen —como se indicó en la sección anterior— los siguientes: participar activamente en la actividad gremial; enseñar, realizar investigación y publicar, crear y participar activamente en foros de discusión; aportar a los procesos de consulta ciudadana; contribuir a difundir su área de especialización, y actuar con integridad y servir de ejemplo a las siguientes generaciones.

La idea, en última instancia, es poder desarrollar precisamente ventajas competitivas sostenibles que le permitan al abogado y, en su caso, a la firma consolidar su posicionamiento en el mercado de servicios legales de calidad, a la par de desarrollar las capacidades y aptitudes requeridas para posicionarse cada uno como experto de un área específica. Con ello, se pretende estar en una mejor posición para poder enfrentar un entorno cambiante de manera oportuna, flexible, eficiente, creativa y duradera. Sin embargo, esta opción no tiene por qué convertirse en una suerte de sendero individual; todo lo contrario, lo que se busca no es excluir al otro, al éticamente nulo, sino, por medio del ejemplo, convencer a los demás de que la ética es el mejor camino por seguir.

7. Riesgos de mantener el *status quo*

Hacer caso omiso de la realidad y, por ende, evitar que se modifique el *status quo* que conocemos implicará una serie de riesgos que, a la larga, determinarán la exclusión del profesional del Derecho de los lugares de vanguardia de su especialidad. Si bien el futuro es, por definición incierto, los profesionales del Derecho enfrentan una creciente competencia y los estudios colegiados tienen el desafío de garantizar la sucesión de capacidades mediante la enseñanza de las generaciones más jóvenes de sus abogados. Como nación, institu-

cionalmente, tenemos el reto de crear una sociedad más justa, pacífica y solidaria, en la que los expertos puedan vivir con solvencia del fruto de su talento y conocimientos.

El nuevo abogado, el buen abogado, ya no será aquel que triunfe *desde el balcón* sin *ensuciarse las manos*. El de ahora es un momento de cambio, en el que el compromiso ético subyacente no solo tendrá que ver con cómo se ubique uno mismo, sino con lo que hace uno para que los demás se sumen a su compromiso de verdad y lealtad. La retribución económica, entonces, ya no será lo único importante; todavía es una necesidad, es cierto, pero, junto a ella, se hace indispensable ubicar el grado en que el individuo se mantiene fiel a sí mismo y a sus valores. A ese, y solo a ese, podemos llamar abogado honesto.

En última instancia, el desafío que enfrentamos los profesionales del Derecho es el de la institucionalización de nuestro propio ejercicio profesional. Quedarnos sin hacer nada, dejando que el *status quo* decida por nosotros, es pasar, una vez más, a la iniciativa de la mediocridad y del riesgo de seguir perdiendo las oportunidades que el destino ya nos ha regalado para hacer del nuestro un país más próspero para todos, en el que los abogados podamos ser una bisagra de confianza, servicio y bienestar.

La creación de un nuevo marco institucional legítimo representará sentimientos de realización y orgullo en todos aquellos que impulsen el cambio. Será alzar la vista a un nivel superior. Si en países más desarrollados, como los del norte, un abogado decente puede conformarse con hacer dinero, aplicar un desempeño académico destacado y servir al prójimo mediante mecanismos como el *probono*, en el Perú debemos apuntar más alto. Es menester nuestro apostar por un cambio en el entorno, uno en el que la ética cumpla un papel importante y en el que quien asuma un rol promotor tendrá, a su vez, una serie de beneficios: sentido de pertenencia e identidad, orgullo y realización personal, y libertad para actuar de la manera correcta.

8. Sí, podemos y debemos, doctor Avendaño

Alguien con la trayectoria, el liderazgo para impulsar cambios profundos y la capacidad de convocatoria de la talla de Jorge Avendaño Valdez podría convocarnos mejor que nadie a iniciar esta importante reforma que nos incluye a todos a la vez. Esta reforma implica la ge-

neración de mayores grados de compromiso con el país desde el ejercicio profesional del Derecho.

En el Perú, probablemente, no haya habido un abogado de una trayectoria tan diversa y, a la vez, tan exitosa como la de Jorge Avendaño. Dicho éxito, ganado a raíz de toda una vida, hoy cuenta con las credenciales y oportunidades para conquistar un territorio más. Este territorio incluye, además, no solo el acoplarse a los parámetros que el papel del nuevo abogado exige sino, también, a la gran tarea de crear un nuevo gremio de abogados que, de una vez por todas, cumpla con hacer de la integridad y del compromiso con el país su bandera.

Esta contribución de homenaje al maestro, jurista, mentor y amigo busca animarlo a liderar una nueva revolución legal, a cuya convocatoria —estoy segura— asistiremos sus alumnos, colegas y profesionales del Derecho en testimonio de nuestro verdadero reconocimiento a Jorge Avendaño Valdez: aquella centrada en la esencia de lo que hace de la ley y de la actividad legal una forma de vida digna y que permanece aún ajena a la percepción general y práctica de muchos profesionales del Derecho en el Perú.

Jorge Avendaño en la redefinición de la misión del abogado en la sociedad

José Daniel Amado Vargas

> [E]l abogado verdaderamente notable, el que es reconocido por sus colegas como un practicante ejemplar, y cuyo trabajo es distinguido por su sutileza e imaginación, posee más que un simple conocimiento doctrinario y destreza argumentativa. Lo que distingue a un abogado de esta clase y hace de él un modelo para la profesión, no es cuánto sabe sobre derecho, ni tampoco su manera inteligente de hablar, sino la sensatez con la cual juzga lo que su tarea requiere.[1]

Escribir sobre la trayectoria de Jorge Avendaño como abogado significa, en cierta medida, repasar la evolución de la profesión legal en el Perú durante las últimas décadas. Es mi deber advertir al lector que Jorge Avendaño ha sido para mí, como para muchos otros abogados de diversas generaciones, un maestro y un amigo. Al mismo tiempo, he tenido el privilegio de actuar profesionalmente cerca de Avendaño en distintas facetas: a veces, como parte de un mismo equipo de abogados; otras, como adversario; muchas veces, solicitando su opinión sobre temas de particular complejidad; otras tantas, representando a empresas competidoras; e, incluso, sometiendo a su dictamen situaciones de conflicto.

---

[1] Kronman, Anthony. «Vivir en el Derecho». En Böhmer, Martin (comp.). *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, p. 228.

Es, con la mirada respetuosa de quien ha seguido de cerca su trayectoria que, por medio de estas reflexiones, intentaré, por un momento, distanciarme de Jorge Avendaño, mi maestro y mi amigo, para evaluar, críticamente, sus innegables aportes a la profesión que compartimos.

Parece una tarea difícil destacar la actividad profesional de uno de los más de treinta mil abogados registrados en nuestro país. Sin embargo, el reconocimiento que la sociedad peruana en su conjunto tiene para con Jorge Avendaño nos facilita un punto de partida medianamente objetivo. No es gratuito, por ejemplo, que la prestigiosa encuesta anual del Grupo Apoyo sobre «El Poder en el Perú» haya reconocido, una vez más, a Avendaño como el abogado más influyente del Perú.[2]

Entonces, la pregunta puede ser mucho más concreta: ¿qué ha llevado a Jorge Avendaño a obtener el mayor reconocimiento en una de las profesiones más numerosas del país? Para responder esta pregunta, será necesario detenerse por un momento en la evolución del papel que ha cumplido el abogado en la sociedad a lo largo de las últimas décadas. A partir de ahí, podremos poner en contexto algunos de los aspectos más visibles de su trayectoria profesional. De esta evaluación, podremos determinar si existe relación entre la labor de Jorge Avendaño como abogado y la evolución del papel del abogado en la sociedad. Esta línea de pensamiento permitirá demostrar la tesis de que la trayectoria profesional de Jorge Avendaño ha tenido un impacto significativo en la redefinición de la misión del abogado.

I.

Para referirnos a la evolución de la profesión legal en el Perú, es necesario partir de ciertos lugares comunes que, con el paso del tiempo, han caricaturizado la imagen del profesional que ejerce el Derecho. Así, podemos recurrir, por ejemplo, a imágenes clásicas de la literatura, como el relato de Jonathan Swift en los *Viajes de Gulliver*, cuando el personaje debe narrarle al rey caballo su visión más que crítica de los abogados.[3] También, está Ricardo Palma, quien, en sus *Tradiciones*

---

[2] La encuesta anual «El Poder en el Perú» del Grupo Apoyo se encuentra en la página web <www.encuestadelpoder.com>.

[3] La alusión que hace Gulliver a los hombres de leyes es impactante: «Díjele que entre nosotros existe una asociación de hombres instruidos que desde su juventud en

peruanas, refiere los desarreglos que causa San Ibo, el primer abogado que logra entrar al paraíso.[4] Quizá, la frase más dolorosa que se encuentra en la literatura es aquella que William Shakespeare hace pronunciar a Enrique VI: «Lo primero que debemos hacer es matar a todos los abogados».

Por algo se dice que generalizar es una forma de mentir. Y es que, como sentenció el Juez Blackmun de la Corte Suprema de los Estados Unidos: «Hay dos tipos de abogados: los parásitos de la sociedad y los ingenieros de la sociedad». Lo cierto es que la historia ha presentado a estos dos tipos de abogados: a aquellos que no se han limitado en su ejercicio profesional a defender las causas más justas, como se lee en el emblema del Colegio de Abogados de Lima y aquellos que han asumido un papel indispensable en la solución de problemas sociales, en el desarrollo económico, en la globalización e, incluso, en el desarrollo de nuevas tecnologías. Como escribió en su tiempo ese extraordinario abogado que fue don José León Barandiarán: «nunca como hoy los abogados han de estar requeridos y han de preocuparse seriamente como hombres de derecho para, asumiendo una función directriz, comprender los fenómenos que interesan a una vida social, el revolu-

---

el arte de probar con palabras multiplicadas a propósito, que lo blanco es negro y lo negro blanco, según para lo que se les pague». Aun más impactante es la respuesta compasiva del rey: «[E]ra una lástima que unos seres dotados de tan prodigiosas habilidades intelectuales cual debían ser los abogados con toda seguridad, según la descripción que yo había hecho de ellos, no se animasen más bien a ser instructores de otros en sabiduría y ciencia». (Swift, Jonathan. *Op. cit.*, p. 284).

[4] En sus *Tradiciones peruanas*, Ricardo Palma incluye un relato titulado *El abogado de los abogados*. En él, cuenta que el Señor había dado la orden de que no entrasen abogados al Cielo, y que todo abogado que tocase la puerta, si no tenía en orden su pasaporte, se le prohibiera la entrada. Una mañana, al alba, llegó a la portería un viejito acompañado de un gato. Al preguntarle San Pedro quién era, le contestó Ibo y le entregó en un canuto de hojalata su pasaporte. La comisión de santos encargada del examen de pasaportes lo hallaron correcto, por lo que autorizaron la entrada del viejecito seguido del gato. Sentados al calor del fuego de la portería, el anciano preguntó a San Pedro si estaba contento con su cargo y si no temía perderlo, y alegó que era importante saber si tenía título formal, en el papel timbrado, con derechos pagados y tomas de razón. San Pedro confesó carecer de ese documento. Entonces, el abogado le expresó «felicítese de mi venida. Deme papel sellado del sello de pobre de solemnidad, pluma y tintero y en tres suspiros lo emborronó un recursito reclamando la expedición del título y en un otrosí pediremos –le dijo- que se le declare la antigüedad en el empleo para cuando le venga en antojo jubilarse». San Pedro llevó el recurso al Omnipotente, quien, después de destruir el papel, le dijo: «De seguro que te descuidaste con la puerta y tenemos ya abogado en casa». (Palma, Ricardo. *Tradiciones Peruanas*. Tomo IV. Madrid: Calpe, p. 402)

cionario proceso de desarrollo y para tratar de relacionarlo con la organización de las instituciones».[5]

Es, precisamente, en el tema de la institucionalidad en el que el abogado ha ido encontrando uno de sus desafíos fundamentales. Ya en 1929, escribía Piero Calamandrei en su obra crítica titulada *Demasiados Abogados* que «en el proceso se veía sólo un conflicto entre dos intereses privados; pero hoy cuando se piensa que el proceso sirve para reafirmar la autoridad del Estado se les ve como colaboradores del Juez».[6] Es que, como recientemente escribió Roberto MacLean, refiriéndose específicamente a la labor judicial, no hay otros profesionales que estén en mejor posición para afirmar los principales objetivos de la sociedad «siempre que asuman su papel como líderes de la sociedad para poner la maquinaria de la justicia al servicio de la comunidad en vez de utilizarla simplemente como una herramienta para ejercer nada más que autoridad y poder».[7]

El propio Jorge Avendaño se ha referido al rol institucional del abogado litigante en los siguientes términos:

> No podrá haber una auténtica reforma judicial si no asumimos la parte de responsabilidad que nos toca. Los abogados debemos aportar planteamientos, con una actitud crítica y vigilante, con el apoyo a una reforma judicial imprescindible, pero debemos aportar fundamentalmente con nuestra conducta. Se ha dicho, con razón, que no hay corruptos sin corruptores. La imagen de los abogados intermediarios de corrupción debe ser radicalmente desterrada. El Colegio de Abogados de Lima se apresta a cumplir con justicia y energía el rol que la Constitución y sus Estatutos le asignan en materia de control de la ética profesional, concientes de que ésta es la esencia de su razón de ser.[8]

Con seguridad, a partir de finales de siglo, hemos asistido a la consolidación de un papel menos obvio, pero ciertamente más importan-

---

[5] León Barandiarán, José. «La Problemática Social y el Abogado». *Themis*, primera época, año 2, n.° 3, 1966, p. 3.

[6] Calamandrei, Piedro. *Demasiados Abogados*. Madrid, 1929, p. 83.

[7] Mac lean Ugarteche, Roberto. «Judicial Systems: Challenges for the Twenty-First Century». En Jackson, Vicki C. y Mark Tushnet. *Defending the Field of Comparative Constitutional Law*.

[8] Avendaño, Jorge. Discurso de juramentación al asumir el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Lima. 11 de enero de 1993.

te para la profesión legal, que es, en buena cuenta, el producto de la preponderancia de la teoría económica de libre mercado que resultó de la caída del muro de Berlín. En un mundo donde el Estado centra su actuación en la creación de condiciones para el desarrollo de la libre iniciativa privada, el respeto a la institucionalidad del Estado de Derecho es una condición indispensable. Como escribió hace algunos años Francis Neate, expresidente de la International Bar Association: «Uno no puede concebir una economía de libre mercado sin un Estado de Derecho».[9] La profesión legal se erige, entonces, como una columna vertebral del nuevo orden económico, no solo como defensora de la institucionalidad, sino como garante de la libre competencia en un Estado de Derecho.

Un texto reciente de Jorge Avendaño alude, precisamente, a su preocupación por la tarea fundamental que cumple la institucionalidad en la vigencia del Estado de Derecho: «El régimen democrático, así basado en el Estado de Derecho, supone la existencia de todo un sistema legal que regula el comportamiento de gobernantes y gobernados. Este sistema legal se asienta en instituciones que cumplen roles predeterminados y que contribuyen, cada una de ellas y en conjunto a que el sistema funcione».[10]

II.

Hace algún tiempo, escuché a un destacado hombre de leyes afirmar que Jorge Avendaño es, para el último tercio del siglo XX, lo que José León Barandiarán fue para el anterior. Suscribiendo esta aseveración, me atrevo a sostener que Avendaño personifica entre nosotros la evolución de la profesión legal en las últimas décadas. Gracias a él, se ha podido entender a la abogacía no como un simple engranaje en la administración de justicia, sino como actora fundamental en la tarea de dirigirnos hacia una sociedad más justa, con instituciones más sólidas, en la que el Estado debe estar al servicio de los ciudadanos.

Debo aclarar que, con ello, no me refiero únicamente a su destacadísima trayectoria como abogado consultor o litigante sino también

---

[9] «You cannot have a free market economy without the Rule of Law». NEATE, Francis. «The Lawyer's Role in International Business Practice». En HARPER, J. Ross (ed.). *Global Law in Practice*. Londres: Kluwer Law International and International Bar Association, 1997, p. 218.

[10] AVENDAÑO, Jorge. «¿Qué hace posible una auténtica Democracia?». En *Semana Económica*, n.° 895, 2003, p. 32.

a su visión siempre vanguardista de la profesión legal. A través de su vida, Jorge Avendaño se ha dedicado a predicar dicha visión entre numerosas generaciones de profesionales del Derecho no solo mediante la cátedra, su actuación parlamentaria o como líder de opinión, sino también desde todas las posiciones que le ha tocado ocupar como abogado. De esta forma, se ha labrado una trayectoria coherente que le ha permitido consolidar, para nuestra profesión, un lugar propio en la vida nacional.

Es, entonces, inevitable preguntarse, una vez más, cómo uno de las decenas de miles de abogados destaca tan nítidamente en nuestro medio como un propulsor de esta tendencia global. Hay que preguntarse, también, cómo Jorge Avendaño ha llegado a ser un referente casi obligatorio cada vez que surge una cuestión legal de interés general, sea que se trate de asuntos privados como del manejo de la cosa pública. Una respuesta demasiado simplista nos llevaría, necesariamente, a detenernos en la credibilidad que resulta de su trayectoria de hombre capaz e íntegro. Sin embargo, es evidente que son muchos los hombres de Derecho que reúnen esas características sin haber tenido la gravitación de Avendaño en la redefinición del papel del abogado en la sociedad.

Me atrevo a pensar que el extraordinario reconocimiento a Jorge Avendaño proviene más bien de esa perspectiva innovadora que ha caracterizado cada labor grande o pequeña que ha emprendido en su vida. Avendaño es un visionario, una de esas personas que, al mirar lo que ocurre a su alrededor, perciben, de manera natural, cosas que no son del todo evidentes. Esa condición, aplicada a la actividad profesional, —según pienso— ha permitido que Avendaño se encuentre siempre un *paso adelante* de los demás y, como suele ocurrir entre los grandes, lo ha llevado a asumir responsablemente el liderazgo que se reserva a aquellos cuya capacidad de mirar el horizonte es mayor que la de sus pares.

III.

Tomemos, por ejemplo, su vinculación histórica con el estudio del Derecho de Propiedad. Avendaño se dedicó a entender y difundir ese tema mucho antes que la defensa de la propiedad privada fuese considerada una piedra angular del desarrollo económico, incluso antes que, en la esfera internacional, se reconociese que la propiedad privada forma parte de los derechos humanos fundamentales, y, mucho an-

tes, por cierto, que la propiedad privada fuese una de las banderas de quienes contribuyeron a la caída del muro de Berlín.

Recordemos que, recién a partir de 1959, el sistema interamericano de derechos humanos comenzó a evaluar el reconocimiento del Derecho de Propiedad como un derecho fundamental. La Convención Interamericana de Derechos Humanos elevó el concepto al nivel de un tratado internacional recién a partir de 1969.[11] Y, curiosamente, dicha convención fue incorporada a nuestra legislación a partir de la vigencia de la Constitución Política aprobada en 1979, precisamente cuando el derecho de propiedad fue elevado al nivel constitucional en parte gracias a las enseñanzas de Jorge Avendaño.[12]

---

[11] El artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos eleva a la condición de derecho fundamental el derecho de propiedad privada.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Convención Interamericana de Derechos Humanos. En OAS General Secretariat; the Inter.-American System: Treaties, Conventions and Other Documents, (F.V. García Amador ed.), 1983.

[12] La versación de Avendaño en el tema se hace evidente en este breve comentario sobre la introducción de los conceptos de interés social y utilidad pública en el artículo 925 del Código Civil de 1984: «El artículo 925 difiere sin embargo con su antecedente el 851 del Código anterior, ya que conforme a éste sólo cabían restricciones legales de la propiedad derivadas del interés público, mientras que conforme al numeral 925 del nuevo cuerpo de leyes las restricciones de la propiedad que nacen de la ley pueden resultar de la necesidad y utilidad públicas y también del interés social. Acá el interés social juega un rol diferente. No se trata de la necesaria e ineludible armonía que debe haber entre el ejercicio de los derechos del propietario y el interés social, sino de la base o sustento que debe tener el legislador para imponer restricciones a la propiedad. De otro lado, el concepto de interés público consignado en el antiguo art. 851, ha sido sustituido por el de «causa de necesidad y utilidad públicas». Esta frase, que trae reminiscencias de la expropiación, debe entenderse nuevamente como la base o fundamento de la legislación limitada de la propiedad. El concepto de necesidad alude a lo indispensable, aquello de lo cual no puede prescindirse. La noción de utilidad se refiere más bien al beneficio o ventaja que la comunidad o el público han de obtener como consecuencia de las restricciones de la propiedad. En ambos casos lo que los arts. 851 y 925 nos dicen es que este tipo de restricciones no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico». AVENDAÑO, Jorge. *Para leer el Código Civil*. Lima: PUCP, 1984, pp. 104-105.

A partir de inicios de la década de 1980, Jorge Avendaño se convirtió en uno de los colaboradores del esfuerzo formalizador de la propiedad, iniciado por otro ilustre peruano, Hernando de Soto. La revolución en el pensamiento económico y legal sobre el derecho de propiedad, que las tesis de De Soto han generado en las últimas décadas, primero, mediante *El otro sendero* y, después, en *El misterio del capital*, se sustentó, parcialmente, en la perspectiva audaz de juristas peruanos, entre los cuales Jorge Avendaño fue precisamente quien tuvo la responsabilidad de aportar su experiencia a la especialidad de derechos de propiedad y derechos de garantía.[13]

IV.

Otro aspecto destacado de la labor de Jorge Avendaño está relacionado con lo que, con el tiempo, se ha denominado como el proceso de globalización. Avendaño ha sido, desde hace cuatro décadas, un impulsor decidido de una corriente integradora entre el sistema jurídico anglosajón y el sistema romano-civilista que los países latinoamericanos asumieron por tradición. En la década de 1960, Jorge Avendaño promovió un programa de intercambio con la Universidad de Wisconsin, que permitió la capacitación de un importante número de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en aspectos metodológicos y sustantivos del Derecho anglosajón. Avendaño integró numeroso consejos internacionales sobre Derecho Internacional y Comparado, y fue uno de los abanderados de las teorías sobre la relación entre el Derecho y el desarrollo.[14]

El efecto de eliminar las fronteras entre los sistemas jurídicos romanocivilista y anglosajón permitió a los abogados peruanos encarar ventajosamente las nuevas tendencias de una economía globalizada. A consecuencia de esta audaz perspectiva, numerosos

---

[13] No deja de llamar la atención, en un libro económico como *El otro sendero*, la inclusión de una definición del concepto de Derecho de Propiedad: «Así, entendemos por derechos de propiedad todos aquellos, tanto personales como reales, que reconocen la enajenabilidad de los mismos; es decir, la potestad de disponer libremente de ellos y la posibilidad de utilizarlos con exclusión de todos los demás o disfrutarlos libremente». De Soto, Hernando. *El otro sendero*. Lima, 1989, p. 204.

[14] Al respecto, puede verse el discurso dado por Avendaño con motivo de la inauguración del año académico 1969. Avendaño, Jorge. «Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho» *Revista Derecho*, n.° 27, 1969, p. 3.

académicos latinoamericanos y peruanos dedicaron sus esfuerzos a propiciar el estudio de materias que van desde el Derecho Constitucional hasta temas tan específicos como la Sociología del Derecho y el Derecho Contractual. Naturalmente, el efecto expansivo de esta reforma en la enseñanza del Derecho no se limitó a las aulas universitarias sino que, por medio de la práctica profesional de profesores y egresados, impregnó de manera directa la actividad profesional de quienes ejercen el Derecho.

En la década de 1980, durante su segundo decanato en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Jorge Avendaño fue factor fundamental en impulsar a una nueva generación de abogados a seguir estudios de post-grado en universidades de los Estados Unidos y de Europa. Muchos de estos abogados adquirieron experiencia práctica en estudios de abogados de países que han alcanzado un mayor desarrollo económico, nutriéndose de nuevas perspectivas que han tenido un efecto multiplicador. Incluso, un número importante de miembros de esa generación ha tenido una participación destacada en el medio académico de las diversas facultades de Derecho del país, en beneficio de otros profesionales que no tuvieron la misma oportunidad de continuar sus estudios en otras latitudes.

¿Cuántas generaciones de abogados peruanos nos hemos beneficiado de esa perspectiva de la que Jorge Avendaño fue, sin duda, un actor determinante? ¿Cuál ha sido el impacto que esta perspectiva ha tenido en la reforma de diversos marcos normativos y regulatorios en áreas que van desde la regulación de los servicios públicos hasta el derecho de la libre competencia? ¿Cuántos abogados, en el servicio público o en la práctica corporativa, han podido ocupar un lugar en este proceso de globalización de la profesión legal gracias al esfuerzo pionero de Jorge Avendaño?

V.

Es igualmente destacable el rol que ha cumplido Jorge Avendaño en el desarrollo de los medios alternativos de solución de disputas en nuestro medio. Por varias décadas, Avendaño se desempeñó como el asesor jurídico de la Cámara Peruana de la Construcción, desde cuya posición pudo colaborar en la solución de innumerables disputas vinculadas al sector vivienda y construcción civil que, de otra manera, hubiesen terminado necesariamente en el Poder Judicial. Igualmente, con el paso de los años, Jorge Avendaño fue designado en diversas

oportunidades como dirimente en materias de su especialidad a solicitud de colegas en la actividad privada o pública. De esta forma, Avendaño coadyuvó a la solución de un número importante de controversias.

Más aun, además de su activismo en el desarrollo del arbitraje comercial en nuestro medio, Jorge Avendaño fue el primer abogado peruano designado como miembro permanente de la Corte Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París y, algún tiempo después, fue designado como miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.[15]

VI.

Podría seguir escribiendo sobre la influencia enorme que ha tenido Jorge Avendaño en el desarrollo de la profesión de abogado en las últimas décadas. Tendría que referirme, por ejemplo, a su influencia en el desarrollo de los estudios de abogados asociados, que siguen el modelo de las principales firmas de los países más desarrollados. En 1969, el joven Jorge Avendaño fue socio fundador del estudio de abogados que se denominó inicialmente Rodrigo, Avendaño & Elías. Hasta lo que he podido conocer, la fundación de ese estudio permitió, por primera vez, el ingreso al mercado corporativo de un estudio de abogados que no surgía de una tradición familiar ni dependía de la figura descollante de un único y destacado hombre de leyes.

También, tendría que referirme, necesariamente, a su paso por el Decanato del Colegio de Abogados de Lima, por medio del cual —me atrevo a afirmar— cumplió con la imagen paradigmática a que se refiere ese otro gran abogado que es Manuel P. Olaechea en un ensayo escrito hace casi tres décadas: «Presiden los Colegios de Abogados los profesionales más eminentes. Es la condecoración simbólica o el

---

[15] Sobre la importancia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, escribe Gary Born, uno de los principales abogados y tratadistas en materia arbitral: «The International Court of Arbitrations licencises a more detailed supervisory functions over ongoing arbitrations than other leading arbitral institutions». El mismo Born se referiere a los orígenes de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres: «The London Court of International Arbitration is, by a fairly substantial margin, the most popular european arbitration institution. Founded in 1982, and conscious of its claim to be the world´s oldest existing arbitral institution, the LCIA historically had a distinctly English focus». Born, Gary B. *International Comercial Arbitration in the United States*. Londres: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

reconocimiento de sus méritos hechos por los más calificados: los propios colegas».[16]

La credibilidad de Jorge Avendaño como hombre de leyes lo ha colocado, en las últimas décadas, en el papel pionero de «abogado de abogados» y de asesor de las más altas autoridades políticas en asuntos de Estado. Avendaño es, sin lugar a dudas, una figura emblemática en esta tendencia cada vez más difundida de recurrir a una opinión autorizada para que dictamine los temas más complejos y especializados, sustentada en su extraordinaria sensatez e innegable conocimiento de los temas más complejos del Derecho Público y del Derecho Privado. En ese sentido, la opinión de Jorge Avendaño tiene el peso extraordinario de una vida dedicada a la innovación en la práctica del Derecho.

Naturalmente, Jorge Avendaño tiene todavía mucho que ofrecer en un mundo globalizado, donde los mayores visionarios deberán marcar el camino a una evolución todavía mayor en la abogacía. Leyendo un ensayo escrito por ese otro líder de la profesión que es Peter Goldsmith, me encuentro con una cita referida al rol que deben cumplir los líderes globales en el desarrollo de un nuevo orden económico: «[D]emoler las murallas invisibles entre países, empresas, culturas, clientes y proveedores, departamentos y niveles dentro de las organizaciones, reemplazando esos muros que los dividen con puentes que nos unen».[17]

Este es el desafío que una vida profesional tan extraordinariamente única como la de Jorge Avendaño ofrece a las generaciones presentes y futuras: la audacia de mirar más allá de lo evidente, el atrevimiento de ser un inconforme ante cualquier tipo de frontera, la sensatez para juzgar su propia misión social, la generosidad de trascender nuestra práctica individual hacia un ejercicio profesional que influya positivamente en las prácticas de los demás abogados, y la capacidad de creer que el respeto a las reglas y la institucionalidad nos permita construir una sociedad mejor.

---

[16] Olaechea, Manuel Pablo. «El Abogado». *Themis, Revista de Derecho*, segunda época, n.° 5, 1986, p. 32. Comparto, sin embargo, la preocupación de Olaechea cuando sostiene, que lamentablemente, lo que los abogados siempre trataron de evitar parece estar sucediendo, dado que el Colegio de Abogados de Lima es cada vez menos una orden y más un gremio.

[17] Goldsmith, Peter. «Globalization of Laws – Tearing Down the Walls». En Harper, J. Ross. *Global Law in Practice*. Londres: International Bar Association, Kluwer Law International, Cambridge, 1997, p. 153.

Derecho Penal, política y moral

José Hurtado Pozo

La primera dificultad que se presenta cuando hay que escribir una contribución en homenaje de un distinguido colega es la de encontrar el tema que corresponda a la personalidad del homenajeado. La de Jorge Avendaño se ha manifestado tanto en la docencia universitaria como en la vida política. La primera se extiende durante décadas; la segunda, durante los últimos años, en los cuales el país ha experimentado una grave crisis general. Teniendo en cuenta todo esto, me ha parecido conveniente dedicarle estas páginas, en las que trataré de presentar, de manera sucinta y simple, algunos temas penales con la finalidad de poner de manifiesto sus aspectos políticos, jurídicos y morales. Espero que el resultado contribuya a rendir el merecido homenaje a Jorge Avendaño, amigo y colega.

1. Introducción

La corrupción, durante el período fujimorista, alcanzó un grado de amplitud y de intensidad sin precedentes. No se trató solo del deterioro moral en el manejo del aparato estatal, sino que afectó a todo el sistema social en sus diferentes niveles. Su influencia marcó el funcionamiento de diversas empresas dedicadas al comercio, la industria, la comunicación y los servicios, así como el comportamiento individual de gran número de personas. La obtención de beneficios económicos y personales ha constituido el móvil egoísta que ha impulsado el com-

portamiento de muchos actores sociales en contra de reglas morales y de civilidad elementales. Este hecho fue reforzado por la actitud pasiva o impotente generalizada; incluso, se llegó, muchas veces, a considerar al comportamiento corrupto como el mejor para subir en la escala social o, al menos, para sobrevivir. Esta situación ha persistido y se ha desarrollado sin que se inicie una reacción concreta y efectiva.

Si bien esta crisis está condicionada por la inestabilidad política y económica, la pobreza y la injusticia endémicas no pueden ser consideradas como condicionantes absolutas de los comportamientos económicos, políticos, y laborales, así como la riqueza tampoco comporta un indicio de integridad moral y política. Dicho de otra manera y más directamente, no toda persona que carece de los medios financieros suficientes para realizar sus proyectos de vida comete robos, estafas o actos de corrupción ni tampoco quien los tiene deja de cometerlos. Existen pautas éticas de comportamiento que deberían constituir barreras eficaces contra la comisión de comportamientos perjudiciales a los intereses de la comunidad y de terceros. En esta perspectiva, la conocida y siempre citada interrogante «¿en qué momento se jodió el Perú?» no solo se refiere al aspecto material, sino, quizá, sobre todo, al aspecto moral, es decir, al momento en que no se llegó a alcanzar o en el que se perdió la fuerza espiritual individual y colectiva necesaria para avanzar o superar crisis.

Frente a los actos de corrupción, abuso de poder y violación de los derechos humanos cometidos por los responsables del régimen y de sus comparsas, se plantea la cuestión de la responsabilidad por lo sucedido. Sin duda alguna, en un nivel primario, los autores y partícipes de comportamientos tipificados como delitos en la ley penal responden penalmente en su condición de delincuentes. Sin embargo, no basta con quedarse en este nivel de responsabilidad. Asimismo, hay una responsabilidad política no solo de quienes ejercían el poder, sino también de todos aquellos que de una u otra manera lo ejercían, directa o indirectamente. El cierre del Parlamento, la toma del aparato judicial con la participación de magistrados serviles, el sometimiento del órgano garante de la corrección de los procesos electorales, el control de la mayor parte de los medios de comunicación, entre otras medidas antidemocráticas, no solo fueron posibles por el ejercicio abusivo del poder ejecutivo, sino también estuvieron condicionados, por un lado, por la incapacidad e ineficacia de los miembros de la oposición para contrarrestar dichos abusos de poder y, por otro lado, por el apoyo popular que recibieron, durante un buen tiempo, las medi-

das dictatoriales, incluso aquellas que violaban los derechos humanos. Este apoyo puede ser explicado por los resultados que se lograron tanto en la lucha contra el terrorismo como en la disminución de la hiperinflación, pero no puede ser justificado moralmente en la medida en que se aceptaba con entusiasmo, al mismo tiempo, el ejercicio abusivo del poder. Por último, hay una responsabilidad moral por los perjuicios causados, directa e inmediatamente, a los derechos de terceros, así como por aquellos daños que comprometen los intereses de las generaciones futuras. Respecto a estos últimos, pensamos, en particular, en los que permiten la organización de un Estado de Derecho eficaz para administrar correctamente el patrimonio humano, cultural y económico del pueblo peruano.

Estos aspectos referentes a la ética y responsabilidad de los miembros de la comunidad pueden ser evidenciados en relación con la manera como se abordan los problemas concernientes al sistema de control penal. Muchos ejemplos pueden darse; sin embargo, nos limitaremos a presentar brevemente algunos que nos parecen interesantes.

2. Código Penal de 1991

La elaboración de una ley tan importante como un Código Penal supone la determinación de los valores que, conforme a la Constitución y a los convenios internacionales, deben ser reforzados para que la vida comunitaria se desarrolle debidamente. Asimismo, supone una voluntad política para aplicarlo debida y eficazmente. El primer aspecto se dio, aparentemente, cuando el Poder Ejecutivo, presidido por Fujimori, en virtud de una delegación de facultades legislativa de parte del Parlamento, dictó el Código Penal de 1921, en el que se previeron los principios básicos de un derecho penal liberal, como, por ejemplo, los principios de legalidad, culpabilidad, etc. Sin embargo, el segundo no existió, como ha quedado demostrado tanto por las contradicciones contenidas en el mismo Código y las modificaciones que se le practicaron sucesivamente con el fin de acentuar su carácter represivo, como por la manera en que se promovió su aplicación por un sistema judicial al que se sometió mediante la corrupción. La dación del código aparece, desde esta perspectiva, como un acto destinado a dar la imagen de un régimen interesado en proteger a las personas, respetuoso de los derechos fundamentales, preocupado por fortalecer las instituciones democráticas, cuando, en realidad, el proyecto político

era el de establecer un régimen de fuerza apoyado por las Fuerzas Armadas y por el Sistema de Inteligencia del Estado. Este hecho quedó evidenciado con el golpe de Estado que, contra sí mismo, llevó a cabo al año siguiente. Un antecedente de esta actitud política fue el abandono de las promesas políticas hechas para ganar las elecciones presidenciales y la adopción del programa económico del candidato vencido. Todo esto es una manifiesta falta de ética política que ha inspirado también la adopción del Código Penal de 1991. En este contexto, qué pensar de quienes colaboraron en la elaboración del texto definitivo de dicho código. Suponemos que lo hicieron con buena fe en la medida en que este código, inicialmente, no se caracterizaba por su carácter autoritario. Pero, también es de preguntarse si, a veces, a pesar de la experiencia política con que se cuenta o de nuestros vínculos con el régimen, no participamos conscientemente en la mascarada con el afán de inmortalizar nuestras concepciones en un monumento legislativo. Al respecto, cabe preguntarse si cumplimos con nuestra ética profesional marcada, sobre todo, por nuestra manifestación de fe en favor del Estado de Derecho.

3. Código del niño y del adolescente

Si se tienen en cuenta los criterios establecidos en el Código Penal, sorprende enormemente la manera como han sido ignorados en la elaboración del denominado Código del niño y del adolescente. Por ejemplo, cómo conciliar las nociones de persona y vida admitidas en la ley penal común con el artículo primero del Título Preliminar de este último código, primer párrafo, en el que se dice: «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad». Y agrega, luego, en el segundo párrafo que «el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece» y, en el artículo 1, que «el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción». De este modo, si el embrión o el feto es un niño, cómo no derogar consecuentemente las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues el niño es una persona y, por tanto, víctima de este delito previsto en el artículo 106 del Código Penal. Si no se ha procedido de esta manera, se debe a que se trata de un acto ambiguo, demagógico, inspirado o dirigido a satisfacer a quienes estiman que todo aborto cons-

tituye un asesinato y hasta un acto que, junto a los demás abortos que se realicen, implica un genocidio.

También, resulta sorprendente que se conciba al niño, incluso al embrión y al feto, como autor de infracciones de la ley penal (artículo IV) y como sujeto, conjuntamente a los adolescentes, de medidas socioeducativas. Estas mismas son reguladas como si estuvieran destinadas, sobre todo, a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad. Sin embargo, su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada. Por ejemplo, designar una de las sanciones con la expresión libertad restringida es solo un eufemismo, que, en realidad, corresponde a una privación de libertad restringida. En consecuencia, se trata de una pena a igual título que las penas privativas de libertad del Código Penal. Este es el mismo caso, solo que de manera más evidente, de la internación en establecimiento para tratamiento. Esta medida, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (artículo 195) y ha sido prevista para diversos casos: el denominado pandillaje pernicioso (artículos 193 a 199), la comisión de un «acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años» (artículo 237, literal a), la «reiteración en la perpetración de otras infracciones graves» (artículo 237, literal b) y el «incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta» (artículo 237, literal c).

Los dos últimos casos constituyen violaciones flagrantes de los principios del derecho penal liberal y su carácter represivo supera al del derecho penal de adultos. En este, no solo no se admite la reiteración, sino que se excluye la reincidencia como circunstancia agravante. Tampoco se considera como delito el no sometimiento a la ejecución de una pena o medida de seguridad, como lo hace el Código comentado, al violar el principio de la legalidad.

Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado pandillaje pernicioso (artículos 193 a 199). La definición de este pandillaje contradice el principio de la legalidad. En el artículo 193, se estatuye que «se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas». La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aun

ocasionalmente, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de internación no mayor de tres años y, en el caso agravado del artículo 195, de hasta seis años. Según el artículo 235, «la internación es una medida privativa de libertad»; por tanto, no difiere de una pena privativa de libertad por más que se la llame medida sociocurativa.

La trapacería legislativa es doble. Por un lado, se intenta ocultar la represión presentándola como medida de protección, y tratamiento y, por otro, pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 26447, que dejó, sin efecto, la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el artículo 20, inciso 2 del Código Penal. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

4. Corrección del proceso de legislar

El ejercicio del poder legislativo está enmarcado por diversas normas que van desde las previstas en la Constitución hasta los reglamentos concernientes a las labores parlamentarias. Se trata de garantizar, entre otros aspectos, la expresión correcta de la voluntad popular mediante los representantes elegidos por los electores. El hecho de que la Constitución autorice la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Legislativo no significa que el Parlamento abandone totalmente sus facultades y, en particular, las referentes a la delegación misma y al control que debe ejercer sobre la manera como el Poder Ejecutivo cumple con el poder que se le ha delegado. De este modo, el proceso de elaboración y dación de las leyes debe conservar la transparencia debida para que también los ciudadanos puedan controlar que se cumpla con las reglas democráticas.

Todo esto resulta ilusorio cuando, por ejemplo, las comisiones encargadas de elaborar un anteproyecto o un proyecto de ley no consignan sus debates y los resultados alcanzados en procesos verbales, o cuando se produce la intervención, a último momento, de alguien

que no tiene competencia alguna para hacerlo y que se materializa en la modificación de la última versión que solo faltaba ser aprobada y promulgada como ley. Por ejemplo, en un punto tan delicado como la represión del aborto, el proyecto establecido por la comisión revisora constituida por parlamentarios, y representantes del Poder Ejecutivo y de los colegios de abogados, publicado en el Diario Oficial el 17 de julio de 1990, preveía la no represión del aborto, practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, en tres casos: cuando hay razones terapéuticas, cuando el embarazo es el producto de una violación sexual fuera de matrimonio y cuando el ser en formación adolece de graves taras físicas y psíquicas (artículo 120). El 20 de enero de 1991, se publicó, en el mismo diario, sin indicar quiénes eran los autores, un nuevo proyecto en el que se mantenía la impunidad solo del aborto terapéutico (artículo 119) y se establecía la represión en los dos otros casos mencionados en el artículo 120 del proyecto de 1990 con la pena privativa de libertad no mayor de un año. Sin embargo, en el texto definitivo del Código de 1991, artículo120, este máximo es disminuido a tres meses.

Sin juzgar el fondo del problema, hay que destacar el proceder anómalo en la elaboración del texto legal que queda definitivamente establecido por la intervención providencial de un legislador sin rostro. Dicho hecho recuerda la manera indebida ccmo un jugador de fútbol da la victoria a su equipo metiendo un gol con la mano de modo tal que el referí no se da cuenta y que, luego, justifica su *viveza* diciendo que todo fue obra de la mano divina. Esta misma falta de corrección ética se da en las modificaciones de último minuto del texto establecido por la comisión revisora del Código Penal. Lo mismo se puede decir de las modificaciones que fueron realizadas inmediatamente después de publicado el Código de 1991 mediante la simple publicación de una larga lista de fe de erratas. Así, el ejercicio del poder de legislar es desnaturalizado en la medida en que es ejercido por personas que no han sido elegidas por los ciudadanos. La falta de respeto a este criterio básico del Estado de Derecho no es debido a una incompleta formación dogmática jurídica o una defectuosa técnica legislativa, sino más bien a una manifestación clara de falta de ética en el ejercicio del poder público. Sin embargo, proceder de esta manera no solo es percibido como eficaz, sino como adecuado al sistema corrupto institucionalizado.

5. Código Procesal Penal

La falta de voluntad política para proceder a una renovación democrática y liberal del sistema de control penal quedó demostrada en la reforma de la legislación procesal penal. Como en el ámbito penal, después de un largo proceso de elaboración, se adoptó un nuevo Código Procesal Penal, inspirado fundamentalmente en el principio del proceso debido y en el sistema contradictorio. De esta manera, se manifestaba la voluntad de respetar mejor los derechos tanto del imputado como de la víctima. Sin embargo, este código no ha sido hasta ahora puesto en vigencia, salvo algunas de sus disposiciones referentes a la privación preventiva de la libertad del sometido a proceso. El pretexto invocado fue la falta de medios materiales y procesales de parte del Ministerio Público, a quien se encargaba la realización de la investigación necesaria para sostener o no la acusación durante el juicio oral ante el juez competente y, en igualdad de condiciones, con la defensa y la parte civil.

El factor decisivo, en nuestra opinión, de este bloqueo fue el hecho de que se considerase a la nueva ley procesal como medio poco conveniente y eficaz para reprimir, especialmente, a los sospechosos de haber cometido actos de terrorismo. Frente a ello, se optó por dictar leyes previendo juicios expeditivos a cargo de jueces sin rostro o por someter a los procesados a la administración de justicia militar. Si a esto agregamos la abdicación de la Corte Suprema en casos de conflictos de competencia y en favor del fuero privativo, tenemos los elementos esenciales del sistema procesal contrario al Estado de Derecho que se instauró con la finalidad de combatir el terrorismo aún violando los principios esenciales del proceso. En este caso, también la manera de proceder adolece de una falta de ética en la medida en que, de manera simbólica y demagógica, se adopta un código liberal y se le reemplaza subrepticiamente por un sistema autoritario. Constituye, en realidad, una manipulación política de la ley procesal penal que sacrifica el debido proceso en aras de una represión expeditiva.

6. Facultades de los procuradores de la República

La creencia muy extendida de que el Derecho es un instrumento útil para resolver los problemas sociales inspira y refuerza el afán constante de modificar la legislación. El mismo efecto tiene la mentalidad

legalista imperante que considera, por un lado, que en la ley se encuentran las respuestas a todos los problemas y, por otro lado, que, si estas no se deducen fácilmente del texto legal, debe dictarse una nueva ley para aclarar o completar su sentido. Sin embargo, esta voracidad reformadora no siempre se manifiesta a pesar de que la ley es deficiente y de que, por sus orígenes, sus fines no parecen tan claros. Por ejemplo, el decreto ley 17537 del 25 de marzo de 1969 fue dictado por el Gobierno de Velasco Alvarado para modificar la legislación referente a las procuradurías generales de la república. Esta modificación fue justificada afirmándose que esa legislación «era antigua, dispersa y deficiente, resultando en consecuencia inadecuada para el momento actual», es decir, para concretizar los objetivos revolucionarios que el régimen se había propuesto alcanzar. Asimismo, se afirmaba que era «necesario propender al mejoramiento de la defensa del Estado dotándole de los medios adecuados para ello».

Teniendo en cuenta que los diversos gobiernos, constitucionales o de facto, que desde entonces se han sucedido no han revisado ni derogado ese decreto ley, hay que suponer que este fue correctamente concebido y que sigue siendo la base legal adecuada para que actúen los procuradores de la república. Con arreglo a este decreto ley, intitulado «De la representación y defensa del Estado en Juicio», «la defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercen judicialmente por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios» (artículo 1). Estos funcionarios tienen «la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil» (artículo 10). Se trata, fundamentalmente, de abogados del Estado y, por consiguiente, sin facultades para asumir algunas de las atribuciones propias de los jueces o de los fiscales.

A diferencia de los abogados de las personas privadas, los procuradores, en materia penal, «actuarán como denunciantes o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción, puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado» (artículo 14). Así, por ejemplo, podrán pronunciarse sobre las pruebas de cargo contra el procesado o sobre la pena que debe serle impuesta. El ejercicio de sus facultades, tanto normales como excepcionales, debe tener lugar en el marco del proce-

so judicial. Este sentido es evidenciado cuando, al final del citado artículo 14, se dispone que, para llevar a cabo su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado, los procuradores «podrán informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas». Por el contrario, ellos no son competentes para practicar estas diligencias de manera autónoma.

Sin embargo, cabe preguntarse si para denunciar delitos cometidos en agravio del Estado pueden realizar, por ejemplo, indagaciones consistentes en interrogar personas sospechas de haberlos cometido o de haber ayudado a sus autores, o conseguir piezas a convicción para fundamentar la denuncia. La respuesta puede ser positiva a condición de que estas actividades no signifiquen el ejercicio de un poder de persecución que solo compete a jueces instructores o fiscales, así como a las comisiones investigadoras parlamentarias. En este ámbito, en consecuencia, no tienen mayores derechos o facultades que las de cualquier abogado defensor, el cual, según el caso, también está interesado en presentar pruebas de descargo o referentes a los perjuicios sufridos por la víctima.

Si estas reflexiones son correctas, se plantea, entonces, la cuestión de por qué el decreto ley 17557 no ha sido modificado, completado o, al menos, armonizado con la Constitución de 1979 o con la de 1993. Las normas dictadas en relación con dicho decreto ley no han modificado substancialmente el papel atribuido a los procuradores. Así sucede, por ejemplo, con el decreto ley 18411, el decreto supremo 019-82.JUS y las leyes 26718, 27378 (artículos 9 y 14), 27379. El proyecto de ley 2236, de noviembre de 1996, aún en trámite en el Parlamento, tampoco aporta modificaciones esenciales a la función de los procuradores. Por el contrario, en consideración a la época en que fue propuesto, implicaba un cambio significativo el planteamiento, hecho en 1976, de unificar la Procuraduría con el Ministerio Público, por entonces integrado en el Poder Judicial. Los argumentos avanzados eran que ambas instituciones defienden un solo interés, es decir, el del Estado y de la sociedad; que se duplicaban inútilmente esfuerzos, personal y gastos; y que el Ministerio Público debía ser independizado del Poder Judicial. Esta propuesta no tuvo mayor eco, pero es de interés tener en cuenta la manera cómo se concebían las funciones de los procuradores.

Una de las razones para no derogar o modificar substancialmente el decreto ley 17537 puede ser el interés práctico de todo régimen de contar con los medios necesarios para defender lo que ellos conside-

ran como intereses del Estado y que, muchas veces, se trata, en buena cuenta, de la defensa de sus propios intereses políticos, como, por ejemplo, la persecución de los miembros de la oposición. Esto fue lo que se reprochó al régimen militar de Velasco y, en particular, a quienes ejercieron el cargo de procuradores. En todo caso, esta pasividad legislativa, incoherente con el dinamismo inútil de algunos parlamentarios en el ámbito penal, muestra una insensibilidad ética en la manera en que se mantienen normas autoritarias por razones de Estado. El hecho de que estas sean alegadas por un régimen parlamentario para reprimir a los corruptos funcionarios del régimen autoritario precedente no explica ni justifica la falta de voluntad política para derogar o reformar substancialmente un instrumento legal no plenamente conforme con el Estado de Derecho, sobre todo cuando se invoca la finalidad de moralizar el ejercicio del poder estatal. Esto resulta aun más evidente cuando se constata que, desde 1995, se han planteado alrededor de 1.500 iniciativas de modificación del Código Penal, el cual se quiere ahora reformar sustancialmente.

7. Colaboración internacional en materia penal

La necesidad de reprimir a los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Esta deficiencia ocasiona graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular. Respecto a este problema, las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad. Tratar los diversos aspectos de este problema sobrepasa los límites de este trabajo. A manera de ejemplo, vamos a plantear algunas cuestiones relativas a la recuperación de capitales depositados en cuentas bancarias en el extranjero por los autores de tales delitos.

En Zurich, Suiza, un procurador, al sospechar el origen ilícito de diversas sumas de dinero e, igualmente, que el verdadero propietario era Vladimiro Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas. Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, por medio de las vías administrativas co-

rrespondientes, solicitó la colaboración de las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza interesaba, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; y, tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo. Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Dicho problema depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código Penal suizo, si se trata de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito, o están destinados a incitar a un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. Conforme a la jurisprudencia del tribunal federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Asimismo, depende de que Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la ley federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, «los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero».

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, entre otras). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contra-

rio, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, porque el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto, que es el objeto del lavado, y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en poder de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos, ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio. Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y el origen de los valores ilegales constituye o no un crimen tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa o una falsificación de documentos, se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquió, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata, pues, de crímenes que, tanto formal como concretamente, son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos al depositarlo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y

los valores ilegales, confiscados. Sin embargo, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se pueden confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De esta manera, la doble incriminación sería determinada por el simple hecho de que, formalmente, las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento del origen de dichos valores, sin que sea, por tanto, indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la ley federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor, lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la cual tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y, segundo,

que servirá para cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba contraria. De allí, el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita aquí y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los Bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Antes bien, depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados, y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de Derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado —y cuenten— con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales. Es evidente que todo esto no depende simplemente de la capacidad jurídica de los órganos competentes, en diversos ámbitos y niveles, sino, fundamentalmente, de su voluntad política y entereza ética.

8. Respeto de diferencias culturales y del Derecho Consuetudinario

Tanto a nivel constitucional como legislativo, se ha logrado imponer la exigencia de que se tengan en cuenta las diferencias culturales que existen entre los diversos grupos sociales, en especial las relativas a las poblaciones nativas (comunidades andinas y de la amazonía). A pesar de las deficiencias de la regulación del Código de 1924, fue posible tener en cuenta estas diferencias en relación con la represión de determinados delitos. Por ejemplo, en los delitos sexuales, se reconoció la costumbre matrimonial andina del *servinacuy* como circunstancia que excluye la represión del varón que mantiene relaciones sexuales

con mujer menor de 14 años y con la que cohabita conforme a dicha costumbre. En el Código de 1991, artículo 15, se mejoró, en parte, la regulación del código anterior en la medida que, menos etnocentrista, dispone que no es reprimido quien, por razones de cultura o costumbres, es incapaz, al momento de cometer un delito, de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación.

Los motivos y la finalidad de tal regulación son desvirtuados si se la aplica para justificar la impunidad de comportamientos promovidos o tolerados en un contexto social y político particular. De esta manera, los órganos judiciales no solo demuestran una falta de conocimientos jurídicos o de argumentación, sino también ponen de manifiesto que sus decisiones han sido inspiradas o condicionadas por razones no jurídicas. Así, resulta también evidente la carencia de ética en la aplicación de la ley.

Un caso notable es el referente a los hechos siguientes. Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos, porque este la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ancash falló absolviendo a los procesados. La Sala Penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el Fiscal Supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la «finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal – familiar» interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, «aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral». Estas, según el mismo fiscal, «se encuentran contempladas en el articulo 149 de la Constitución Política». Si bien admite que «al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, [...] debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos». Asimismo, indica que los procesados, con posterioridad, «han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias» a los agraviados, lo que da «a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia». Finalmente, señala que, por estas circunstancias, «se podría tomar como un error cultural condicionado».

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Este hecho se debe a que, contra lo que manda la Constitución y principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con frecuencia, no fundamentan sus resoluciones; por el contrario, se amparan en el anacrónico reenvío al dictamen fiscal, que no es siempre publicado.

Los hechos, a los que fiscal califica de «excesos contra los agraviados», comprueban que los comportamientos cometidos por los procesados forman parte de diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil de admitirlo, porque está claro que obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De este modo, objetiva y subjetivamente, se dan los tipos legales.

La circunstancia de que, con posterioridad, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores, era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20 n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a «normas del derecho consuetudinario y ancestral». Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente y despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el fiscal invoque el Derecho Consuetudinario y el artículo 179 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huántar) en que

sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta suceda respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, hay que destacar que, en ningún momento, se ha afirmado que, por su cultura o costumbres, los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, por equivocación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue «haber creído actuarse conforme a derecho», sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, como la dignidad, libertad, integridad corporal, honor y patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Esto es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las cuales no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación de que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de paz ni gobernador, puede explicar que «los encausados se

avocaron a resolver dicho caso» debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores. No obstante, nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de «mantener unida la familia», ya que esta se encontraba en crisis, porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona a su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del Fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Esta ligereza es evidente en la medida que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, que se caracteriza por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y por su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores, quienes tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Esta iniciativa fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender por qué, en el caso dado en ejemplo, se declaró la impunidad de los procesados. Sin embargo, en ningún caso, se puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes solo constituye un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se favorece el reforzamiento del respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal, sino que se la debilita y desacredita.

9. A manera de conclusión

En el período crucial que vive el país, y con la finalidad de promover el establecimiento de un real Estado de Derecho, resulta más conveniente y eficaz preocuparse por restablecer los mecanismos democrá-

ticos destruidos por el autoritarismo y la corrupción. En el campo del sistema de control penal, es mucho más importante prestar atención al funcionamiento del sistema que al perfeccionamiento formal del ordenamiento legal. En otras palabras, la reorganización de la administración de justicia, el mejoramiento de sus recursos materiales y personales, y la democratización del fuero privativo de justicia para restringirlo a sus justas proporciones en el seno del sistema judicial común tienen la prioridad. Aunque el análisis de cuestiones dogmáticas o la promoción de debates sobre corrientes de ideas penales no deben ser descuidados, ambos aspectos no son la panacea para mejorar y limpiar el sistema vigente.

Un cuidado especial, hasta ahora omitido, merece, por un lado, la capacitación de jueces y fiscales para que tengan mayor creatividad y respeten mejor los derechos humanos tanto en la interpretación de las disposiciones legales, como en su aplicación efectiva. Por otro lado, es necesario el desarrollo de un sentimiento ético que refuerce la dimensión técnico-jurídica de los órganos del sistema de control penal y de quienes intervienen como políticos o expertos en la elaboración de las normas legales. La cuestión de la persona, profesional y éticamente solvente, es el factor decisivo, aunque no único, para comenzar a salir de la crisis actual.

Entrega el cargo de Decano de Derecho de la PUCP en su segundo mandato, mayo/junio de 1993.

CAPÍTULO CUARTO
DERECHO CONSTITUCIONAL

El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán

Valentín Paniagua Corazao

Jorge Avendaño es, a no dudarlo, un eximio maestro universitario. Lo es, por cierto, por su conocimiento jurídico, harto conocido y destacado por todos. Asimismo, lo es, de manera muy especial, por su singular y excepcional capacidad pedagógica, es decir, por su talento no solo para trasmitir conocimientos sino, también, para suscitar interés y entusiasmo en sus discípulos y, en general, en sus oyentes. Ambos rasgos han sido suficientes para conferirle un lugar de honor en la Universidad. Sin embargo, allí no se agota la múltiple personalidad del ilustre jurista.

No es Jorge Avendaño solo un consagrado especialista en Derecho Civil. Sus inquietudes lo llevaron, con frecuencia, a otras áreas del Derecho, como el Derecho Constitucional, en el que ha hecho notables aportes con su conocida solvencia, erudición y talento. No me refiero, por cierto, a las que efectuó en su gestión en el Congreso de la República, como representante de la nación, sino a su muy merecido esfuerzo por divulgar la obra de Manuel Vicente Villarán. Deseo destacar ese hecho con el afecto cordial que profeso al homenajeado, a quien debo el haberme vinculado a la Universidad Católica como profesor de la Facultad de Derecho en la década del sesenta, cuando era, por cierto, un novel diputado y abogado.

Jorge Avendaño tuvo una estrecha vinculación y amistad con el doctor Manuel Vicente Villarán, en cuyo estudio hizo sus prácticas profesionales entre los años 1953 y 1956. Por ello, participó y, luego, asumió la tarea de divulgar algunas de las obras del ilustre constitucionalista. Así, tuvo a su cargo la supervigilancia de la edición de *Páginas escogidas* (1962) —según lo hace constar Jorge Basadre en el prólogo de la obra—, la más importante recopilación parcial del pensamiento de Villarán. Debemos al mismo Jorge Avendaño Valdez una biografía de Villarán publicada en la Biblioteca Hombres del Perú, Tercera Serie, tomo XXIX (1965). Más adelante, en 1994, el Colegió de Abogados de Lima, bajo el decanato de Avendaño Valdez, publicó *Posición constitucional de los ministros en el Perú* (1994) con un valioso estudio preliminar del tan prematuramente fallecido Pedro Planas Silva. Finalmente, realizó las gestiones necesarias ante los herederos de Villarán para obtener la autorización que permitió editar, bajo el título de «Lecciones de Derecho Constitucional» (1998), las enseñanzas que impartiera el gran constitucionalista y que se han publicado bajo el cuidado de Domingo García Belaúnde.

Reivindicar los aportes de Villarán, particularmente ahora que el Perú intenta enmendar su Constitución, es un acto justiciero, absolutamente indispensable, pero es, además, una forma de honrar a quien, como Jorge Avendaño Valdez, inició tan plausible esfuerzo.

1. Introducción

La Junta Nacional de Gobierno, presidida por David Samanez Ocampo, deseosa de orientar el trabajo del Congreso Constituyente, designó (resolución suprema del 7 de agosto de 1931) una comisión de juristas e intelectuales de nota[1] para redactar un anteproyecto de Constitución que se entregó el 5 de diciembre de 1931. Posteriormente, dio a la publicidad una estupenda exposición de motivos. Ambos documentos fueron recibidos con desdén. En cierto modo, es explicable. El Congreso Constituyente de 1931, como la Asamblea de 1919

[1] La Comisión estaba presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada por Toribio Alayza y Paz Soldán, Diómedes Arias Schereiber, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Gastañeta, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Carlos Doig y Lora, Jorge Basadre, Emilio Romero, César Antonio Ugarte y Luis E. Valcárcel. Según Luis Echecopar García, hubiera sido imposible encontrar mejores hombres para integrarla

—tal como lo temía la Junta Nacional de Gobierno—, resultó tributario de las violentas pasiones que agitaron a los grupos políticos que se enfrentaron en el proceso electoral. Sus enconos e intereses de coyuntura les impidieron apreciar debidamente el valor de sus aportes. A pesar de ello, las propuestas del anteproyecto tienen indiscutible valor. Algunas —desde luego muy pocas— tienen aún vigencia; las demás son importantes materiales de reflexión o comparación. En este último aspecto, la exposición de motivos fue —y aún sigue siendo— no solo el más completo análisis de nuestro sistema constitucional sino una perspectiva, aún valedera, para entender el proceso de evolución constitucional del Perú.

La Comisión sostenía haber perseguido «el perfeccionamiento e integración de las instituciones políticas y administrativas», así como satisfacer «grandes y legítimos anhelos públicos compatibles con las condiciones de la realidad nacional». Creía, asimismo, haber confirmado «la estructura del Estado en cuanto tiene de sólido y reforzado por nuestra historia» sin menoscabo de «considerables reformas en la organización, atribuciones y relaciones de los Poderes Públicos». Enfatizaba, en ese sentido, haber conservado «el necesario vigor [del] Poder Ejecutivo y [de] la Presidencia de la República» atemperando, por cierto, «los peligros del personalismo arbitrario y prepotente», y haber perfeccionado y robustecido los «[...] factores constitucionales de amparo y legalidad, de seguridad para los derechos y de protección del orden fiscal y administrativo[...]». Justificaba, luego, haber desarrollado, con alguna amplitud, aspectos relacionados con la vida económica y financiera «por su excepcional importancia» Además, junto con todo lo relativo a derechos individuales, política social, cultura y dirección de la vida económica, había consagrado «los antiguos y nuevos derechos humanos» que marcan «un plan legislativo propulsor de mayor justicia y de mejores relaciones entre las clases sociales».

El anteproyecto (204 artículos) dividía la Constitución en dos partes: la primera regulaba, en 15 capítulos, la estructura del Estado; la segunda se refiere a los derechos y deberes fundamentales. En contraposición a una arraigada convicción que postula Constituciones breves y compendiosas, la comisión Villarán consideraba que «una Constitución moderna no podía ser tan breve como el Decálogo». El exceso de laconismo —afirmaba— ha dañado la claridad de nuestros códigos constitucionales y ha sido la fuente nociva de muchos conflictos. Creía que «el contenido esencial de las Constituciones ha crecido, para

corresponder al más rico contenido de la actividad del Poder Público. Nuevas funciones determinan la existencia de nuevas prescripciones jurídicas». Justificando el anteproyecto, decía que era más extenso que las Constituciones anteriores, «no porque contenga lujo de detalles, sino porque es más completo y mejor adaptado a las necesidades de la época».[2]

2. Forma de Estado

2.1. La forma de Estado: ideológica y políticamente. Perú: República democrática y origen popular del poder

El anteproyecto comienza por sustituir la fórmula tradicional con que se definió, hasta la Carta de 1920, el Estado-nación —«La nación peruana es la asociación política de todos los peruanos» (artículo 1)— por la afirmación enfática y rotunda de que «El Perú es una república democrática. El poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 1). La Constitución de 1933 hizo suyo ese texto. La de 1979 le añadió los términos «social, independiente y soberana, basada en el trabajo» y, confundiendo, lamentablemente, forma de Estado con forma de Gobierno y forma de democracia, le añadió: «su gobierno es unitario, representativo y descentralizado» (artículo 79).

La fórmula del anteproyecto era una especie de apuesta y desafío. Tenía un carácter seminal. «La visión de la realidad nacional —dice la Comisión— nos descubre que apenas somos, escasa y rudimentariamente, una república y una democracia». Confiando, sin embargo, en que el Perú, con el tiempo, podría superar las deficiencias en el funcionamiento de las instituciones y el divorcio entre los textos y la realidad, y que la Constitución cumpliría «su rol de orientación jurídica», expresaba, precisamente, la decisión de «conservar y mejorar las instituciones populares, practicarlas con resolución y lealtad, aunque sea mal, para aproximarnos, con ayuda del tiempo, a realizarlas bien». Carecían las Constituciones peruanas de una definición tanto

---

[2] VILLARÁN, Manuel Vicente (presidente). *Anteproyecto de Constitución de 1931. Exposición de Motivos y Texto* (por la Comisión que él presidiera). Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1962, p. 23.

de la nación como del Estado frente a la democracia. La fórmula elegida es apropiada. Representó un invalorable aporte que fue recogido por la Carta de 1933 en su integridad.

República implica, en primer término, preeminencia del interés general sobre el interés particular; es, en segundo lugar, un régimen político nacido y fundado sobre un *pactum juris*. República es el gobierno de las leyes y no de los reyes. Distinto y distante de la monarquía o de sus formas sucedáneas (cesarismo, bonapartismo, caudillismo, personalismo, etc.), implica siempre un régimen de derecho. Ese derecho, en tercer término, se funda y sustenta en la voluntad general, y está al servicio también del interés general. Nace o debe nacer de la soberanía de la nación como fuente exclusiva de legitimidad del poder. Por ello, el anteproyecto completa la fórmula añadiendo la norma aplicable ya no al Estado-nación sino al Estado-aparato: «El poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen». La Comisión, como es obvio, opta, explícitamente, por la democracia representativa. La ciudadanía —dice— no se halla en condiciones de practicar «formas de democracia directa, como el referéndum, la iniciativa de las leyes y la revocación del mando representativo».[3]

2.2. Forma de Estado jurídicamente: Estado unitario descentralizado

El anteproyecto opta, sin ambages, por un Estado unitario descentralizado. El artículo 2 declara: «El Estado es uno e indivisible. La Constitución garantiza a las regiones y los municipios la administración descentralizada de los asuntos que les conciernen». Resueltamente unitaria, la Comisión, sin embargo, recusaba «cualquier imprudente experimento de partición federal del Estado» y propiciaba «una descentralización sincera y efectiva». Recordando la definición inicial de la Carta de 1823 y la excepción que significó la Confederación, concluye: «El federalismo es, pues, en este pueblo, una aspiración que pugna con la naturaleza y con la historia».[4] «El Perú, como guiado por su instinto biológico de conservación, ha sido siempre un organismo político unitario. La unidad nacional —afirma— tiene la fuerza de una ley de su historia». «A la unidad del imperio sucedió el centra-

[3] *Ibid.*, p. 24.
[4] *Ibid.*, p. 26.

lismo de la Colonia» y la guerra de la emancipación favoreció «la conservación de ese legado de la Metrópoli» que la república ha conservado.

La Comisión, luego de enumerar las experiencias frustradas de descentralización, comprueba que los ensayos «fueron concebidos con escaso y negligente estudio» o coincidieron «con períodos de guerra nacional, revoluciones y extrema pobreza del país» para concluir, con verdad, que la descentralización «no puede funcionar en medio del desorden político».[5] Advierte, sin embargo, causas «más hondas» y afirma, por ello, que la descentralización combatiría «la indolencia indígena y criolla», y que sería «remedio que cure, con el tiempo, la apatía, el conformismo que soporta el atraso y se acomoda a la opresión». Despejando los típicos temores que suscita la descentralización, estaba convencida de que, de limitarse las atribuciones de los gobiernos regionales «al fomento de su economía y su cultura, sin ingerencia en la política, no puede descubrirse cómo podrían tener intereses opuestos al orden y la paz».[6] Por el contrario, estaba segura de que la descentralización administrativa era el medio de defender la unidad nacional. Denostaba del centralismo sosteniendo que es «un absurdo despilfarro de hombres. Somos pocos y estamos llamados a organizarnos de modo que ningún talento, ninguna devoción por el bien común, ningún esfuerzo, carezcan de rol grande o pequeño. El excesivo centralismo es un cáncer que devora células vitales».[7]

2.3. La estructura general del Estado: los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial) y las instituciones constitucionales autónomas

2.3.1. Los poderes clásicos del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial

El anteproyecto previó un Congreso bicameral asimétrico. «La Cámara única —decía— es una invitación a la ligereza y la imprudencia aun en pueblos de temperamento reflexivo porque una asamblea sin el contrapeso de otra asamblea respira en un ambiente psicológico de

[5] *Ibid.*, p. 83.
[6] *Ibid.*, p. 84.
[7] *Ibid.*, p. 86.

omnipotencia».[8] Solo cabría en países «de fuertes tradiciones políticas» como Inglaterra, con fuerzas controladoras como «una opinión pública activa, un electorado vigilante, partidos antiguos, corporaciones y gremios poderosos, intereses organizados y prontos a la defensa, prensa veterana y educación política difundida». Pero, el Senado —que no debe ser igual a la Cámara de Diputados— (tres representantes por cada una de las 12 Regiones), que no poseía atribuciones políticas (censura o interpelación), era titular más bien de competencias administrativas (nombramiento o ratificación de altos funcionarios: vocales de la Corte Suprema, fiscal de la república, contralor general, directores nacionales, embajadores, ministros plenipotenciarios). Cámara de reflexión y no de veto, solo podía «revisar, objetar y dilatar» el proceso legislativo pero no impedirlo. Su resistencia podía vencerse con los tres quintos de los votos de la colegisladora por medio de un complejo conjunto de procedimientos. De esta forma, ejercitaría cierta influencia moderadora sobre la Cámara de Diputados, sobre el presidente, los partidos y el pueblo.[9] Su mandato era de seis años, renovable por tercios. «La renovación parcial —decía— está bien para el Senado, pero aplicada a la Cámara de Diputados es una práctica anticuada y antidemocrática».

Reacia al Senado corporativo, gremial y profesional, creía que el corporativismo es «el espíritu, la fuerza solidaria de corporaciones vivas y eficientes. Ese espíritu no se forja con leyes electorales [...], brota espontáneo de instintos populares en climas sociales y económicas propicios». De otro lado, el Senado no debía representar «a la riqueza ni a ningún sector o grupo o privilegio. Ha de ser el Senado de una democracia y no el reducto de una oligarquía», así como «el exceso de sabios conduce [...] [a una] escasa sabiduría de las decisiones». Por lo demás, recuerda, con verdad, que las atribuciones del poder conciernen al interés común y «no se puede confiar a quienes llevan por consigna propugnar conveniencias privadas».[10]

Apartándose de la tradición, proponía la elección de los diputados (120) por circunscripciones electorales. La ley debía determinarlas respetando dos límites: que comprendan a provincias de un mismo departamento y que posean suficiente población electoral para elegir, cuando menos, tres diputados. La fórmula era compatible, en algu-

[8] *Ibid.*, p. 33.
[9] *Ibid.*, p. 34.
[10] *Ibid.*, p. 36.

nos casos, con ciertos distritos provinciales extensos (Lima) o departamentales (en los que no cabía la elección de más de tres diputados), ya que su número se determinaba en función de la población electoral y no de la población general. Su mérito —según la Comisión— radicaba, precisamente, en su flexibilidad y en que aseguraba la participación de las minorías por el método «más sencillo aunque el más imperfecto que era el voto incompleto» (lista incompleta, voto limitado o sistema de Grey). Cualquier otro sistema menos empírico basado en el cociente electoral exigiría —según la Comisión— circunscripciones de extenso electorado que elijan mayor número de representantes. Era verdad.

El anteproyecto previó una legislatura ordinaria de 120 días naturales que se podían ampliar a 150 días a solicitud del presidente, quien, además, podía convocar e, incluso, poner término a las legislaturas extraordinarias que debían ser convocadas a solicitud de más de la mitad del número legal de ambas Cámaras. Las legislaturas extraordinarias no podían durar más de 45 días (artículos 27 y 28). En receso del Congreso, funcionaba la Comisión Permanente (compuesta de seis diputados, tres senadores).

Solo la Cámara de Diputados podía ejercitar las atribuciones políticas de interpelar y censurar a los ministros y a los directores nacionales (artículo 92). Ambas cámaras podían nombrar comisiones de investigación (artículo 37) y solicitar informes y explicaciones verbales a los ministros si eran llamados. Para ello, bastaba el voto aprobatorio del quinto del número legal de miembros de la Cámara (artículo 90).

A diferencia de las Constituciones precedentes que hacían residir el poder ejecutivo exclusivamente en el presidente, el anteproyecto lo hacía reposar en una base dual: «[...] el Presidente de la República y los ministros de Estado».[11] Aludiendo a la necesaria refrendación de todos los actos presidenciales y del acuerdo del Consejo de Ministros en algunos otros de importancia, y bajo la convicción de que el presidente domina a los ministros, la Comisión sostiene: «La mayor o menor magnitud del poder personal del Presidente depende por consiguiente del grado de autoridad que la Constitución o la costumbre confieren a los ministros y del grado de autonomía de que goza el Presidente para nombrarlos o removerlos».[12] Desde luego, las Cáma-

[11] *Ibid.*, p. 47.
[12] *Ibid.*, p. 48.

ras pueden privarlo de sus ministros, «pero no lo priva del derecho de reemplazarlos como quiera». «Con otros ministros, antes y después de las crisis, el Presidente sigue comúnmente su propia política».[13] Al margen de esas circunstancias que hacen relación, más bien, con la forma de gobierno, conviene destacar que fue propósito explícito del anteproyecto «elevar la posición del Presidente del Consejo que juega un rol tan opaco y secundario». Así, perseguía, en realidad, lograr que el Consejo «teniendo un verdadero jefe, adquiera unidad y vigor corporativo, para poder cumplir su papel de colaborador, a la vez que de moderador del poder personal del Presidente de la República».[14] Por ello, se le encomienda, de modo expreso, representar ante las Cámaras la política general del poder ejecutivo (artículo 91). De esta manera, creía la Comisión —desde luego con error— que ese sentido de responsabilidad colectiva se incrementaría y haría a los ministros solidariamente responsables de los actos presidenciales, incluso de los de naturaleza delictiva (artículo 83). La norma que es razonable en el contexto del anteproyecto resulta absurda e inconveniente en un régimen en el que no se prevén, puntualmente, las excepciones a la inimputabilidad del presidente durante y después del ejercicio de la función.

Para limitar «el exorbitante desarrollo del poder personal del Presidente [...] y su innecesaria ingerencia en los detalles de la administración, la debilidad y la inestabilidad de los ministros», la Comisión proponía tres diferentes medidas: la descentralización regional y local; la distribución de las funciones del gobierno entre el Jefe de Estado y sus colaboradores «sin debilitar la autoridad directiva y coordinadora del Presidente»; y estabilizar, especializar y apartar de la política —en lo posible— los servicios públicos primordiales de naturaleza principalmente técnica, educacional y económica.[15] Proponía, en consecuencia, encomendar los servicios de educación, agricultura, industrias, obras públicas, correos y telégrafos a consejos presididos por directores nacionales. Los consejos nacionales de administración eran designados por el presidente con acuerdo del Consejo de Ministros y debían ser ratificados por el Senado. Gozaban de estabilidad (seis años, removibles por delito, incompetencia o incapacidad proba-

[13] *Ibid.*, p. 49.
[14] *Ibid.*, p. 55.
[15] *Ibid.*, p. 58.

dos); además, eran organismos especializados, autónomos «para los actos ordinarios de administración, incluyendo nombramientos».[16] «Se trata de servicios —dice la Comisión— en que predomina lo técnico sobre lo político y de servicios que tienen además la particularidad de ser más reglamentables, más canalizables dentro de pautas fijas que todos los demás».[17] Paralelamente, el anteproyecto previó consejos consultivos en los ministerios y normas precisas que garantizaban la carrera dentro de la administración pública (capítulo X). Con tales normas, pretendía configurar un Estado en el que la administración central era más racionalizada, distribuida y dividida en mayor número de órganos y agentes; de ese modo, permitía un control mucho más eficaz y eliminaba los factores de discreción y arbitrariedad que caracterizaron siempre la organización y, también, el funcionamiento del poder ejecutivo. Era, sin duda, una iniciativa original pero inviable. Con todas sus deficiencias, la estructura tripartita del Gobierno y su organización sectorial han permitido un régimen razonable de administración.

Concebía, por fin, el poder judicial como un órgano autónomo. Las innovaciones que pretendía introducir perseguían asegurar su independencia. «Es tanta la magnitud del daño que causa el ejercicio por malos gobiernos de la facultad de nombrar a los jueces, —decía— que la previsión más elemental, justificada por la evidencia de los hechos, aconseja medidas radicales. Hay que poner las vallas más sólidas para impedir a la política entrar al Poder Judicial y prohibir al Poder Judicial entrar a la política».[18] Así, La Comisión resumía su propuesta de la siguiente forma: «La Comisión ha creído [...] que el Poder Ejecutivo no debe tener parte en los nombramientos judiciales. Propone, en primer lugar, que los vocales de la Corte Suprema y los fiscales de la misma [...] no sean nombrados por el Congreso pleno entre los propuestos por el Ejecutivo [...] Serán nombrados por el Senado, cuerpo más reducido, de más concentrada responsabilidad, probablemente menos dominado por el espíritu de partido y más independiente del gobierno».[19] Las ternas correspondientes, sin embargo, debían formularse por el poder ejecutivo, la Corte Suprema y, por cierto, el Consejo de Justicia.

---

[16] *Ibid.*, p. 60.
[17] *Ibid., loc. cit.*
[18] *Ibid.*, pp. 71-72.
[19] *Ibid.*, p. 73.

2.3.2. *Las instituciones constitucionales autónomas*

A partir de la constitución de 1933, el Estado-aparato dejó de ser un complejo de funciones atribuidas solo a los poderes clásicos del Estado. Surgieron una serie de instituciones que, paulatinamente, han adquirido jerarquía constitucional dentro del cuadro de las magistraturas fundamentales del Estado. Algunas de ellas, lo han hecho al cabo de largo tiempo de existencia o vigencia (*v.g.*, la Contraloría General). Ese proceso se inició, sin ninguna duda, por influencia del anteproyecto de la comisión Villarán.

Las Constituciones del Perú, desde 1856 hasta 1920, al caracterizar la forma de Gobierno, declaraban: «Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución». Una fórmula análoga se había repetido desde la Constitución de 1828 hasta la Carta de 1839. Era explicable. Los únicos titulares del poder, excepción hecha de los órganos ligados a ellos (consejo de Estado, comisiones permanentes, juntas departamentales, municipalidades, congresos regionales, etc.), eran los clásicos poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. La comisión Villarán, primero, y, luego, la Carta de 1933 reconocieron o crearon una serie de organismos que ejercían funciones autónomas o desligadas, parcial o totalmente, de los poderes del Estado. Hoy, han ganado plena legitimidad. Son los organismos constitucionales autónomos y ejercen funciones específicas y especializadas de control del poder en diversas áreas o aspectos de la vida del Estado. La creación de los órganos antes aludidos obligó, entre otras cosas, a optar por una fórmula mucho más genérica y comprensiva de la función pública tal como aparece en la declaración del anteproyecto: «Artículo 1.- [...] El poder del Estado emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen».

En el anteproyecto de la comisión Villarán, aparecen, por vez primera, en el cuadro constitucional de órganos del poder, los consejos nacionales de administración (artículo 94), que nunca se crearon; la Contraloría General de la República (artículo 119); la Superintendencia de Bancos (artículo 120); el Consejo de Justicia (artículo 137); y, por fin, el Fiscal de la República. Ni el anteproyecto ni su exposición de motivos establecen la índole jurídica de los organismos antes mencionados ni el grado o naturaleza de la autonomía de la que podían gozar. Es evidente, por cierto, que eran órganos autónomos ya del

poder ejecutivo o ya del poder judicial por la naturaleza de las funciones que se les atribuyeron. Ese hecho quedó patente, de modo especial, en la Constitución de 1933 y, finalmente, en la Carta de 1979.

La Constitución de 1933, al crear la Contraloría, se limitó a describirla («Un Departamento especial [...] controlará la ejecución del Presupuesto y la gestión [...]») y determinó su autonomía, igualmente, de modo indirecto («[...] cuyo funcionamiento está estará sujeto a la ley»), a pesar de que sería nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 10). Semejante es la fórmula utilizada para el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Bancos:

> Artículo 12.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billete es privilegio del Estado, que lo ejerce mediante una institución bancaria central nacional, encargada de la regulación de la moneda.
>
> Artículo 13.- Un Departamento especial, cuyas funciones determinará la ley, ejercerá en nombre del Estado, la supervigilancia de las empresas bancarias.

Tal vez, la referencia más expresiva a la autonomía constitucional del Banco Central y de la Superintendencia se halle en el artículo 14 de la Constitución de 1933, en el que se establecen los casos excepcionales en que el Congreso podía autorizar la *inconversión* provisional del billete bancario a pedido del poder ejecutivo. Es un hecho, sin embargo, que, parcialmente, al margen de la Constitución, aparecieron una serie de organismos descentralizados funcionalmente para cumplir actividades inherentes a la administración y, de manera especial, para realizar actividades empresariales. Decimos parcialmente, puesto que la Constitución de 1933, al prohibir los monopolios y acaparamientos autorizaba a establecer, por ley, monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional (artículo 16)

2.4. El Estado descentralizado: las regiones y las municipalidades

2.4.1. La regionalización

La Comisión creía que la descentralización debía partir del fortalecimiento del municipio que es «la célula en que germinan el hábito y la

aptitud de interesarse por el bien común y la voluntad de servirlo». «Sería contradictorio aspirar a que los departamentos o regiones gobiernen por sí mismos sus intereses y despojar a los pueblos o ciudades de análogo derecho». Así, debe, pues, garantizarse a los vecinos «la suficiente libertad para arreglar su propia vida comunal». Paralelamente, sin embargo, se requieren organismos o «cuerpos intermedios de administración» entre el Estado y el individuo. Tales órganos —que son los consejos regionales— no deben sustituir ni disminuir la autoridad de las municipalidades sino «atender a servicios de utilidad para la región» y organizar «un método de división del trabajo y de colaboración entre los servicios que el Estado puede atender mejor que la región y aquellos que la región tiene facilidades para atender mejor que el Estado».[20]

El anteproyecto dividía al país en 12 regiones respetando la demarcación en departamentos. Al frente de cada una de ellas, debía haber un consejo regional, cuerpo deliberativo y ejecutivo de origen popular con atribuciones administrativas y «sin autoridad política», y con bienes y rentas, que podía crear impuestos y contratar empréstitos. Sus miembros debían ser elegidos por voto directo, secreto y obligatorio. Su número debía ser igual al doble del número de diputados. Asimismo, debería ser elegido por las mismas circunscripciones electorales que estos, es decir, por representación proporcional, y no funcional o gremial. Su mandato era de cuatro años, además de renovable íntegramente y reelegible. Una junta directiva, elegida cada dos años, que contaba con un presidente y vicepresidente, debía dirigir los destinos del consejo, juntamente con su asamblea, que debía reunirse dos veces al año.

La ley —según el Anteproyecto— debía atribuir a los consejos regionales competencias en materias relativas a obras públicas, vías de comunicación, agricultura, ganadería e industria, minería, educación, instituciones de beneficencia y previsión social, salubridad y otros ramos que interesen al progreso social, económico y cultural de la región. Con ese objeto, se les dotaba de autoridad para dictar reglamentos y resoluciones «sobre los asuntos de su competencia, sin contravenir la Constitución ni a las leyes generales» (artículo 158). La ley, por fin, debía determinar sus bienes y rentas, y las reglas generales sobre las clases y límites de los impuestos que podrían crear los consejos ya sea con autorización legal o con la del Gobierno, según los casos (artículo 159).

---

[20] *Ibid.*, p. 87.

Además, quería la Comisión que los consejos regionales fueran «organismos completos con autoridad deliberativa y ejecutiva». «Lo que hace falta —decía— ante todo a las regiones es el poder administrativo propio [...]. Quieren ocuparse, por si mismos, sobre el propio terreno, común sus propios recursos, de las obras y los servicios que el gobierno no ejecuta o ejecuta mal».[21] Para ello, creía que lo mejor habría de ser dictar leyes orgánicas que deslindaran los campos propios de los órganos centrales, regionales y municipales. Resumiendo su concepción, quería que los consejos regionales fueran órganos deliberativos y ejecutivos, corporaciones de origen popular, que presten servicios gratuitos, con atribuciones administrativas —incluso reglamentarias y administrativas—, pero no políticas. Asimismo, unas debían ejercerse de modo directo y otras, «en forma de colaboración con los agentes del gobierno». Debían tener bienes y rentas que pudieran crear impuestos regionales o contratar empréstitos en los términos establecidos por ley.[22]

2.4.2. Régimen municipal

El proyecto consideraba «deficiente y artificiosa» la distinción entre municipalidades provinciales y distritales, por lo que proponía la creación de una municipalidad con demarcación propia. Desahuciaba, así, los concejos provinciales —que ejercen funciones revisoras de los concejos distritales— y a los mismos concejos distritales, ya que su única función, administrar únicamente los servicios de los centros urbanos de sus respectivas capitales, podía transferirse a los consejos regionales. De esta forma, desaparecía la única razón que podía justificar su existencia. Por consiguiente, toda población debía tener municipalidad «si el número de sus habitantes, sus costumbres y recursos se lo permiten». En todo caso, bastaban 1.000 habitantes para ello; incluso, esta podía establecerse con menos población, a juicio del consejo regional.

El proyecto establecía la elección de las municipalidades «por voto directo, secreto y proporcional» de los vecinos. Las comunidades de indígenas tenían representación en la municipalidad, poseían votación corporativa y contaban con tantos votos como número de familias poseyeran. Los alcaldes serían elegidos por voto popular en las

---

[21] *Ibid.*, p. 94.
[22] *Ibid.*, p. 98-99.

capitales de departamento y en las de provincia que determine el consejo regional. «Los alcaldes de las demás municipalidades serán nombrados por las juntas directivas de los consejos regionales» (artículo. 165). Se les reconocía, a los «envarados y demás autoridades comunales», autoridad para ejercer funciones municipales en los ayllus y las funciones de amigables componedores (artículo 169). No era partidaria la Comisión de otorgar, a las municipalidades, «una independencia soberana ni el extremo opuesto de colocarlas bajo una tutela minuciosa y depresiva». Se inclinaba, pues, por someterlas a la vigilancia de los consejos regionales y dejaba que la ley determinara los casos en que procedía la revisión (artículo 167). La creación de arbitrios e impuestos estaba sujeta, además, a la vigilancia y aprobación del gobierno (artículo 166).

2.5. Estado de derecho y Constitución: control de constitucionalidad de las leyes y protección de los derechos

El anteproyecto de la comisión Villarán abordó, por vez primera, en forma relativamente formal, el tema relacionado con el control de constitucionalidad y el de la defensa de los derechos constitucionales. Superando las normas de la Carta de 1920, convirtió el hábeas corpus «contra prisiones indebidas» en garantía de todos los derechos reconocidos por la Constitución. Amplió, así, la cobertura del recurso convirtiendo el hábeas corpus en una especie de garantía universal de todos los derechos constitucionales. Sin embargo, lo mantuvo como simple recurso, es decir, solamente como remedio contra los actos de autoridad, pero no de los particulares. La Constitución de 1933 (artículo 69), siguiendo la doctrina defendida por Carlos Sánchez Viamonte, avanzó mucho más. Convirtió el recurso en acción de hábeas corpus, con lo que podía hacerse valer, también, contra actos de particulares. Fue lamentable que nunca se dictara la ley de desarrollo necesaria para asegurar su aplicación.[23] Sin embargo, dejó abierto el camino para la transformación radical de la institución en la Carta de 1979.

---

[23] En 1967, en mi condición de diputado elegido por el Cusco, presenté un proyecto de ley, siguiendo los lineamientos del pensamiento de Carlos Sánchez Viamonte. En él, distinguí entre el hábeas corpus y la acción de amparo. Nunca fue dictaminado ni debatido. El texto del proyecto puede verse en Taxa Rojas, Luis Hugo. *La protección jurisdiccional de los derechos constitucionales en el Perú* (tesis de bachiller). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1968. pp. 182-195.

La Comisión, en cambio, abordó, seriamente, el problema del control de constitucionalidad de las leyes. «La dificultad que plantean las leyes inconstitucionales —decía— es que el poder a quien se dé facultad de declararlas nulas adquiere, por ese atributo, superioridad jerárquica sobre el Congreso». A su turno, advertía graves peligros en la proposición «de que toda ley opuesta a la Constitución es nula», porque «ofrece el grave peligro [...] de incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador, que destruye el imperio de la ley».[24] Se inclina, por ello, por la fórmula norteamericana de control. Por eso, el anteproyecto establecía: «Los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios —dice el artículo 142—, no aplicarán las leyes contrarias a la Constitución». Por cierto, la inaplicación presuponía el necesario y previo pronunciamiento de la Corte Suprema. Lamentablemente, la Constitución de 1933 no recogió esa iniciativa que, tal vez, habría contribuido al mejoramiento del estado de derecho en el Perú.

Finalmente, consideraba la Comisión —y con razón— una «medida de gran urgencia la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa»[25] por el desamparo en que los administrados se hallaban. Aquel «a quien la autoridad despoja de su propiedad sin pagársela, le impone una contribución ilegal o excesiva, o le deniega una licencia a que tiene derecho [...] (y que reclama sin hallar amparo en las autoridades administrativas superiores) [...] debe tener un recurso ante un tribunal de derecho que rectifique o repare el agravio».[26] Tal es el objeto —decía la Comisión— de la jurisdicción contencioso-administrativa. El control jurisdiccional de los actos de la administración, tanto por los propios interesados como por el fiscal de la república —mediante la acción contencioso-administrativa—, era, sin duda, un mecanismo específico y eventualmente eficaz para poner coto o, cuando menos, moderar los excesos de una administración habituada al abuso, la prepotencia o la corrupción. La iniciativa, lamentablemente, no tuvo eco en la Constitución de 1933. Solo en la Carta de 1979 se la recogió y la reguló de modo inapropiado, deficiencia que ahora se ha superado buscando inspiración en la legislación española que ha servido de modelo al texto de la ley vigente (Ley del Proceso Contencioso Administrativo-Ley 27584).

---

[24] Villarán, Manuel Vicente. *Op. cit.*, p. 78.
[25] *Ibid.*, p. 78.
[26] *Ibid.*, p. 79.

3. Forma de gobierno

3.1. El presidencialismo y el parlamentarismo

La Comisión y el anteproyecto se pronuncian inequívocamente por un presidencialismo neto, porque «La institución del Presidente con facultades propias y extensas de gobernante efectivo, está sustentado en el Perú y en la América toda por una fortísima tradición y por hábitos populares incoercibles. Responde a un Estado social y económico que impone sus leyes inflexibles a la evolución política. No podemos imaginar la abolición del régimen presidencial sino como resultado de un cambio de cosas profundo precedido tal vez de una revolución».[27] Y es que, además, el Perú no ha podido establecer el parlamentarismo, a pesar de que los textos constitucionales y la ley de ministros contienen absolutamente todos los elementos que lo hacen legalmente posible. No nos ha faltado ninguna de las piezas de la máquina del parlamentarismo: refrendación ministerial de los actos del Presidente, compatibilidad entre el mandato legislativo y el cargo de ministro de ministro, concurrencia de los ministros a las Cámaras, interpelaciones, facultad de las Cámaras para derribar gabinetes por medio de la censura. Y a pesar de todo, continúan gobernando los presidentes y no los gabinetes. Los ministros despedidos por la mayoría son reemplazados por otros que el Presidente escoge con libertad. Los desacuerdos entre el Presidente y los ministros no se deciden sometiéndose el Presidente a la voluntad del gabinete —que es lo esencial del parlamentarismo— sino acatando los ministros la voluntad presidencial o dimitiendo.

Ha faltado, según la Comisión, «una redistribución de valores políticos entre el Congreso y la presidencia de la república, cuyo resultado fuese romper definitivamente el equilibrio de fuerzas hacia el Congreso [...]».

El anteproyecto se inclina, en efecto, por un poder ejecutivo vigoroso por creerlo necesario no solo para el Perú sino para los pueblos, «sin excluir a los más democráticos», ya que «las condiciones propias del Estado moderno exigen imperiosamente gobiernos robustos, a la vez que jurídicamente controlados». Tal opción, sin embargo, está atemperada por una neta y clara convicción: la necesidad de limitar

---

[27] *Ibid.*, p. 41.

«el exorbitante desarrollo del poder personal del Presidente mediante tres vías: la redistribución de las funciones inherentes a la competencia administrativa entre los órganos de la administración central y descentralizada, entre el Presidente y los ministros y naturalmente limitando y regulando las atribuciones presidenciales».

La Comisión creía atacar el problema en su raíz, es decir, en la estructura misma del Estado, por medio de una racional redistribución de funciones entre el presidente —hasta entonces depositario casi exclusivo de la administración— y otros órganos y agentes. Para ello, se basó en la descentralización regional y local; la distribución de las funciones del gobierno entre el Jefe de Estado y sus colaboradores, «sin debilitar la autoridad directiva y coordinadora del Presidente»; y la estabilización, especialización y separación de la política de los servicios públicos primordiales de naturaleza principalmente técnica, educacional y económica por otra de los llamados consejos nacionales de administración que —dicho sea de paso— no fueron acogidos por nadie.[28]

La limitación del exceso presidencial exigía, también, —como se verá más adelante— restringir, específicamente, las extensas atribuciones del presidente. Esta limitación se podía hacer, en primer lugar, mediante la regulación precisa de algunas de ellas (*v.g.*, potestad reglamentaria, designación solo de los funcionarios específica y formalmente señalados en la ley, obligación de delegar las funciones administrativas en general, etc.). En segundo lugar, se podían eliminar algunas atribuciones históricas (participar en las designaciones judiciales o requerir al poder judicial la pronta administración de la justicia, entre otras, o atemperando, los mecanismos de control político del Congreso para fortalecer, indirectamente, a los ministros). Por último, se podía robustecer al presidente del Consejo de Ministros tanto como una suerte de *primus inter pares* o como vocero del Gobierno ante el Congreso y la opinión pública del país.

El presidencialismo postulado por la comisión Villarán se asentaba, así, sobre los siguientes principios: elección popular del presidente con reelección mediata, después de dos períodos; atribuciones tasadas y limitadas, y sin contenido residual alguno; distribución dual del poder ejecutivo entre el presidente y los ministros de Estado; e inmunidad presidencial sobre la base de una responsabilidad debidamente tasada.

---

[28] *Ibid.*, p. 58.

3.1.1. La elección presidencial

El proyecto que opta por el presidencialismo postula, obviamente, la elección popular del Presidente de la República sin dejar de anotar, de paso, que «antes de pensar en que las Cámaras elijan al Presidente» habría que esperar «que muera y sea olvidada la costumbre de que el Presidente elija a las Cámaras». Recordando las horas del Oncenio decía: «No estamos todavía seguros del mañana y podemos tener la sorpresa de ver funcionar dos poderes que se procrean recíprocamente». Esa convicción no impedía, por cierto, que el Congreso eligiera al presidente cuando ninguno de los candidatos a la presidencia haya obtenido, en el comicio popular, por lo menos, la tercera parte del total de los votos válidos. El Congreso, en ese supuesto, elegía entre todos los candidatos que hubieran obtenido más de la décima parte del total de votos válidos. Se apartaba, así, de la clásica segunda elección, entre los dos candidatos más votados. Consideraba que, de otro modo, era excluir a otros que «pueden seguirlos muy de cerca y entre los cuales hay alguno que representa la menor resistencia en el conjunto del electorado». La elección directa del presidente y la del Congreso, así como la independencia orgánica y funcional, son las dos piezas maestras de todo presidencialismo.

Admitía el anteproyecto la reelección presidencial mediata. El período presidencial —como el de la Cámara de Diputados— era de cuatro años. «La prolongación de los Gobiernos y los Congresos por períodos más extensos provoca la impaciencia de los vencidos en las elecciones y los incita a la revuelta». «Las elecciones generales cada cuatrienio son un correctivo de la enfermedad de las revoluciones». La reelección del Presidente de la República es repudiada en el proyecto. Era insuficiente, a su juicio, prohibirla «hasta después de un período igual» sino después de dos o hasta después de ocho años. Era un obstáculo «más seguro» a la «autoreelección por interpuesta persona», ya que los elegibles «creaba[n] un sucesor que les guardara el sitio».

3.1.2. Atribuciones tasadas y limitadas

Era propósito central del anteproyecto un presidencialismo que llamaremos racionalizado, es decir, tasado y limitado, no solo por el refrendo o el acuerdo ministerial o del Consejo sino por normas legales y constitucionales específicas. Sin negarle el liderazgo del gobierno

ni su libérrima posibilidad de integrar o licenciar el Consejo de Ministros, pretendía, en cambio, impedirle extralimitaciones cerrando todo resquicio a la discreción personal.

El solo enunciado de las atribuciones presidenciales y el texto del numeral respectivo (artículo 76) —escueto y seco— era indicativo ya del propósito limitador. Comienza el artículo en cuestión por hacer constancia —naturalmente redundante— de que el presidente, «con la refrendación» ya ministerial o del Consejo, ejerce sus atribuciones. No es el presidente el líder de su mayoría parlamentaria. Coopera con el Congreso en la formación de las leyes, las promulga y hace cumplir (inciso 1). Coopera el presidente —según la Comisión— «por medio de la iniciativa y de las observaciones, por medio de mensajes y por el uso de la potestad de convocar a las Cámaras a sesiones extraordinarias y prorrogar las ordinarias».[29] La iniciativa presidencial (artículo 48), la observancia de las leyes, la legislación delegada y cualquier otro acto de sanción legislativa requerían acuerdo del presidente y el Consejo de Administración. En caso de disidencia, debía trasmitir al Consejo el voto disidente (artículo 100). La observación —un veto débil, según la Comisión— solo podía superarse por el voto conforme de los 3/5 de cada una de las cámaras, pero, en caso contrario, el proyecto solo quedaba aplazado para una legislatura posterior. Así, prevalecía necesariamente la opinión del Congreso sobre la del presidente.

Hacer cumplir las sentencias y mandatos del poder judicial (inciso 2) es la única atribución que se reconoce al presidente frente a dicho poder. La Comisión explica el alcance de la norma diciendo que satisface «el anhelo público de constituir un Poder Judicial realmente independiente, guiado por las lecciones de una experiencia que no permite ya vacilaciones, priva al Presidente del poder de nombrar a los miembros de los tribunales y juzgados»,[30] y, también, —podría añadirse— de requerirlos para una pronta administración de la justicia.

Conservar el orden público, dirigir las relaciones internacionales y administrar la hacienda nacional, y disponer de la fuerza armada (inciso 4) eran atribuciones sujetas a normas muy precisas. La suspensión de garantías —que sólo podía extenderse por treinta días— requería el acuerdo del Consejo de Ministros y la aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente; para restablecerlas, y durante la

[29] *Ibid.*, p. 46.
[30] *Ibid.*, p. 47.

vigencia de su suspensión, el ejecutivo debía sujetarse a las condiciones que estableciera la ley (artículo 204). Las relaciones exteriores estaban rigurosamente reguladas (artículo 103-105). Los tratados debían someterse a conocimiento del Consejo de Ministros y a la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores (artículo 103). Las comunicaciones a los Estados extranjeros estaban reservadas al ministro de Relaciones Exteriores (artículo 104). Los nombramientos de embajadores y ministros plenipotenciarios requerían ratificación del Senado (artículo 105). La administración de la hacienda nacional y del presupuesto, así como el manejo de las Fuerzas Armadas, estaban sujetas a muy rigurosas normas que el proyecto establecía extensamente (artículos 106 a 128).

El nombramiento de cargos y empleos no era una excepción (inciso 4). Correspondía al presidente el nombramiento de los más altos funcionarios públicos, pero no el del personal secundario de la administración. La potestad reglamentaria del presidente (inciso 5) debía limitarse «a determinar el modo de cumplir las leyes, a precisar y completar sus disposiciones, sin imponer obligaciones nuevas o más onerosas a los ciudadanos ni alterar los derechos y obligaciones que la ley señale a los funcionarios».[31] La legislación delegada en el poder ejecutivo estaba sujeta, naturalmente, a ratificación parlamentaria posterior, salvo el caso de las normas de urgencia (artículo 58).

3.1.3. Distribución dual del poder ejecutivo bajo conducción del presidente

Consideraba la Comisión que el poder ejecutivo reposaba en una base dual: el presidente y los ministros. A ellos había que añadir los consejos nacionales de administración que —según el artículo 100— ejercían «en sus respectivos ramos las funciones del Poder Ejecutivo no requiriendo de la autorización presidencial sino para los actos de sanción legislativa». El centro del poder —como decía la Comisión— «se hallaba en el Presidente y los ministros son simples consejeros y colaboradores condicionales».[32] Solo el Congreso podía privarlo de ellos. La censura le quita ministros pero no lo priva del derecho de reemplazarlos como quiera. El presidente sigue así su propia política. De otro lado, los ministros «tampoco pueden hacer gran cosa por sí solos sin

[31] *Ibid.*, p. 76.

pedir su consentimiento al Presidente». Las atribuciones de los ministros como jefes de sus departamentos son en extremo reducidas.[33]

El proyecto vuelve constitucionales las normas de la Ley de Ministros en relación con el Consejo de Ministros y su nombramiento con el objeto de «elevar la posición del Presidente del Consejo que juega actualmente un rol tan opaco y secundario». Pretendía la Comisión que cumpliera una función de «unificar, orientar y vigilar la política y la administración» y, de este modo, convertirlo en «defensor» del Consejo y en jefe de los ministros para que adquiera unidad y vigor corporativo para poder cumplir su papel de colaborador a la vez que de moderador del poder personal del Presidente de la República.[34] Consideraba, por fin, que los consejos consultivos propuestos no solo eran «una garantía de acierto, un correctivo contra la precipitación y el empirismo» sino «un factor de moderación en el uso del poder» que corresponde «al espíritu de las sociedades que aspiran a la práctica de una sincera democracia».[35]

3.1.4. La inmunidad presidencial sobre la base de una responsabilidad presidencial debidamente tasada

El proyecto hacía a los ministros y al Consejo solidariamente responsables con el Presidente de la República por los actos presidenciales que refrenden o se acuerden y, además, por los delitos o infracciones cometidos por el presidente (artículo 83). La propuesta se fundaba en una hipótesis errónea: «Siendo inmune el Presidente de la República durante su período, salvo gravísimos delitos, es de toda necesidad responsabilizar a sus ministros por las violaciones o delitos a que cooperan y esa responsabilidad no es efectiva si no es plenamente solidaria».[36] La norma —acogida por las Constituciones de 1979 y 1993— hace, ahora, totalmente inimputable, es decir, irresponsable al presidente sin que los ministros respondan tampoco por sus excesos. No era esa la idea ni acontecía eso en el proyecto Villarán. Este había previsto, por el contrario, un clarísimo régimen de responsabilidad presidencial que justificaba la solidaridad impuesta a los ministros.

---

[32] *Ibid.*, p. 49.
[33] *Ibid.*, *loc. cit.*.
[34] *Ibid.*, p. 55.
[35] *Ibid.*, p. 56.
[36] *Ibid.*, *loc. cit.*

En efecto, el presidente, durante su mandato, solo podía ser acusado por traición, impedir las elecciones presidenciales o de renovación de las Cámaras, disolver el Congreso, impedir su reunión o funcionamiento, o investirse de facultades dictatoriales. Después de cesar en el cargo, podía ser acusado por esos mismos delitos o por cualesquiera otros de carácter grave cometidos en el ejercicio de sus funciones. Podía serlo, además, por graves infracciones de la Constitución o de las leyes, aunque no constituyan delitos expresamente previstos por la ley penal, caso en que, a falta de otra pena señalada por la ley, se aplicaba la inhabilitación temporal o permanente para ejercer cargos públicos. Finalmente, podía ser acusado durante su mandato por delitos comunes graves siempre que lo autorice el Congreso en cámaras reunidas por tres quintas partes de votos del número legal de sus miembros (artículos 74 y 60). El juzgamiento correspondía a la Corte Suprema (artículo 144), previa acusación de la Cámara de Diputados y declaración del Senado de haber lugar a formación de causa (artículo 60).

3.2. Las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo

La elección sincronizada de la Cámara de Diputados y del presidente (cuyos mandatos eran solo de cuatro años) constituía —en criterio del anteproyecto— «pieza esencial» del régimen «fundado en la existencia de un Presidente elegido por el pueblo y con poderes constitucionales extensos y efectivos». La elección simultánea, sin embargo, era «poner frente a frente dos entidades políticas igualmente populares, con tendencia a la dominación y consiguiente peligro de discordia». Esos conflictos, inexistentes en los sistemas parlamentarios, son inevitables en «la forma presidencial» que es «un campo fértil en luchas de poderes que malgastan las fuerzas políticas, entorpecen el movimiento del Estado y alimentan querellas fácilmente transformables en golpes de Estado y en revoluciones». Para evitarlos, la Comisión sugería «crear cautelas que aminoren el peligro de los excesos de fricción entre la Cámara y el Presidente». Una de ellas era precisamente la renovación simultánea.

«Renovar por fracciones la Cámara de Diputados [...] [era] [...] privar al electorado de la oportunidad [...] [de dirimir] en gran comicio nacional las contiendas entre los partidos, sus programas y sus hombres para que les conceda o retire su confianza y para que [...] apruebe o modifique el rumbo general de la política». La renovación total y simultánea, por el contrario, se fundaba en la experiencia his-

tórica. La renovación parcial «provocó en los Presidentes a intervenir en las elecciones de representantes. Un tercio adicto podía darles la mayoría en las Cámaras, si carecían de ella, y un tercio enemigo, destruir la mayoría alcanzada». El sincronismo de las elecciones presidencial y congresional eliminaba los riesgos de enfrentamiento entre los principales poderes del Estado y de predominio de un partido en uno y del otro partido en el otro.

3.3. Los balances y contrapesos: los mecanismos de control en general y de control político para la responsabilidad del gobierno

3.3.1. Mecanismos de control general

Es en la organización y en la concepción de las relaciones de los poderes del Estado que la comisión Villarán hizo, sin duda, aportes valiosísimos. Siguiendo las tendencias modernas, el anteproyecto diseñó un conjunto muy complejo y completo de controles y balances. Para comenzar, liberó al poder judicial de la tutela del poder ejecutivo, no solo en la propuesta de nombramiento de los vocales y fiscales supremos o en la de nombramiento de los magistrados y jueces de las demás instancias (artículos 147 y 148) sino, incluso, en la atribución que le permitía requerir a tribunales y jueces para la pronta administración de justicia (artículo 121, inciso 9). Encomendó a la Corte Suprema el control y vigilancia de la conducta y desempeño de jueces y tribunales (artículo 148), así como la responsabilidad de proponer al Senado, juntamente con el Consejo Nacional de Justicia, los nombramientos de vocales y fiscales supremos (artículo 138). La independencia de los jueces estaba garantizada por la estabilidad en la carrera y la inamovilidad en el ejercicio de función salvo destitución o jubilación (artículo 141). De semejante modo, su autonomía funcional estaba reforzada, en lo estrictamente jurisdiccional, con la explícita autorización conferida a jueces y tribunales para no aplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 142), y la introducción del control jurisdiccional de los actos de la administración mediante los recursos contencioso-administrativos que permiten controlar, precisamente, la legalidad y la oportunidad de los actos de la administración (artículos 145 a 147). Con esos mecanismos, el poder judicial poseía, y de modo formal, todos los instrumentos de los que careció la Suprema Corte Norteamericana. Con ellos, logró convertirse no solo en un ge-

nuino órgano de administración de justicia sino, también, en un mecanismo de balance frente al legislativo y al ejecutivo.

Junto a esos mecanismos, podrían añadirse el bicameralismo asimétrico con preeminencia de la Cámara de Diputados, la regulación estricta de los actos presidenciales, el fortalecimiento del presidente del Consejo de Ministros y de los ministros frente a la administración y el Congreso, la creación de los consejos nacionales de administración o la descentralización, el reconocimiento y la creación de garantías de la carrera administrativa, el control contencioso–administrativo de los actos de la administración, la publicidad de los actos del Congreso, la integración proporcional de las comisiones del Congreso y la creación de la Comisión Permanente o de los consejos consultivos en el poder ejecutivo.

3.3.2. Mecanismos específicos

El proyecto conservó los mecanismos de fiscalización tradicionales, como la presentación de las memorias de los ministros al Congreso ordinario (artículo 88) o la designación de comisiones de investigación (artículo 37). Obligaba a los ministros a ofrecer los informes escritos requeridos por las cámaras y los obligaba a concurrir a ellas «cuando los llamasen» (artículo 89) o a dar verbalmente las informaciones y explicaciones que se les soliciten a requerimiento de no menos de la quinta parte del número legal de miembros de la respectiva Cámara. Intentó racionalizar el voto de censura estableciendo que fuera motivada y fuera suscrita por no menos de 20 diputados; este voto debía debatirse el subsiguiente día de su presentación y comunicación al Ministro. Su aprobación requería la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Cámara en votación nominal. El ministro debía ser citado para concurrir al debate (artículo 92). El proyecto fue particularmente prolijo en la regulación de la acusación a los altos funcionarios del Estado (artículo 60). Al presidente se le podía acusar por delitos de función e, incluso, delitos comunes graves (artículo 74). A los demás altos funcionarios, por delitos de función y por graves infracciones de la Constitución y de las leyes. Esta acusación estaba sujeta a las siguientes normas: podían acusar 10 diputados, una comisión investigadora, la Comisión Permanente o el Fiscal de la República; los hechos debían ser investigados con citación y audiencia del inculpado; la acusación debía aprobarse y ratificarse por el voto de los 3/5 del número legal de diputados y senadores, respec-

tivamente; el inculpado quedaba en suspenso en el ejercicio de sus funciones; y su juzgamiento correspondía a la Corte Suprema. En el caso de que la infracción grave de la Constitución o de las leyes no estuviese tipificada, se aplicaría la destitución del cargo y, a juicio del tribunal, la inhabilitación para ejercer otros cargos públicos.

4. El sistema electoral

El anteproyecto reguló importantes instituciones tales como el sufragio, la Corte Nacional de Elecciones, la base electoral, la duración y renovación de la Cámara de Diputados y del Senado, la elección popular del presidente y su eventual elección por el Congreso, el período presidencial y la reelección presidencial, y las elecciones de los consejos regionales y de las municipalidades.

Refiriéndose a las elecciones decía: «La carencia de elecciones dignas de ese nombre y la consiguiente ausencia de mayorías reguladoras han sido el origen inmediato de nuestras agitaciones, revoluciones, dictaduras y políticos. Si hemos de extirpar estas desgracias tratemos de hacer, al fin, una realidad el voto popular».[37] Propugnaba, en consecuencia, el sufragio secreto y obligatorio de los varones mayores de 21 años que sepan leer y escribir.

La Comisión rehusaba el voto a las mujeres, analfabetos y miembros de las Fuerzas Armadas. A las primeras, «por que sus condiciones no son propicias todavía al ejercicio de los derechos políticos [...] no se hallan en posesión de suficiente independencia civil, social, económica, intelectual ni religiosa para votar con entera libertad». Consideraba, en cambio, penoso negar el sufragio a los analfabetos, «en su gran mayoría indios de la sierra [que] forman una clase social herida por la desgracia y la injusticia». Carente de voz propia en los cuerpos representativos, «nadie reivindica para ella la parte que le toca equitativamente en los beneficios del Estado». La razón definitiva era esta: «El voto les es inútil y nocivo. No votan porque no saben votar [...]». Con sus votos, «resultan elegidos no los amigos del indio sino sus enemigos y dominadores». «La cuestión del indio no es ahora una cuestión de derecho político sino de derecho civil, agrario y pedagógico». «El imperio de la disciplina militar —decía— priva al soldado y

[37] *Ibid.*, pp. 27-37.

al oficial de la libertad para votar [...]. Introducir la política en las Fuerzas Armadas es crear, a sabiendas, el pretorianismo».

A propósito de la justicia electoral, la Comisión recordaba, con verdad, la incoercible tendencia de las Cámaras «a abusar del poder de calificar la verdad de las elecciones». Por ello, sentenciaba: «Ninguna razón de principio obliga a restituirles esa facultad. Juzgar la corrección de los actos electorales es función de naturaleza jurídica propia de un Tribunal». Proponía, en consecuencia, la creación de una Corte Nacional de Elecciones como suprema autoridad electoral. Presidida por el Fiscal de la República, debía integrarse por los tres magistrados más antiguos de la Corte Suprema y por tres ciudadanos elegidos por el Senado, siempre que no fueran representantes a Congreso ni funcionarios. Debían representar «el criterio profano, el sentido común de la verdad y la justicia» para atemperar «el rigor legalista» y evitar el peligro de «sacrificarse la verdad sustancial de una elección por apego excesivo a la letra muerta de textos secundarios o dudosos». Consideraba inconveniente la intervención de las universidades, los municipios «u otras corporaciones públicas que tienen misiones apolíticas». «No son aún bastante fuertes para erguirse contra los embates de los gobiernos y resistir las agresiones de partidos intolerantes».

5. La democracia sin partidos

El anteproyecto de Constitución de la comisión Villarán ignoró la existencia de los partidos políticos, no obstante que su reconocimiento constitucional, para entonces, ya no era tópico de debate ni en la doctrina ni en el Derecho Comparado. Pretendía, pues, construir una democracia sin partidos. Una democracia invertebrada, incompatible no solo con las corrientes de opinión predominantes en los treinta sino con las necesidades del país. Tal intento marchaba en contra de una realidad en que se había producido una especie de eclosión de partidos como consecuencia de la liquidación de la autocracia de Leguía. Habían competido, en efecto, en la campaña electoral la Unión Revolucionaria, el APRA, el Partido Descentralista, el Partido Socialista y otros grupos menores, además de existir el Partido Comunista. La omisión no era casual ni atribuible a ignorancia del tema. Fue deliberada. El conservadorismo de la Comisión puede explicar, en parte, el fenómeno y, mucho más aun, la concepción del propio Manuel Vi-

cente Villarán. Por eso, el anteproyecto asimila, explícitamente, los partidos al derecho universal de asociación, hecho que revela que no estaban fuera de su visión. El artículo 182 señala: «Todos tienen derecho de formar asociaciones con fines que no sean contrarios a las leyes penales. Dichas asociaciones adquirirán capacidad jurídica conforme a las prescripciones de la ley, que no les podrá ser rehusada por motivos del fin religioso, político o social que persiguen».

En realidad, la Comisión era hostil a todo tipo de participación organizada e institucionalizada de la sociedad. De allí su rechazo abierto a las tendencias funcionales, gremiales o corporativas. Una de las razones que aducía era el peligro que entrañan los intereses privados cuando ejercen poder que concierne al interés común. Se garantiza muy poco —decía— «la conveniencia pública entregando su cuidado a quienes llevan por consigna propugnar conveniencias privadas». Invocaba, de otro lado, el hecho cierto, pero superable, de la inexistencia de «grandes y permanentes corporaciones representativas de los diversos sectores del capital, el trabajo y la cultura. El sentido de la coalición —decía— de la sindicalización de intereses similares, está todavía en su período rudimentario. Tiene incipientes manifestaciones en unos cuantos centros relativamente industrializados [...]». Creía que faltaba «[...] el espíritu, la fuerza solidaria de corporaciones vivas y eficientes». Y ese espíritu «no se forja con leyes electorales; no se impone fríamente como obligación o disciplina; brota espontánea de instintos populares en climas económicos y sociales propicios».[38] Resulta incomprensible que la Comisión ignorara, deliberadamente, la existencia histórica, desde luego, precaria, a veces beneficiosa y a veces perniciosa, pero evidente de los partidos, incluso en época no tan lejana como la de la «república aristocrática». La única explicación posible frente al hecho es la posición que adoptó la gran mayoría de los miembros de la Comisión, postura que fue hostil a los partidos políticos o mantuvo una actitud de clara coincidencia con la política de las autocracias que se sucedieron entre 1931 y 1945. El caso de Manuel Vicente Villarán es ilustrativo.

Manuel Vicente Villarán compitió en las elecciones de 1936, las primeras después de darse la nueva Constitución, representando un movimiento político encabezado por Pedro Beltrán, Clemente Revilla y José de la Riva Agüero. Se enfrentó a Jorge Prado Ugarteche, apa-

[38] *Ibid.*, pp. 36-37.

rentemente favorecido por el Gobierno; Luis A. Florez, de la Unión Revolucionaria; y Luis Antonio Eguiguren, del Partido Social Demócrata que, al parecer, contaba con el respaldo del APRA, partido que se encontraba proscrito conforme al artículo 53 de la Constitución. Aunque las elecciones se llevaban a cabo bajo imperio de leyes de excepción que negaban o restringían los derechos ciudadanos, Villarán, en una alocución radial, difundida en la campaña, pedía al país «salvar al Perú de los revolucionarios embates del marxismo que amagan como una catástrofe» y «estimular la prosperidad general y atender con preferente empeño y preocupación al bienestar material y al progreso espiritual de las clases desafortunadas». En congruencia con esas ideas, el 12 de mayo de 1936, sostenía que el Perú se expondría a peligros inmensos si «por complacencia o debilidades suicidas, llegasen al poder los partidos marxistas, entre los cuales se cuenta el Partido Aprista Peruano». Y añadía: «Este país desgarrado y empobrecido tanto tiempo por guerras civiles y revoluciones necesita convalecer, revitalizarse, renovarse siguiendo un proceso ordenado y pacifico». Extraño lenguaje para quien había cuestionado el Oncenio leguiísta, que usó precisamente los mismos argumentos para perpetuarse en el poder.

Villarán era perfectamente consciente del clima fraudulento en que se desenvolvía el proceso. Sin embargo, su preocupación era la sustracción de sus votos y no la privación de derechos a la gran mayoría de ciudadanos. «Se extiende el rumor inverosímil propalado audazmente en ciertos círculos de que, con pocos o con muchos votos efectivos, hay candidato predestinado al triunfo». Era verdad. Benavides, la víspera de los comicios, reclamó al país: «¡Que vuestro voto lleve al poder a un ciudadano que mantenga la orientación dada al país!»,[39] es decir, la autocracia entonces vigente. Al convocar a las elecciones, ya había advertido que las elecciones no debían impedir la continuidad de su obra. Para él, no existían «sino hombres de orden y hombres de desorden»,[40] partidos que se mantienen dentro del respeto de la ley y partidos que hacen de la subversión y de la violencia su plataforma. Sus palabras aludían, por cierto, al asesinato de Antonio Miró Quesada y de su esposa María Laos de Miró Quesada el 15 de mayo de 1935 por obra de un militante del APRA (Steer Lafont). Las elec-

[39] *El Mariscal Benavides, su vida y su obra*. Tomo II. Lima: Editora Atlántida, 1981, p. 213.

[40] *Ibid.*, p. 203.

ciones, como es sabido, se anularon y Benavides se sucedió a sí mismo con la complicidad del Congreso Constituyente, que *prorrogó* el mandato presidencial por tres años más.

No obstante tan señalado error, es evidente que el anteproyecto de la comisión Villarán, en los demás aspectos que se han glosado, fue una valiosa contribución al estudio de las instituciones políticas del Perú y, sin duda, el más razonable anteproyecto de Constitución elaborado fuera del ámbito parlamentario.

6. Las funciones del Estado. Las normas programáticas. El carácter social del Estado

La segunda parte de la Constitución («Derechos y deberes fundamentales») aparece, en el anteproyecto, dividido en cinco capítulos distintos (persona, religión, vida económica, educación y suspensión de garantías). De estos, importa, obviamente, el consagrado a la vida económica. Sostiene la Comisión que su proyecto «trasladaba» los principios de política económica y social consagrados en la Constitución de 1920 «expresados en forma más amplia o más precisa». Afirma, además, que la civilización industrial, las nuevas formas de capital y del trabajo «han puesto en evidencia la necesidad de ampliar las funciones del Estado con el objeto de realizar aspiraciones de mayor justicia y mayor libertad para todos en el orden económico». Tal realidad, que se expresa en nuevas responsabilidades estatales frente al trabajador o a la sociedad, aparece, a juicio de la Comisión, sintetizada en la fórmula general que establece los principios que deben inspirar la vida económica (justicia y condiciones de existencia dignas del hombre), en los preceptos que comprometen al Estado en la protección de los derechos de los trabajadores, en la seguridad social, en la protección del derecho de libre asociación de trabajadores, empresarios, individuos de la raza indígena, etc. Por ello, impone al Estado la obligación de adaptar las leyes a su situación particular (artículo 171) o de reconocer a las comunidades de indígenas y «demás instituciones consuetudinarias de las poblaciones rurales indígenas» (artículo 193). Por ser «el problema del indio» una cuestión agraria y educativa, «consideraba que el primer paso» era la conservación y protección de la propiedad rural, privada y comunal (artículo 192); la dotación de tierras en cantidad suficiente; y, desde luego, la educación y elevación de los niveles culturales de la población.

El carácter social del proyecto aparece, a juicio de la Comisión, en el artículo 191 que declara que «El estado garantiza la propiedad privada con la obligación correlativa de usarla en armonía con el interés general. Las leyes fijarán los límites y modalidades del derecho de propiedad. La expropiación solo puede tener lugar por causa de utilidad pública sobre la base de la ley y previa justa indemnización». En armonía con dicho principio, y «sin apartarse del régimen capitalista», se permite que el Estado tome a su cargo, mediante ley, transportes terrestres, marítimos o aéreos; y otros servicios públicos, además de reivindicar para el Estado la propiedad de minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza.[41]

7. Conclusión

El anteproyecto de la comisión Villarán fue un esfuerzo valioso que el Perú —país de oportunidades desperdiciadas— desaprovechó en 1931, aunque no del todo. La Carta de 1979 recogió algunas de sus propuestas. Lástima que no se repararan en las reflexiones de la exposición de motivos, que supera, con creces, al excelente texto del anteproyecto como base de un debate serio.

Son precedentes dignos de la estirpe intelectual del doctor Manuel Vicente Villarán los esfuerzos que entrañaron los anteproyectos constitucionales de Felipe Pardo y Aliaga, comentados lúcidamente por José Antonio de Lavalle;[42] el anteproyecto de la comisión Arenas, elaborado por encargo del presidente Piérola;[43] y, desde luego, los históricos proyectos de Bartolomé Herrera[44] y de Fernando Casós,[45] que hemos examinado en otro estudio.

---

[41] VILLARÁN, Manuel Vicente. *Op. cit.*, p. 195.

[42] *Proyecto de Constitución Política, escrito por Sr. D. Felipe Pardo y presentado a la Convención Nacional por los SS. Diputados Quiroz, Babilón, Terri (D.J) Terri (D.J.M) y Tejeda, con algunas explicaciones y comentarios por José A. de Lavalle*. 2.ª ed. Lima: Tip. de Alfaro y Cia, 1859.

[43] ARENAS, Alejandro, Manuel CANDAMO, Juan M. ECHENIQUE, y Carlos R. POLAR. *Proyecto de reforma de la Constitución de 1860*. Lima: Imprenta de Torres Aguirre, 1896.

[44] «Proyecto de reforma constitucional de Bartolomé Herrera». En PAZ SOLDÁN, José Pareja. *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1954, pp. 845-880.

[45] *Proyecto de reforma de la Constitución promulgada el 16 de octubre de 1856*. Trujillo: J. Aguilar, 1858.

La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional

Francisco José Eguiguren Praeli

AUNQUE SIEMPRE TENDRÉ EL RECUERDO imborrable de las clases de Derechos Reales y de Garantías que me dictara Jorge Avendaño hace treinta años, en épocas más recientes, he tenido la ocasión de conocer y compartir, muy cercanamente, su interés y actuación respecto de distintos temas constitucionales.

Tanto en su ejercicio como Decano del Colegio de Abogados de Lima como en su ulterior labor de congresista, Avendaño realizó diversas acciones y propuestas en defensa de la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución. Posteriormente, cuando integramos la Comisión de Estudio sobre las Bases de la Reforma Constitucional, convocada por el presidente Paniagua durante el Gobierno de Transición, realizó importantes aportes jurídicos especialmente en aspectos relacionados con el sistema de impartición de justicia y la función jurisdiccional. Por ello, estoy seguro de que el tema escogido como objeto de este trabajo resulta no sólo de particular interés para el maestro Avendaño, sino que aborda una materia en la que viene realizando sustantivos aportes.

1. Consideraciones previas

La existencia de un sistema de jurisdicción constitucional en el Perú resulta un suceso relativamente reciente, pues su aparición —con ri-

betes definidos— recién se produjo con la Constitución de 1979.[1] Su origen y evolución han estado bastante influidos por la Constitución española de 1978 y la labor de su Tribunal Constitucional, como lo revelan la adopción inicial de un Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) —en emulación a su homólogo de la Segunda República Española—, el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad y la noción de derechos fundamentales.

Sin embargo, la configuración de la jurisdicción constitucional en el Perú tiene también características peculiares, debido a que sus componentes suponen una yuxtaposición de elementos tomados de los dos modelos clásicos, lo que ha dado como resultado un sistema diferente respecto a otros ordenamientos latinoamericanos que han seguido similar proceso de mestizaje entre modelos supuestamente contrapuestos como los denominados difuso o americano, y concentrado o europeo.

Sin embargo, conviene precisar, como hemos sostenido en otras oportunidades,[2] que el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional de tipo dual o mixto en el Perú, antes que producto de una decisión de índole teórica o conceptual, se explica más bien como el resultado de la incidencia de factores políticos y jurídicos concretos, que determinaron la incorporación parcial de elementos propios del modelo concentrado en un ordenamiento en el que, inicialmente, se había acogido el sistema de control judicial difuso sin sustituirlo o dejarlo de lado. Consideramos que ello ha sucedido tanto por las vacilaciones y el relativo desconocimiento técnico de los constituyentes y el Parlamento respecto a la estructuración del sistema de jurisdicción constitucional, como por la clara reticencia del Poder Judicial a

---

[1] Si bien el denominado recurso de *habeas corpus* se remonta a una ley de 1897, regulado posteriormente en el Código de Procedimientos Penales, y la prevalencia de la Constitución sobre la norma legal se estableció en el Título Preliminar del Código Civil de 1936, su sola existencia no basta para hablar de una jurisdicción constitucional; por lo demás, su aplicación concreta distó mucho de ser significativa y, menos aun, eficaz. Cf. García Belaunde, Domingo. *El hábeas corpus en el Perú*. Lima: UNMSM, 1979. Asimismo, véase Eguiguren Praeli, Francisco. «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad». *Lecturas sobre temas constitucionales*, n.° 7, pp. 17 a 59, 1991.

[2] Cf. Eguiguren Praeli, Francisco. *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer – CIEDLA, 2000. En especial, pp. 66 y 67.

ver disminuidas su posición o atribuciones, en especial por la incorporación de un Tribunal Constitucional.

2. La Constitución de 1979: del control judicial de constitucionalidad a un sistema (dual o mixto) de jurisdicción constitucional

Pese a la gran influencia política e intelectual que ejerció entre nosotros el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, ninguna de las numerosas constituciones peruanas del siglo XIX ni las Cartas de 1920 o 1933 recogieron la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review*. Ni siquiera se consignaron normas que consagraran expresamente la supremacía constitucional; la única excepción fue la efímera Carta de 1856, cuyo artículo 10 establecía que será «nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución». Sin embargo, ella tampoco contempló nin-gún mecanismo o proceso para declarar o conseguir tal nulidad.

Nuestros antiguos constituyentes optaron por reservar en exclusividad al propio Poder Legislativo la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, en una suerte de sistema político de control constitucional. Con ocasión del anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán,[3] se propuso instaurar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes mediante el sistema de inaplicación en el caso concreto de la norma contraria a la Constitución, pero sin derogarla. De esta forma, se garantizaba que esta decisión (surgida en un proceso o juicio cualquiera) llegue, necesariamente en revisión y confirmación a la Corte Suprema. Lamentablemente, esta propuesta fue descartada por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933.

El control judicial por inaplicación de las normas inconstitucionales, sin embargo, llegó a plasmarse poco después en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. En esa norma, se señalaba que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera». En cambio, la Constitución de 1933 sí contempló, en su artículo 133, la acción popular como

[3] Cf. Villarán, Manuel Vicente. *Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1962, pp. 77-78.

remedio para impugnar, ante el Poder Judicial, los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo que contravengan la Constitución o la ley. Puede decirse, en verdad, que de poco sirvieron ambas normas para que se desarrollara en el país un efectivo control judicial de la constitucionalidad de las leyes, y de la sujeción de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo a la Constitución y al principio de legalidad. La pasividad, el formalismo y la sumisión frente al poder político, que caracterizaron mayormente a la actuación del Poder Judicial, lo impidieron en gran medida.[4]

Recién la Constitución de 1979, que entró formalmente en vigencia el 28 de julio de 1980, al asumir sus funciones el gobierno electo democráticamente y cesar el régimen militar, efectuó una transformación sustancial al instituir un sistema de jurisdicción constitucional cuyos rasgos principales fueron los siguientes:

a) Se ampliaron las llamadas «Garantías Constitucionales». Así, se sumaron a las ya existentes (*habeas corpus* y acción popular) la acción de amparo, que servía para la defensa de los demás derechos constitucionales; y la acción de inconstitucionalidad, que se utilizaba contra las leyes y normas de rango legal que vulnerasen la Constitución.
b) Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este tribunal tenía competencia para conocer en casación de las acciones de *habeas corpus* y amparo desestimadas en el Poder Judicial, así como —en forma directa y exclusiva— de la acción de inconstitucionalidad.

[4] Argumentos tales como la inexistencia de leyes que regulen los procedimientos judiciales necesarios para efectivizar la aplicación de ambos artículos o la restricción de los alcances del artículo XXII exclusivamente a causas civiles fueron utilizados muchas veces por el aparato judicial para eximirse de dar cumplimiento a dichas normas. Recién al dictarse, en 1963, la Ley Orgánica del Poder Judicial, se incluyó el artículo 8 que dispone: «Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en Consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. Las Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes». Lamentablemente, ello tampoco bastó para lograr la cabal aplicación de este proceso de control constitucional.

c) El Poder Judicial tenía a su cargo el conocimiento inicial de las acciones de habeas corpus y amparo, así como la competencia exclusiva para la acción popular, proceso que se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.

d) Se consagraba constitucionalmente, por primera vez, que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a esta (control difuso). De esta forma, se observaba el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debía concluir, necesariamente, con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos solo alcanzaban al caso concreto sin derogar la norma inconstitucional.

Como acertadamente señala Samuel Abad, la Carta de 1979 estableció un modelo peculiar de jurisdicción constitucional, que era ejercido, simultáneamente, por el Poder Judicial (en sus diversas instancias) y por un tribunal constitucional. «En algunos casos compartían determinadas competencias en un mismo proceso, tal como sucedía en el habeas corpus y el amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En otros, lo ejercían de modo exclusivo (por separado), v.g. la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad ante el TGC».[5] A ello, debemos agregar el control difuso de la constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial en cualquier proceso, sin que la decisión final de la Corte Suprema pasara a conocimiento y revisión del TGC ni estableciera ningún vínculo o contacto con este.

Ya el profesor venezolano Brewer-Carías precisaba que la tendencia predominante en América Latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un sistema mixto. En ese sentido, a un sistema de control difuso se le agregaba, posteriormente, el sistema concentrado, radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en tribunales constitucionales. De esta manera, ambos funcionaban simultáneamente o adoptaban —en el caso de algunos países—, desde el principio, dicho modelo mixto.[6] Sin embargo, García Belaunde introduce

---

[5] Abad Yupanqui, Samuel. «La Jurisdicción Constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, 1996, p. 110.

[6] Cf. Brewer-Carías, Allan: «La Justicia Constitucional en América Latina». En García Belaunde, Domingo y Francisco Fernández Segado (coordinadores). *La Justicia Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson; Lima: Ediciones Jurídicas; Uruguay: Editorial Jurídica Venezolana y Editorial Jurídica E. Esteva, 1997, p. 123.

una muy interesante distinción al interior de estos modelos derivados; así, diferencia al modelo mixto de otro que denomina dual o paralelo, el cual, según parece, corresponde al sistema de jurisdicción constitucional vigente en el Perú. Afirma el maestro peruano que, si bien ambos surgen por la incorporación del modelo concentrado o europeo en países que ya tenían adoptado (y mantienen) el sistema americano o difuso, el sistema mixto se genera cuando se produce una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, lo que da lugar a un tercero que no es lo que son los dos anteriores pero tampoco algo enteramente autóctono y original. «En cambio, el modelo dual o paralelo es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución Peruana de 1979».[7]

3. Particularidades del TGC peruano respecto del Tribunal Constitucional español

Con el establecimiento del Tribunal de Garantías Cons-titucionales en la Carta de 1979, se pretendió obtener mayor seguridad en el control de la constitucionalidad de las leyes y la vigencia de los derechos fundamentales, pues se pensaba que este órgano no repetiría la sumisión al poder político que los constituyentes objetaron a la conducta del Poder Judicial. La propuesta inicial fue elaborada por el constituyente Javier Valle Riestra; con ella, se buscaba recoger aspectos importantes de la experiencia española en este campo, aunque el texto finalmente aprobado restringió sustancialmente las competencias que asignaba al TGC el proyecto. La relativa coincidencia temporal entre los procesos constituyentes español y peruano de entonces, así como el escaso conocimiento del grueso de nuestros constituyentes respecto al papel y funciones de un Tribunal Constitucional, impidieron que se recogieran los desarrollos más recientes en la materia y llevaron a que se adopte con significativo recelo.

---

[7] García Belaunde, Domingo. «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo». En «La justicia constitucional a finales del siglo XX». *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, año VII, n.° 6, 1998, pp. 139-154.

La Constitución peruana de 1979 otorgó al Tribunal de Garantías Constitucionales las características y competencias siguientes.

a) El TGC fue definido como «órgano de control de la Constitución, aunque sin atribuirle expresamen-te la calidad de supremo intérprete de ella —lo que sí hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (TC) español (LO 2/1979, del 3 de octubre)—. Tampoco se le confirió el monopolio de la jurisdicción constitucional.

b) Contaba únicamente con dos competencias. Por un lado, podía declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que, por la forma o por el fondo, contravengan la Constitución. Por otro lado, se le permitía conocer en casación las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y amparo, una vez agotada infructuosamente la vía judicial. En cambio, el TC español sumaba a estas dos otras competencias, previstas en la Constitución y su Ley Orgánica, tales como la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de estas entre sí; los conflictos entre los órganos constitucionales; la declaración de la constitucionalidad de los tratados; las impugnaciones planteadas por el Gobierno contra resoluciones o disposiciones de los órganos de las Comunidades Autónomas; y la cuestión de inconstitucionalidad acerca de alguna ley, planteada por el Poder Judicial.

c) Respecto a la protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1979 establecía que los derechos relativos a la libertad individual y a los conexos serían protegidos a través del *habeas corpus*, mientras que la totalidad de los derechos restantes se cautelarían mediante la acción de amparo. En cambio, la Constitución española de 1978 solo contempla la procedencia del amparo respecto de algunos derechos constitucionales, mencionados en el artículo 53.2 de dicha Carta. Si bien, en ambos ordenamientos, el TGC y el TC intervienen en la protección de los derechos constitucionales, el proceso es distinto en cada caso. Así, en el caso peruano, el TGC conocía en casación, a instancia de parte, las resoluciones judiciales de la Corte Suprema que denegaban la demanda de amparo. En cambio, en el caso español, los derechos constitucionales susceptibles de amparo se tramitan ante los tribunales ordinarios en un procedimiento especial guiado

por los principios de preferencia y sumaridad. Solo agotada la vía judicial, puede el recurrente plantear una demanda de amparo ante el TC, siempre y cuando considere que dicha resolución vulnera preceptos constitucionales.

d) El hecho de que el TGC peruano conociera en casación solo las acciones de *habeas corpus* y amparo denegadas por la Corte Suprema, le otorgaba una actuación residual en este campo. A su vez, estos procesos resultaban innecesariamente largos, pues la vía judicial constaba de tres instancias, a las que debía sumarse, eventualmente, la participación adicional del TGC. A estos inconvenientes habría que agregar que la Ley Orgánica del TGC indicaba que esta casación no constituía una cuarta instancia de resolución definitiva, por lo que, si el TGC derogaba la resolución denegatoria expedida por la Corte Suprema (por considerar que existía errónea aplicación de la ley o vicios procesales), debía explicar sus fundamentos y devolver la causa a la propia Corte Suprema (reenvío) sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. La Corte debía, entonces, dictar una nueva sentencia; para ello, tenía que seguir los criterios esbozados por el Tribunal, criterio que no siempre se siguió, lo que ocasionó algunos casos de un nuevo reenvío. La intención de este tipo de casación era evitar mayores confrontaciones entre la Corte Suprema y el TGC, a fin de que la última palabra no la tuviera formalmente el Tribunal.

e) El TGC estaba compuesto por nueve magistrados: tres designados por el Poder Ejecutivo, tres por el Legislativo y tres por la Corte Suprema.[8] Ello implicaba que los mismos órganos cuyas decisiones estaban sujetas a control del Tribunal, eran quienes designaban a los miembros de este, lo que resultó —como se confirmó en muchas ocasiones— poco propicio para garantizar la independencia de los magistrados del TGC, con mayor razón cuando podían ser reelectos (al vencer su período) por el propio órgano que los designaba.[9] En ello difería del TC español, cuyos

[8] El proyecto de Valle Riestra proponía que tuviera 12 miembros, número similar al del TC español. Su designación correspondería a la Federación Nacional de Colegios de Abogados (dos), al Consejo de la Magistratura (dos), al Senado (dos), a la Cámara de Diputados (dos), a la Corte Suprema (dos) y a las facultades de Derecho (dos).

[9] Fue notoria, por ejemplo, la frecuente reticencia de los magistrados cuyo nombramiento provenía del Poder Judicial a efectuar la casación de las resoluciones sobre amparo o *habeas corpus* dictadas por la Corte Suprema.

miembros son doce y son nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso de los diputados, cuatro a propuesta del Senado (en ambos casos, las propuestas se aprobarán por tres quintos de sus miembros), dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La duración de su mandato era de nueve años y se renovaba por tercios cada tres años, sin posibilidad de una nueva designación inmediata. El TGC peruano conocía de todo los casos en pleno, mientras que el TC español se divide en dos salas, que conocen por separado de algunas materias.

f) La sentencia del TGC que declaraba inconstitucional una ley carecía de efecto retroactivo y no producía la derogación inmediata de la norma. En efecto, se dispuso que el TGC debía remitir su sentencia al Congreso para que este apruebe una ley derogatoria. Solo si, después de 45 días, el Congreso no lo hacía, recién entonces se publicaba la sentencia del Tribunal en el Diario Oficial; de esta forma, quedaba derogada la norma inconstitucional.[10] Para declarar inconstitucional una ley, la sentencia del TGC requería reunir el voto conforme de dos tercios de sus miembros, es decir, la aprobación de seis de los nueve magistrados. Cuando no se alcanzaba dicha votación en un determinado sentido, el Tribunal quedaba sin expedir sentencia y sin prever solución alguna en este supuesto. En el caso español, la sentencia de inconstitucionalidad surte efectos de cosa juzgada y deroga la norma inconstitucional desde el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La sentencia se adopta por el voto favorable de la mayoría de magistrados; en caso de empate, el Presidente tenía voto dirimente.

Cabe señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó en el Perú desde noviembre de 1982 y concluyó sus días abruptamente el 5 de abril de 1992, al ser disuelto y desactivado tras el autogolpe del presidente Alberto Fujimori. Una evaluación objetiva de la tarea que desplegó arroja un balance poco digno de relevancia. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifra-

[10] Este procedimiento, además de engorroso, tenía incluso el efecto negativo de prolongar la vigencia de una norma ya declarada inconstitucional por el TGC; su racionalidad era evitar que el Congreso pudiera sentirse afectado en su autoridad por una derogación directa de la ley dispuesta por la sentencia del TGC.

ron en la creación del Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados. Sustentan esta afirmación, por lo demás ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducido número de acciones de inconstitucionalidad que resolvió el TGC, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en materia de acciones de *habeas corpus* y amparo. Es justo señalar, también, que las limitaciones impuestas al TGC por el modelo adoptado en la Constitución de 1979 y su Ley Orgánica incidieron, de alguna forma, en esta algo opaca labor.

4. La Constitución de 1993 y las novedades introducidas

La Constitución peruana de 1993, surgida del proceso constituyente promovido por el gobierno de facto de Fujimori ante las presiones nacionales e internacionales generadas tras el autogolpe de Estado, reguló, en su título V, denominado «De las Garantías Constitucionales», lo referente a la jurisdicción constitucional e introdujo diversas novedades importantes. A continuación, cabe señalar algunas de ellas.

a) Se volvieron a ampliar las garantías constitucionales. Así, las nuevas acciones de *habeas data* y de cumplimiento se sumaron al *habeas corpus*, acción de amparo, acción popular y acción de inconstitucionalidad. Se precisó, también, como un avance muy significativo, que el ejercicio del *habeas corpus* y el amparo no se suspende en relación con los derechos restringidos durante la vigencia de los regímenes de excepción. Así, los tribunales podían efectuar, en el caso concreto, el control judicial de la racionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

b) Se estableció el Tribunal Constitucional, a pesar de que las propuestas iniciales del oficialismo sustentaban su reemplazo por una sala constitucional de la Corte Suprema. El TC volvió a ser definido como «órgano de control de la Constitución». Este órgano está integrado por siete magistrados, todos ellos elegidos por el Congreso, con el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros. Para ser designado magistrado del TC, se deben cumplir los requisitos aplicables a los vocales de la Corte Suprema, cuya edad mínima la propia Carta de 1993 rebajó de 50 a 45 años. Su mandato tiene una duración de cinco años, sin posibilidad de reelección inmediata.

c) Las competencias del Tribunal Constitucional fueron ligeramente ampliadas y modificadas en su regulación. Así, le corresponde al TC, en primer lugar, conocer, en instancia única, de la acción de inconstitucionalidad; de esta forma, podía hacer procedente esta contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En segundo lugar, le corresponde conocer, en última y definitiva instancia, de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Con ello, el TC se convierte en instancia final de fallo en estos procesos y, al mismo tiempo, se suprime la casación y el inconveniente reenvío a la Corte Suprema anteriormente existente. La Ley Orgánica del TC restringió a dos instancias la etapa judicial y excluyó la intervención de la Corte Suprema, salvo cuando la acción de garantía se interpone contra resoluciones judiciales. El acceso al TC se da a través del denominado recurso extraordinario, que solo puede ser ejercido por el demandante cuando el órgano judicial desestima su pretensión. Por último, se le permite conocer de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución conforme a ley.

d) La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas. Les corresponde interponerla al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo y al veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Asimismo, pueden interponer dicha acción cinco mil ciudadanos, si se trata de normas con rango de ley; y el uno por ciento de ciudadanos de la localidad, cuando se trata de la impugnación de ordenanzas municipales. Por último, también están legitimados para interponerla los presidentes de las regiones y los alcaldes de municipios provinciales; y los colegios profesionales, en materias propias de su especialidad.

e) La sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una ley se publicará directamente en el Diario Oficial. Inmediatamente después del día siguiente de su publicación, se produce la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos.

Sin embargo, aunque las novedades introducidas en el ámbito constitucional lucían —en general— bastante positivas, satisfaciendo, en muchos casos, las reformas demandadas por la comunidad académica y especialistas, la labor constituyente y el desarrollo del proceso político evidenciaban la poca convicción del Gobierno y del oficialismo parlamentario en propiciar efectivamente el fortalecimiento del reinstaurado Tribunal Constitucional. No hubo, por ello, demasiada sorpresa cuando, al momento de elaborar y aprobar la Ley Orgánica del TC, se introdujera una deliberada limitación a la eficacia del Tribunal. En efecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica del TC 26345 (del 10-1-95) dispuso que, para declarar inconstitucional una norma con rango de ley, se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del TC. Si esa votación no se alcanzaba, a pesar de que una mayoría absoluta de magistrados (cuatro o cinco por ejemplo) hubiesen votado por la inconstitucionalidad, el TC tenía que dictar sentencia desestimando la demanda. De esta forma, quedaba confirmada la constitucionalidad de la norma y esta ya no era susceptible de nuevo cuestionamiento. Imponer un número de votos tan elevado (incluso superior al del TGC) tenía el inocultable propósito de dificultar, grandemente, la expedición de sentencias de inconstitucionalidad.

El TC llegó a resolver cinco acciones de inconstitucionalidad antes que el gobierno de Fujimori diera un nuevo golpe a su autonomía institucional. Ello ocurrió ante una acción promovida para cuestionar la constitucionalidad de la ley 26657 que, mediante una interpretación grosera de la Constitución, habilitaba al presidente Fujimori para postular a un tercer mandato consecutivo y una segunda reelección inmediata, pese a que la Constitución solo permitía esta por una vez. En medio de un proceso accidentado, finalmente cuatro magistrados se abstuvieron de votar; los tres restantes resolvieron (por unanimidad) que esta ley vulneraba la Constitución y, ante la imposibilidad de dictar una sentencia de inconstitucionalidad, argumentaron la utilización del control difuso en el caso. Así, dispusieron la inaplicación de dicha ley y, consiguientemente, la imposibilidad de una nueva postulación del presidente Fujimori.

Ciertamente, la interpretación asumida por los tres magistrados buscaba ser una salida para superar la irracional limitación impuesta por la regla de la exigencia de los seis votos conformes. No obstante, como era previsible, este fallo generó una violenta reacción de la mayoría parlamentaria oficialista, la cual dio inicio a una acusación constitucional (antejuicio político) contra los tres magistrados. Para ello,

adujeron que los magistrados habían violado la Constitución al fallar por la inaplicación de la ley (control difuso) cuando lo que hubiera correspondido era, ante la existencia de solo tres votos conformes, declarar infundada la acción de inconstitucionalidad. Desoyendo el amplio rechazo de la comunidad jurídica y la opinión pública, la mayoría parlamentaria aprobó, el 29 de mayo de 1997, la destitución de los tres magistrados por infracción de la Constitución. Así, antes de cumplir un año de funcionamiento, el nuevo TC quedaba vulnerado en su autonomía y limitado en su accionar. En él, solo permanecieron cuatro magistrados por casi tres años. Por tanto, quedó imposibilitado de resolver acciones de inconstitucionalidad. Esta situación anómala fue superada solo con la caída del régimen fujimorista.

5. Situación actual, problemas que subsisten y posibles reformas constitucionales

El Tribunal Constitucional ha tenido una historia más bien azarosa y accidentada en nuestro país. Tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como el Tribunal Constitucional, previstos en las constituciones de 1979 y 1993, fueron adoptados sin demasiada convicción por los respectivos cuerpos constituyentes. El antiguo TGC nunca alcanzó una trayectoria descollante y terminó abruptamente sus días con el autogolpe de Fujimori del 5 de abril de 1992. Por su parte, el reinstaurado Tribunal Constitucional, antes de cumplir el primer año de funcionamiento, sufrió la arbitraria destitución de tres de sus magistrados como represalia política.

Tras la caída del régimen fujimorista, el Congreso dispuso la reincorporación al TC de los tres magistrados injustamente destituidos, mandato que también fue establecido en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No hace mucho, se produjo la renovación parcial de la composición del TC, pues el Congreso designó a cuatro nuevos integrantes que, sumados a los tres magistrados reincorporados, completan un tribunal de calidades jurídicas y morales ciertamente destacables. Desde entonces, el TC ha ido adquiriendo cada vez mayor presencia en la vida jurídica y política nacional, a tal punto que —a pesar de la controversia que han suscitado algunas de sus resoluciones— puede decirse que su posición como órgano autónomo protector de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales se ha fortalecido.

Sin perjuicio de estos avances, consideramos que se hace necesario adoptar algunos cambios en las competencias y estructura orgánica del TC a fin de fortalecer y optimizar el desempeño de sus funciones. Estos cambios podrían efectuarse en el marco del proceso de reforma constitucional actualmente en curso en el Congreso.

5.1. El TC debe ser el supremo intérprete de la Constitución

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional sigue sin ejercer el monopolio de la jurisdicción constitucional. La Constitución de 1993 y la Ley Orgánica del TC persisten en definirlo como el órgano de control de la Constitución y no como supremo intérprete de esta. Sin embargo, debe resaltarse que la propia Ley Orgánica contiene una norma (introducida casi subrepticiamente) en la primera de sus disposiciones generales que señala lo siguiente: «Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Cabe agregar que en el artículo 39 de la Ley Orgánica del TC se establece: «Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida su resolución». Adicionalmente, el artículo 48 de la Ley Orgánica del TC, en su segundo párrafo, dispone que «cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional».

De este modo, puede sostenerse que existen normas de la Ley Orgánica del TC que permiten atribuir fuerza vinculante a los criterios de interpretación adoptados en las sentencias del TC respecto a cualquier futura resolución de las instancias del Poder Judicial. Así, dichos criterios no podrían ser contradichos ni desconocidos. Así, ya no cabe admitir lo sucedido algunas veces durante la existencia del TGC, como cuando, por ejemplo, ciertos jueces o tribunales ordinarios consideraron —en acciones de amparo— inconstitucional una norma y

dispusieron inaplicarla al caso concreto, no obstante que el TC ya había desestimado la inconstitucionalidad de dicha ley,

Sin embargo, si bien estas normas de su Ley Orgánica convertirían al TC, en los hechos, en supremo intérprete de la Constitución en un sistema que mantiene la pluralidad de intérpretes de la misma, consideramos necesario o conveniente que, por la trascendencia de este asunto, se consagre expresamente en la futura Constitución. Con ello, se pondría fin a cualquier controversia a la par que se superarían, definitivamente, los reparos de quienes aún piensan que las referidas normas de la Ley Orgánica del TC exceden el papel que la Constitución de 1993 otorga al TC, o que vulneran las competencias y plena autonomía que esta reconocería al Poder Judicial en materia de la apreciación y el control de la constitucionalidad de las normas.

5.2. La necesaria reducción del número de votos para las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad

Aunque la Carta de 1993 no establece nada al respecto, fue la Ley Orgánica del TC 26435 la que dispuso en su artículo 4 que, para dictar sentencia que declare inconstitucional una ley, se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados que integran el Tribunal. Ya hemos señalado los perversos efectos de dicha norma, que fue objeto de reiterado cuestionamiento de la comunidad jurídica y académica nacional. Por ello, ha sido positiva la aprobación de la ley 27780 (publicada el 12 de julio del 2002) que reduce a cinco votos conformes el número necesario para declarar inconstitucional una norma con rango de ley. Sin embargo, creemos que este avance sigue siendo insuficiente, pues subsiste la posibilidad de que la voluntad de una minoría (tres votos, por ejemplo) predomine sobre la mayoría de los magistrados favorables a la inconstitucionalidad.

El proyecto de reforma constitucional, en actual debate parlamentario, eleva a nueve los integrantes del TC y exige, para la sentencia que declare inconstitucional una ley, los votos conformes de dos tercios del número legal de los magistrados, es decir, seis votos de nueve. En nuestra opinión, lo más adecuado sería que la inconstitucionalidad de una ley se declare con el voto conforme de una mayoría calificada de más de la mitad del número de magistrados del TC. En todo caso, la propia mesura y sensatez del TC, adoptando criterios como la interpretación conforme a la Constitución, que declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada solo cuando esta es manifiesta y

no puede hallarse una interpretación que la haga razonablemente compatible con la Constitución, nos parece un límite suficiente que debería calmar los temores de quienes perciben esta reforma como propiciadora de eventuales excesos del TC.

5.3. Las sentencias del Poder Judicial sobre inaplicación de normas inconstitucionales y su falta de articulación con el Tribunal Constitucional

La Constitución de 1993, en sus artículos 51 y 138, segundo párrafo, habilita a cualquier juez, en todo tipo de procesos, a preferir la norma constitucional sobre una norma inferior que la vulnere y, en consecuencia, a declarar la inaplicación de esta para el caso concreto, de considerarla inconstitucional. Esto se conoce en la doctrina como control difuso o incidental de inconstitucionalidad. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, como ya hemos señalado, la sentencia del juez que declara la inaplicación de la norma inconstitucional tendrá que ser necesariamente revisada por la Corte Suprema, sea por apelación de parte o en consulta de oficio, a fin de asegurar cierta unidad de criterio y certeza en la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de una norma. No obstante, por el carácter dual propio de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, la decisión final sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma dictada en el marco de un proceso ordinario cualquiera quedará reservada al Poder Judicial, por medio de la Corte Suprema, sin que exista ningún mecanismo que permita su revisión por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, este asunto se torna más delicada e incongruente cuando se trata de procesos destinados a la protección de derechos constitucionales, como los de *habeas corpus*, amparo o *habeas data*. Como la Ley Orgánica del TC señala que dichos procesos tendrán dos instancias en el Poder Judicial —que culminan normalmente en las cortes superiores de cada distrito judicial— y que solo podrá recurrirse ante el TC las acciones desestimadas en sede judicial, puede suceder —como de hecho ha ocurrido en muchas ocasiones— que, aun cuando el fallo final favorable al demandado contenga la inaplicación de una norma tildada de inconstitucional, ni siquiera este aspecto de la sentencia llegue a revisión de la Corte Suprema ni, menos aún, del Tribunal Constitucional.

La inexistencia de una norma que prevea esta revisión o consulta en la legislación especializada sobre habeas corpus y amparo, o en la

Ley Orgánica del TC, ha llevado a que se interprete no solo su improcedencia en este tipo de procesos constitucionales sino incluso la no aplicación de la norma general contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a la remisión de estos asuntos a la Corte Suprema. En no pocas ocasiones, ello ha determinado que procesos de amparo culminados en distintas cortes superiores del país muestren sentencias contradictorias acerca de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una misma ley, sin que exista un mecanismo que permita poner fin a una situación que atenta contra la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.

Consideramos indispensable corregir esta situación. La forma más congruente de hacerlo, sobre todo, si se quiere reafirmar el papel del TC como supremo intérprete de la Constitución, y la necesaria seguridad jurídica y coherencia de la jurisprudencia, es estableciendo la llamada cuestión de inconstitucionalidad, prevista en el sistema español. Esta disposición exige que los jueces ordinarios se abstengan de resolver sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma y sometan el asunto a la decisión del TC; luego, el órgano judicial recién procederá a resolver el caso concreto aplicando lo decidido por el TC sobre la constitucionalidad de la norma objetada. No obstante, encontramos poco probable —al menos por ahora— que en nuestro país se apruebe esta reforma. Por un lado, es difícil por el arraigo de la tradición del control difuso en sede judicial, en el que dicho órgano emite sentencia sobre la constitucionalidad de la norma. Por otro lado, no es muy probable, porque la propuesta generaría previsible reacción adversa y presión del Poder Judicial.

Por ello, proponemos que, a propósito de la reforma constitucional en curso, se adopte una medida que brinde, cuando menos, alguna solución intermedia a este problema. En tal sentido, sostenemos la conveniencia de establecer que cualquier sentencia judicial de última instancia (sea en procesos ordinarios o de protección de derechos constitucionales), en la que se haya ejercido control difuso e inaplicado una norma por considerarla inconstitucional, tenga que ser necesariamente sometida a revisión del Tribunal Constitucional en este aspecto específico. Si se adoptara esta fórmula, no solo se afianzaría el papel rector del TC en materia de interpretación de la Constitución y de la defensa del principio de constitucionalidad de las normas, sino que se evitarían posibles colisiones de criterios entre el órgano judicial y el Tribunal, situación que —por lo demás— genera inestabilidad y confusión en nuestro ordenamiento jurídico.

5.4. La necesidad de ampliar el acceso ante el TC y su participación en procesos sobre derechos fundamentales

La Constitución de 1993, en el inciso 2 de su artículo 202, establece que el TC conocerá —en última y definitiva instancia— de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento que hayan sido denegados en el Poder Judicial; es decir, solo el demandante puede acceder ante el TC, mediante el denominado recurso extraordinario, cuando su pretensión ha sido desestimada en sede judicial, posibilidad que no asiste al demandado derrotado. De conformidad con las normas vigentes, la tramitación de estos procesos constitucionales se realiza solo en dos instancias judiciales. Dichas tramitaciones culminan —por regla general— en las cortes superiores, salvo cuando se trata de acciones de garantía contra resoluciones judiciales, que concluyen en la Corte Suprema.

Aunque la intención de esta norma constitucional es dar celeridad a la protección de los derechos fundamentales, de forma que se evita el recurso a una tercera instancia judicial cuando se ha obtenido un fallo favorable al accionante, no está exenta de objeciones importantes. Esto se debe a que la equidad de la norma puede cuestionarse al romper la igualdad que debe existir entre las partes del proceso, al conceder únicamente al demandante el recurso extraordinario ante el TC, que actúa como una tercera y definitiva instancia del mismo proceso. Además, con ello, el TC solo alcanza un conocimiento residual de los procesos constitucionales desestimados en el órgano judicial. Esto puede conspirar contra la certeza y unidad de la jurisprudencia, pues se ha constatado que, dentro de los procesos que culminan en la segunda instancia judicial, pueden quedar firmes resoluciones con criterios opuestos entre sí e incluso contrarios a los fijados por el TC, sin que tales sentencias puedan llegar a conocimiento y revisión de este Tribunal. Lo anterior se torna más grave por la falta de una judicatura especializada en asuntos constitucionales dentro del Poder Judicial, lo que también afecta la calidad y motivación de tales sentencias.

El Proyecto de Reforma Constitucional, en su artículo 209, inciso 2, establece que el TC es competente para conocer, en último grado, de las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, a pedido de parte; y de oficio, cuando sea necesario a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional. Por esta vía, se estaría abriendo la posibilidad de que el TC conozca de oficio sentencias judiciales que

declararon fundada la acción, cuando considere que el caso amerita su intervención. Aunque compartimos las razones que motivan esta propuesta, nos parece preferible y más equitativo habilitar el recurso extraordinario tanto para el demandante como para el demandado, pero solo si se dispone que corresponderá al TC pronunciarse previamente sobre la admisión o no de la causa. Así, el TC solo debería seleccionar y admitir casos cuyo contenido revista especial trascendencia general, sea porque permitirán establecer criterios de interpretación jurisprudencial o para corregir lo resuelto por el órgano judicial.

6. Reflexión final

En los últimos tiempos, se han producido cambios importantes en la organización y funcionamiento del TC, como la reincorporación de los magistrados destituidos y la renovación de la composición del Tribunal; la reducción a cinco de los votos conformes necesarios para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley; el retorno al plazo de seis años (y ya no de seis meses) para la interposición de la acción de inconstitucionalidad; y el hecho de que se hayan implementado dos salas para conocer y resolver, en último grado, de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento.

Sin embargo, se impone introducir algunas modificaciones adicionales en el marco de la actual reforma constitucional. Consideramos conveniente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sea adoptada por el voto favorable de una mayoría calificada de la mitad más uno del número legal de magistrados del TC. Asimismo, es necesario que el TC deba conocer, en último grado, cualquier *habeas corpus*, amparo, *habeas data* o proceso de cumplimiento y ya no solo los desestimados en sede judicial. Esto último debe ocurrir previa decisión de selección y admisión del caso por el propio TC. Igualmente, cualquier sentencia judicial en la que se realice el control difuso e inaplique una norma por considerarla inconstitucional debe ser necesariamente sometida a la revisión final del TC.

Si bien estas reformas no abandonan el carácter dual de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, se enmarcan en una clara dirección de superar las principales deficiencias e inconsistencias observadas, y de encaminarlo hacia un sistema más concentrado, en el que se articulen, coherentemente, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. De esta forma, se afianzará el rol de supremo intérprete de la Constitución que debe corresponder a aquel.

La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado

Baldo Kresalja Rosselló

Infinita aestimatio est libertatis at necessitudinis.[1]

Digesto

La dignidad, la libertad, el pleno o libre desarrollo de la personalidad ha de cuidarse no solo frente al Estado, frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados.

Las bases constitucionales del Derecho privado
Miguel Rodríguez Piñero

El mercado libre no es una posición de equilibrio a menos que lo sostenga un acuerdo general

Herejías económicas. Viejas controversias de la teoría económica
Joan Robinson

Los móviles económicos no operan en el vacío: discurren sobre carriles cuidadosamente dispuestos por la ley [...]. La mano invisible de Adam Smith no es un deus et machina con precedencia sobre las instituciones políticas;

[1] Es infinita la estimación de la libertad y de la necesidad.

al contrario, funciona —para bien o para mal—
solo gracias a que esas instituciones
han sido creadas —quizá para defender los intereses
de una clase o grupo dominante,
quizá para el bien general— con objeto de
controlar y dirigir sus movimientos.

Introducción a la economía
Cecil Pigou

El requisito más importante para convertirse
en empresario es ser propietario de capital.

Estudio sobre la teoría de los ciclos económicos
Michael Kalecki

Todo empieza con las ideas. Estas son la semilla del árbol del porvenir.

Metamorfosis de la economía
Alberto Graña

La libertad económica, manifestación del derecho de libertad, es consecuencia del derecho de propiedad y este, a su vez, una de las bases esenciales para el funcionamiento de la economía del mercado y el ejercicio de la libertad de empresa. Es de esta manera como está presente en este trabajo, como referente silencioso pero esencial, un derecho fundamental cuyo estudio ha sido y es, entre otros, la más destacada tarea académica del homenajeado. Tengo por el doctor Jorge Avendaño Valdez no solo gratitud como alumno, desde mis años escolares y después universitarios, sino reconocimiento por haber liderado, con incuestionable visión de futuro, la más importante renovación en la enseñanza del Derecho en el Perú, labor que ha merecido reconocimientos positivos tanto en el país como más allá de nuestras fronteras. Hace ya muchos años me invitó a participar en esa tarea, a la que me uní con entusiasmo e ilusión, para después ejercer la docencia. Le debo agradecimiento por haberme invitado a formar parte, en más de una ocasión, del gobierno de nuestra querida Facultad de Derecho, así como por haberme honrado con la confianza de sustituirlo en el Decanato, breve e interinamente, en 1999. Nos sepa-

ran nuestras preferencias en el ámbito deportivo; y, en este terreno —me satisface jugar a recordarlo—, los triunfos de mis colores me han acompañado más que las derrotas.

1. Carácter del presente estudio y breve recuento histórico de las relaciones Estado-mercado en el Perú

1.1. El estudio de la libertad de empresa tiene un carácter limítrofe: muchas ramas del Derecho pueden servir, desde distintas perspectivas, para analizar su problemática, sea desde el punto de vista del Derecho Público, Constitucional o Administrativo, o desde la perspectiva del Derecho Privado, a través del Derecho Mercantil, que estudia el estatus del empresario, o del Derecho de la Competencia. No es objeto de este trabajo hacer ese deslinde, pero sí indicar que dicho estudio se conecta con la Constitución Política en tanto esta consagra determinados derechos humanos fundamentales y con el Derecho Privado en cuanto asigna y da protección individual a derechos subjetivos.

Nos interesa poner en relieve, por su vinculación con el tema de este trabajo, que el fundamento del Derecho Administrativo es la noción de interés público y que sus normas tienen aplicación a relaciones supraindividuales en las cuales unos de los sujetos es la administración o un órgano especializado que actúa en el ejercicio de una función estatal, mediante mecanismos que jurídicamente han sufrido poca variación a pesar de los cambios tecnológicos tan acusados en los últimos años: autorizaciones, prohibiciones, concesiones, sanciones, etc. Resulta pertinente recordar, entonces, que la actuación de la administración pública, que es un referente insustituible para conocer de la vigencia real del contenido esencial de la libertad de empresa, persigue el cumplimiento de una serie de fines (constitucionalmente previstos y a los que cada gobierno da concreción más o menos intensa) y, de este modo, le otorga a aquella un carácter instrumental. En efecto, «el cumplimiento de esos fines es, debe ser, determinante de todo su accionar y en ello encuentra además su legitimación última».[2] Por cierto, la administración dirigida por un gobierno democrático debe estar sometida a la ley y habilitada por ella, asumiendo una valoración dinámica y operativa. Su tarea es concretar fines políticos

[2] Martín- Retortillo, S. (dir.). *Derecho Administrativo Económico*. Vol. II. Madrid: La Ley, 1991, p. 51.

pero sirviendo con objetividad a los intereses generales, no a los partidistas; en ello reside la garantía de imparcialidad que debe caracterizarla.

Referente frecuente será el Derecho Administrativo Económico que estudia la actuación que lleva a cabo la administración en el ámbito económico con el objeto de modular el comportamiento de los particulares o las actuaciones que directamente cumple la propia administración, esto es, una actividad de limitación o de ordenación, y otra de prestación, sea directa o a través de concesionarios. Ha sido grande, durante las últimas décadas, la penetración de la administración en determinadas actividades económicas, y eso ha podido y puede afectar el estatuto jurídico de ciertos empresarios y sus relaciones jurídicas con terceros. Ahora bien, las notas características de una moderna administración económica en su vinculación con los operadores económicos, en su gran mayoría privados, no deberían ser otras que la de ser una gestión participada o pactada con los interesados, flexible y rápida, y que haga uso de diversas técnicas y procedimientos, algunas de ellos provenientes del ámbito jurídico-privado.[3] Esta actuación a la que nos venimos refiriendo se manifiesta a través de potestades y prerrogativas diversas «para posibilitar y asegurar el real y verdadero ejercicio de las libertades y derechos individuales y para alcanzar fines que a todos interesan, porque son de interés general o común».[4]

Y de lo dicho se infiere que el tema de este trabajo tiene connotaciones ideológicas y políticas. Esta circunstancia siempre ocurre con las intervenciones del Estado en materia económica y, aunque ello le agrega complejidad a la materia, le resta, en ocasiones, juricidad.

1.2. Desde siempre las relaciones entre Estado y mercado han sido complejas y polémicas, y, como señalan Contreras y Glave, las civilizaciones podrían clasificarse como «aquellas donde el Estado precedió al mercado y lo puso en cierta forma a su servicio, cuando no inhibió su desarrollo, y aquellas otras donde fue el mercado quien precedió al Estado y logró subordinarlo a sus fines».[5] Son ejemplos del primer tipo la mayor parte de los Estados de América Latina y,

---

[3] *Ibid.*, pp. 57 y ss.

[4] Escola, H. *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 17.

[5] Contreras, C. y M. Glave (coords.). *Estado y mercado en la historia del Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 14.

dentro de Europa, España y Francia. Por cierto, se trata siempre de una relación dialéctica, en el sentido de que el desarrollo y el contenido adoptado por el mercado reclaman determinado tipo de Estado y viceversa.

> Hoy en día la relación entre estas dos instituciones es motivo de vivo debate, habiendo llegado a plantearse si el Estado nacional, la gran creación de los tiempos modernos, no resulta ya poco funcional a la globalización alcanzada por el mercado y deba, en consecuencia, tal vez desaparecer. A una época marcada por la gran esperanza en el papel promotor del Estado para el desarrollo y el bienestar económicos ha sobrevenido otra que parece depositar su confianza en el funcionamiento casi autónomo del mercado, dejando para el Estado solo una función de regulación y arbitraje. No en todas partes del mundo, sin embargo, está el Estado preparado para asumir esta delicada tarea, o está el mercado listo para actuar de forma tan autónoma y con tanta prescindencia del poder público. Ni tampoco está la población convencida de alistarse en una empresa tan riesgosa como esa. Por lo mismo, el debate adquiere caracteres particulares en cada ámbito, así como consecuencias cruciales en lugares como América Latina, donde el adecuado desenvolvimiento del organismo económico es cuestión, ya no de niveles de bienestar sino incluso de vida o muerte para amplios sectores de la población.[6]

1.3. En la historia del Perú, la relación entre Estado y mercado ha sido conflictiva y diversa. En la época prehispánica, el Estado inca impuso una amplia hegemonía, tuvo un rol distribuidor de bienes y servicios, monopolizó la producción de ciertos productos, detuvo el desarrollo del mercado —o lo arrinconó a ámbitos marginales— y propició la autosuficiencia. El importante sistema vial y la construcción de tambos tendrían una mayor utilización comercial durante la época colonial. Si bien configuró un país marcadamente agrario, no alcanzó a eliminar el activo comercio costeño, el mismo que utilizó variadas formas de monedas que adquirieron singular importancia comercial en la vida urbana del litoral, debido a la existencia de artesanos especialistas.[7] Sin embargo, la forma comercial más utilizada en la época prehis-

---

[6] *Ibid.*, pp. 14-15. *Vid.* Ugarteche, O. *El falso dilema. América Latina en la economía global.* Caracas: Nueva Sociedad y Fundación Friedrich Ebert (Perú), 1997, pp. 32 y ss.

[7] Espinoza, W. *Artesanos, transacciones, monedas y formas de pago en el mundo andino. Siglos XV y XVI.* Tomo II. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, 1987, pp. 191 y 194.

pánica fue el trueque, en el que predomina el intercambio mas no la mediación.

El imperio del Tahuantinsuyo, a pesar de su carácter multinacional, multilingüístico y pluricultural, tuvo muchos elementos semejantes que han servido para hablar de una civilización andina, pero hubo notorias diferencias entre costa y sierra, y dentro de la misma área serrana. En el vasto territorio del imperio, existió un limitado sistema de equivalencias y de monedas-mercancías, pues los incas nunca tuvieron interés en la creación de monedas metálicas. Se conoció la balanza y la técnica de los cálculos, se acumuló oro y plata, pero no existió la propiedad privada: el dinero, que es el objeto individual por excelencia, fue suplido con productos almacenados para redistribuirlos entre sus súbditos.[8] La organización económica del imperio incaico fue el resultado de un proceso de muchos siglos, determinado por múltiples factores étnicos y sociales, y del colectivismo agrario, una consecuencia del desarrollo incipiente de la personalidad jurídica individual.[9] Las desigualdades económicas y sociales entre sierra y costa, a que hemos hecho referencia, hicieron mucho más fácil la introducción del sistema económico impuesto por los españoles en las zonas costeñas, mientras que, en las serranas, siguió teniendo mayor importancia el trueque directo, las monedas-mercancías, la ayuda mutua y la economía natural.[10]

El comercio, tal como se le entiende en la civilización europea occidental, no solo significa el intercambio de bienes que son necesarios para la satisfacción de necesidades humanas sino, también, la realización de actos de mediación y el reconocimiento o ánimo de lucro de quien realiza estas actividades. Ello implica la posibilidad de que los individuos manifiesten su voluntad libremente en los fenómenos que dan lugar a la oferta y la demanda, y la coincidencia con una o la otra en razón de sus condiciones recíprocas. Los actos a que da lugar la vida comercial son de carácter estrictamente jurídico, pues el cambio, elemento capital del comercio que adquiere con las nuevas tecnologías modalidades originales y desconocidas hasta hace poco, es siempre una forma de contratación. Desde esta perspectiva, el comercio fue desconocido en la América prehispánica o practicado muy marginalmente.

---

[8] *Ibid.*, p. 191.

[9] Ugarte, C.A. *Bosquejo de la Historia Económica del Perú*. Lima: Delva Editores, 1977, p. 19.

[10] Espinoza, W. *Op. cit.*, p. 196.

1.4. El Estado colonial tuvo como propósito involucrar a la población indígena en los mercados que la colonización iba formando, mediante tributos y diversas formas de enrolamiento laboral forzado, especialmente en función de la producción minera para la exportación. «Fue, así, —dicen Contreras y Glave— un momento en que el Estado tomó la iniciativa para el desarrollo del mercado, aunque, debido a ello mismo, creo un sistema de licencias, concesión de monopolios, permisos reales y privilegios que terminaron pervirtiendo el desarrollo mercantil».[11] Se produjo una radical transformación del predominante régimen agrario, pues las tierras pasaron a formar parte del patrimonio de la Corona española de la cual debían emanar los títulos de propiedad de los particulares.[12] Ello dio lugar a las capitulaciones, repartos, encomiendas y corregimientos; a la formación de grandes propiedades territoriales que, en la práctica, significaron abusos para los indígenas; y a la creación de un régimen feudal, en el que los propietarios de las tierras eran dueños de vidas y haciendas.[13] Si bien se produjo un beneficioso intercambio de productos entre Europa y América, la agricultura colonial fue sin duda inferior a la prehispánica, pues los españoles y criollos destruyeron o abandonaron las admirables obras de irrigación y de cultivo de los antiguos peruanos, a lo que se sumó su falta de actitud y de afición por dichas labores, a las que consideraron ocupación de esclavos y de villanos. En relativamente poco tiempo, los campos quedaron desiertos e incultos debido a que la población aborigen fue diezmada por enfermedades y sufrimientos sin cuento.[14] Por otro lado, la intervención del gobierno colonial en la vida económica estuvo marcada por la inoperancia y los prejuicios, y la explotación minera adoleció de grave atraso técnico, consecuencia de la falta de instrucción y del tipo de enseñanza, libresca y poco

[11] Contreras, C. y M. Glave. *Op. cit.*, p 16.

[12] Ugarte, C.A. *Op. cit.*, p. 22.

[13] Como señala C.A. Ugarte: «En resumen, el régimen agrario colonial determinó la sustitución de gran parte de las comunidades agrarias indígenas por latifundios de propiedad individual, cultivados por los indios bajo una organización feudal. Estos grandes feudos, lejos de dividirse con el transcurso del tiempo, se concentraron y consolidaron en pocas manos a causa de que la propiedad inmueble estaba sujeta a innumerables trabas y gravámenes perpetuos que la inmovilizaron, tales como los mayorazgos, las capellanías, las fundaciones, los patronatos y demás vinculaciones de la propiedad». *Op. cit.*, pp. 24-25.

[14] Parodi, C. *Perú 1960-2000, políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*. Lima: Universidad del Pacífico, 2000, pp. 61-63.

práctica,[15] tipo formación que en buena medida ha llegado hasta nosotros. El tráfico comercial estuvo reservado a los súbditos de la monarquía española y centralizado en los puertos de Cádiz y Sevilla. Según Ugarte[16] y García Calderón,[17] la política comercial de España tuvo consecuencias muy poco favorables.

Fueron características principales de la actividad comercial colonial la desigualdad entre las personas, el intervencionismo directo y constante del Estado, la explotación de riquezas sin espíritu de previsión y su carácter mayoritariamente ilegal, pues se desenvolvió, en gran parte, al margen de las leyes y las reglas dictadas por el gobierno de la metrópoli, causas todas ellas que influirán, sobre todo la desigualdad, en la emancipación política posterior.[18] En síntesis, la relación e interdependencia de los diversos componentes o grupos sociales al interior del espacio colonial dio lugar a la conformación de intercambios que tuvieron como resultado la formación de mercados reducidos, hecho que, si bien dio lugar a un lento proceso de mestizaje y aculturamiento, no bastó, por diversas y complejas circunstancias que no es del caso aquí tratar, para la creación de mecanismos que permitieran la instauración de una economía pujante y de desa-

---

[15] Ugarte, C.A. *Op. cit.*, p. 30.

[16] *Ibid.*, p. 35.

[17] Francisco García Calderón señala —en su *Diccionario de la Legislación Peruana*. 2.ª ed. Tomo 7. París/Lima: Imprenta del Estado, 1879, p. 455— que «en la época de la dominación española, no puede decirse en rigor que había comercio en el Perú» y que, por ello, se sufrió un atraso considerable.

[18] C.A. Ugarte es muy severo en su enjuiciamiento de la conducta de los conquistadores y de los aspectos económicos de la conquista española: «carecía en el siglo XVI de las virtudes económicas, especialmente de la constancia para el trabajo y del espíritu de ahorro. Sus prejuicios nobiliarios y sus aficiones burocráticas le alejaban de los campos y de las industrias por juzgarlas ocupaciones de esclavos y villanos. La mayor parte de los descubridores y conquistadores del siglo XVI eran gente desvalida; pero no los inspiraba el móvil de encontrar una tierra libre y rica para prosperar en ella con su esfuerzo paciente: guiábalos sólo la codicia de riquezas fáciles y fabulosas y el espíritu de aventura para alcanzar gloria y poderío. Y si al lado de esta masa ignorante y aventurera venían algunos hombres de mayor cultura y valía impulsaba a estos la fe religiosa y el propósito de catequizar a los naturales. En la escritura de Compañía entre Pizarro, Almagro y Luque, firmada en Panamá el 10 de Marzo de 1526 se ve claramente el espíritu que guiaba a los conquistadores, su concepto de la conquista como una empresa privada. El concepto de la conquista y de la colonización que tenía la Corona española no difería mucho del que tenían los conquistadores privadamente: era un concepto materialista y mercantilista. Era el destino de las colonias beneficiar a la metrópoli, enriquecerla, engrandecerla y levantarla a la cumbre de la prosperidad». *Op. cit.*, p. 20. *Vid.*, asimismo, Ugarte, C.A. *Op. cit.*, pp. 49-51.

rrollo sostenido. El concepto de libertad de comercio y de industria estuvo también ausente; solo tendría recepción muy poco antes de la independencia política.

1.5. Al momento de la independencia, el Estado se replegó en lo que a materia económica se refiere, tanto por su propia debilidad como por la adopción, por las elites criollas, de las modas ideológicas liberales que estuvieron en vigencia durante buena parte del siglo XIX. En los primeros años de la República, el mercado interno se redujo y fragmentó. «Durante el período transcurrido entre 1830 y 1850 la violencia sofocó el crecimiento económico tanto como antes lo habían hecho las restricciones y los impuestos españoles. Estos conflictos —dicen Cardoso y Helwege para la región latinoamericana— establecieron la tradición de apoderarse del gobierno por la fuerza: en ninguna parte se estableció una democracia».[19] Los importantes ingresos provenientes de la exportación del guano (1840-1879) dieron lugar en el Perú a lo que se llamó un período de prosperidad falaz, puesto que el excedente generado no pudo lograr el desarrollo integral del país, y «la bonanza rápida y fácil destruyó los incentivos —dice Parodi— para el desarrollo de cualidades empresariales, que son la base para el crecimiento y el desarrollo [...], la economía del Perú se había convertido en una económica rentista: exportaba guano e importaba prácticamente todos los productos manufacturados siguiendo la teoría de las ventajas comparativas del comercio internacional, al igual que lo había hecho durante la colonia con el oro y la plata».[20] En otras palabras, los ingresos provenientes del intercambio comercial y de la abundancia de un recurso natural, así como la debilidad empresarial interna, dieron lugar a una economía rentista, pues la riqueza se generaba por la propiedad y no por el esfuerzo.

Durante la última década del siglo XIX, la economía peruana tuvo un crecimiento más diversificado, que dio lugar al aumento de las exportaciones y a la expansión moderada del sector industrial dirigido al mercado interno. El mercado vuelve a adquirir liderazgo y se emprende un conjunto de reformas orientadas a facilitar su desempeño en el marco de una fuerte inversión extranjera en los sectores de exportación, hecho que no pudo impedir, sin embargo, la existencia

---

[19] Cardoso, E. y A. Helwege. *La economía latinoamericana: diversidad, tendencias y conflictos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 45, cit. por Parodi, C. *Op. cit.*, p. 64.

[20] Parodi, C. *Op. cit.*, pp. 67-68.

de amplias zonas al margen de la economía capitalista. Ya en pleno siglo XX, esa diversificación no se articuló con el sector industrial y el auge exportador, que continuó hasta la gran depresión de 1929, fue de tal magnitud que toda la reinversión se hizo en ese mismo sector: los ingresos se dirigieron a las importaciones. Y no hubo una clase empresarial motivada para desarrollar la industria.[21]

Ahora bien, esa división internacional del trabajo en América Latina, como ha puesto de manifiesto Werner Baer, no fue solamente el resultado de las fuerzas libres del mercado, sino que fue políticamente impuesta[22] para beneficiar los intereses de la Gran Bretaña y otros países en respuesta a su apoyo a los movimientos independentistas. El balance de tener economías abiertas especializadas en la exportación de materias primas no fue solo el retraso en el crecimiento industrial sino la dependencia del país de un número reducido de bienes primarios cuyos precios estaban sujetos al nivel de actividad económica en los centros industriales europeos o norteamericanos. Cuando los precios bajaron, el Perú y los países latinoamericanos no pudieron hacer nada para contrarrestar la recesión importada, porque sus economías no estaban diversificadas. Por otro lado, durante este período, que va de finales del siglo XIX a principios del XX, se agravó la concentración de ingresos, el Estado favoreció a grupos extranjeros y los beneficios económicos generados solo alcanzaron a una porción relativamente pequeña de la población.

1.6. El dominio del pensamiento liberal se extendió hasta la gran depresión de 1929. La respuesta a esta crisis, para aliviar tanto sus consecuencias negativas sobre el empleo como la estabilidad del propio sistema capitalista, fue el intervensionismo estatal: tuvo su expresión en el *new deal* del gobierno de F.D. Roosevelt en los EE.UU., así como en la aparición y consolidación de las ideas económicas de J.M. Keynes. El Estado asumió el papel de asegurar los equilibrios macroeconómicos y corregir las injusticias sociales derivadas del funcionamiento del mercado; ello daría lugar a la consolidación, primordialmente después de la Segunda Guerra Mundial, del estado de bienestar. «El aparato político y jurídico del Estado del Bienestar debería ser capaz de realizar una política social y económica que, para darle legitimidad y

---

[21] *Ibid.*, p. 70.

[22] Baer, W. «El neoliberalismo en América Latina: ¿Un regreso al pasado?». En Contreras, C. y M. Glave. *Op. cit.*, pp. 26-27.

continuidad al sistema capitalista, compensara los efectos cíclicos de la acumulación de capital en el empleo y los ingresos de la población».[23] Quienes pensaban de esta manera eran pesimistas respecto de la capacidad de los mercados de las economías capitalistas para producir una utilización socialmente aceptable de los recursos productivos y optimistas en cuanto a la capacidad reguladora del Estado y a sus fines sociales.[24]

Con la depresión de 1929-1933, los países dedicados a la exportación de productos primarios inician el cuestionamiento de sus modelos económicos orientados hacia fuera y comienzan a impulsar políticas industrialistas basadas en la sustitución de importaciones de productos manufacturados. Fue el deterioro de los términos de intercambio y la necesidad de limitar la transferencia de recursos hacia los países industrializados lo que llevaron a sostener la necesidad de crear una economía nacional diversificada, con el propósito de crear puestos de trabajo e intentar consolidar la soberanía económica y política. El pensamiento de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y de su inspirador principal, Raúl Prebisch,[25] adquiere gran relevancia. Surge así, en América Latina, más que un estado del bienestar, un estado desarrollista para el cual «la industrialización constituye la base del desarrollo social y político, y el desarrollo es modernización de las estructuras económico-sociales, generación de un orden institucional democrático e integración social. La estrategia de desarrollo industrial debía complementarse, además, con políticas sociales orientadas al mejoramiento de la distribución de los ingresos y al desarrollo de servicios sociales a favor de sectores pobres y marginales».[26]

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, se produjeron, en muchos países latinoamericanos, fuertes tensiones entre las metas ideadas y la realidad imperante. Se había extendido una conciencia cada vez mayor sobre la extensión y profundidad de la pobreza, y la desigualdad de oportunidades, y eso llevó a reacciones de diversa intensidad, algunas de contenido violento. Para quienes las repudiaban, pero deseaban un cambio, la alternativa fue el desarrollo dirigido por el Estado mediante una fuerte inversión pública, fomen-

---

[23] JIMÉNEZ, F. «Estado, mercado, crisis y restauración liberal en el Perú». En CONTRERAS, C. y M. GLAVE. *Op. cit.*, p. 416.

[24] *Ibid., loc. cit.*

[25] *Vid.*, entre muchas otras obras, su significativo trabajo *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.

[26] JIMÉNEZ, F. *Op. cit.*, p. 419.

to de la industrialización, protección contra la competencia extranjera y modernización de muchas áreas vinculadas a lo social.[27] El Perú se unió tardíamente a este proceso; no tuvo propiamente un estado desarrollista, ya que sus políticas de industrialización estuvieron teñidas por la ideología liberal[28] y acompañadas de grandes desigualdades internas e importantes retos geográficos; y fue incapaz de incorporar a la población rural, al igual que otros países latinoamericanos, al proceso de desarrollo. Se caracterizó, además, por un muy pobre aporte en cuanto a innovación tecnológica y una severa dependencia de las exportaciones primarias.

En América Latina, y también en el Perú, esa política basada en una alta inversión pública liderada por el Estado, si bien dio lugar por algunos años a altas tasas de crecimiento, no tardó en generar más costos que beneficios, pues muchas de las industrias eran ineficientes y excesivamente protegidas: en efecto, surgieron oligopolios, pues el mercado era pequeño y no se logró crear puestos de trabajo suficientes para una mano de obra abundante y escasamente preparada. Sin embargo, el incipiente desarrollo de la industria manufacturera, fundamentalmente en Lima y Callao, daría lugar al crecimiento de una población trabajadora de origen rural y a la formación de un joven mercado de consumo. El régimen militar del general Velasco intentó tardíamente reivindicar el papel del estado desarrollista introduciendo una serie de reformas, pero fracasó en su intento. La reforma agraria de la década de 1970, promovida y ejecutada por ese gobierno, fue, en ese contexto, un esfuerzo para ampliar el mercado en el Perú, pero no dio el resultado esperado y, más bien, aceleró la masiva migración de la población rural a las ciudades. Se produjo, entonces, un aumento de trabajos informales y una presión a los gobiernos para la creación de empleos, el abandono del sector exportador y del agro, y la sobre-expansión del Estado en la economía, hecho que desplazó al sector privado.[29]

La crisis del período 1963-1990, que comprende los dos gobiernos de Belaúnde, el de la Fuerza Armada (Velasco y Morales Bermúdez) y el de García, evidenció la inviabilidad del modelo sustitutivo de importaciones al producirse una cíclica crisis en la balanza comercial, la

---

[27] Sheahan, J. *La economía peruana desde 1950. Buscando una sociedad mejor*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2001, pp. 25-26.

[28] Jiménez, F. *Op. cit.*, p. 416.

[29] Baer, W. *Op. cit.*, pp. 28-29.

misma que afectaba seriamente la estabilidad macroeconómica.[30] Diversas causas se han dado para explicar el fracaso de ese modelo, que en el Perú se aplicó solo parcialmente, pero poca duda cabe de que su continuidad no podía sostenerse en el tiempo sin provocar desequilibrios que obligaban a adoptar políticas de freno. El gobierno aprista de Alan García precipitó la crisis definitiva y llevó la inflación a una magnitud hasta antes desconocida. Este hecho acentuó el cuestionamiento a la legitimidad de los gobiernos democráticos.

1.7. Al final de la década del ochenta, la crisis es general, y eso hace que la estrategia neoliberal se imponga bajo el denominado Consenso de Washington, promovido por el Banco Mundial, el FMI y el Gobierno de los EE.UU. Este consenso, a diferencia de las propuestas de la CEPAL,

> [...] opta por el paradigma del mercado libre y la eliminación de la intervención económica del Estado para generar una asignación de recursos que permitiría superar los desajustes estructurales de nuestras economías y situarlas en la senda de la modernización y el crecimiento sostenido. Pero el juego libre del mercado, exige la reinserción a la economía mundial sin protección ni controles al flujo de bienes y capitales.[31]
>
> Su optimismo sobre la capacidad de la economía de mercado para producir resultados socialmente óptimos, es acompañado por su pesimismo sobre las posibilidades del Estado para mejorar los resultados que el mercado arroja por sí solo. La regulación estatal es fuente de desestabiliza-

---

[30] En efecto, como ha señalado F. JIMÉNEZ: «las industrias que debían jugar un papel dinamizador del desarrollo no contaban con mercados ni capacidad competitiva que les permitieran autosustentarse, debido a la ausencia de articulación intra e intersectorial [...]. En estas condiciones, el sector privado manufacturero no podía prescindir del apoyo del Estado para perdurar; pero este apoyo, que no podía ser otro que la generación de demanda doméstica, desestabilizaba el sistema al provocar desequilibrios fiscales y externos». *Op. cit.*, p. 425.

[31] Dice Félix JIMÉNEZ: «El capitalismo de hoy, no es el mismo de postguerra. La actual economía mundial es más globalizada; los países industrializados transitan hacia nuevos patrones tecnológicos y productivos, y de comunicación e información; la división del trabajo se reestructura modificando y diferenciando participaciones de los países y de los productos en el comercio mundial; las empresas multinacionales generalizan la práctica del comercio intra-industrial; se reeditan los bloques económicos; las finanzas se transnacionalizan; se reducen los márgenes nacionales de regulación autónoma; y, se erosionan las bases sociales y políticas que dieron legitimidad al Estado del Bienestar». *Op. cit.*, p. 429, pie de página 19.

> ción económica. Si los recursos se asignan solo a través del mercado, el Estado debe ser neutral, debe privatizar algunos servicios (seguridad social, educación, etc.) y debe redefinir su tamaño en función del principio de la austeridad y el equilibrio presupuestal.[32]

En los años noventa, el predominio de las ideas liberales llevó al Perú y a toda América Latina a un repliegue del Estado en la actividad productiva y redistributiva con el propósito de desarrollar mercados más eficientes, redefiniendo su rol para hacerle cumplir funciones de garante, regulador y árbitro.[33] El programa neoliberal fue llevado adelante por el gobierno de Fujimori (1990-2001), que contó con la ayuda de los países capitalistas y los organismos financieros internacionales. Significó un proceso de reprimarización y de desindustrialización de la economía, en el que los intereses de las compañías transnacionales volvieron a tener claro dominio. Así, de la ineficiente y corrupta administración de empresas públicas se pasó al dominio indisputado del capital extranjero, proceso aplaudido sin matices por los líderes económicos nacionales, no obstante el antecedente histórico sobre la incapacidad del libre mercado para remontar el modelo primario exportador. Diez años después se aprecia que, si bien los aspectos macroeconómicos han tenido clara mejoría, las políticas neoliberales han acentuado la desigualdad en el reparto de la riqueza, han sido incapaces de absorber la creciente mano de obra y no han permitido hacer esfuerzos significativos para cerrar la brecha tecnológica que históricamente arrastramos,[34] al haber, entre otros factores, abandonado todo intento para mejorar la calidad en la educación.

Sería un error, sin embargo, considerar que el neoliberalismo de los noventa significa la vuelta a la especialización productiva que prevaleció a fines del siglo XIX e inicios del XX, puesto que la actual apertura internacional puede dar lugar a un crecimiento importante de exportaciones no tradicionales, aunque no todas necesariamente de bienes manufacturados. Una de las modalidades que se adopta es la

---

[32] *Ibid.*, p. 429.

[33] Contreras, C. y M. Glave. *Op. cit.*, pp. 17-19.

[34] Las políticas del Consenso de Washington han sido muy duramente cuestionadas por el ex-presidente del Banco Mundial, Joseph Stiglitz, en su libro *El malestar de la globalización*. Buenos Aires: Taurus, 2002, pp. 119 y ss. Sobre los efectos de la globalización y la aplicación del programa neoliberal en el Perú durante la década del 90, *vid.* Humala, U. «Globalizando al Perú». En *Perú hoy*. Lima: Desco, 2002, pp. 151 y ss.

de transacciones al interior de las empresas transnacionales con productos semielaborados.[35] Pero los problemas tradicionales que hasta ahora han impedido nuestro desarrollo permanecen: concentración de ingresos y bajo nivel educativo. No puede descartarse, por otro lado, el peso de la inversión extranjera, porque resulta fundamental sopesar los beneficios que aporta con sus costos tangibles e intangibles, especialmente en lo que se refiere a problemas vinculados a la soberanía y a las decisiones futuras sobre empleo, investigación, etc.[36] No parecería conveniente, por tanto, que, en el futuro y en países como el Perú, deba el Estado sujetarse al exclusivo rol de árbitro y regulador que las ideologías extremas pro-mercado le asignan.

1.8. Nadie puede poner seriamente en cuestión que el desarrollo económico solo es posible con altas tasas de ahorro e inversión. Estas últimas se canalizan principalmente por el trabajo del empresario y la creación de empresas. En general, si las regulaciones legales y de otro tipo son escasas, conocidas y estables, se favorecerá la creación y desarrollo de las empresas, y el crecimiento económico será más sostenido en el tiempo. Ello no se opone a la existencia de previsiones, de planes y de sugerencias provenientes tanto del Estado como de la sociedad civil. Y, si estas contribuyen a disminuir la pobreza y la desigualdad, se habrá dado un paso realmente importante para el crecimiento del empleo productivo, el aumento de la competencia y la productividad, y la elevación de los ingresos. Pero este postulado teórico debe confrontarse con nuestra realidad.

La abundancia de recursos naturales, a la que en tantas ocasiones ha acudido el Perú para intentar lograr su desarrollo, no asegura un crecimiento económico sostenido, es más, puede significar una desventaja en términos relativos. Sea porque la riqueza fácil genera indolencia, porque los sectores primarios no se articulan con los otros sectores de la economía, por el deterioro de los términos de intercambio, por la volatibilidad de los precios o por otras razones.[37] Pero hay además otra característica distintiva del Perú que es necesario tener en

---

[35] Baer, W. *Op. cit.*, p. 30.

[36] *Ibid.*, p. 32. U. Humala ha señalado que las políticas neoliberales aplicadas durante la década del noventa significaron regresar a los niveles de pobreza de diez años atrás, con la diferencia que el país perdió una buena porción de su patrimonio debido a las privatizaciones. *Op. cit.*, p. 202.

[37] Parodi, C. *Op. cit.*, pp. 58 y ss.

cuenta: su profunda heterogeneidad, la misma que hace poco sólida la explicación de su subdesarrollo desde un punto de vista exclusivamente económico (variables políticas, institucionales, culturales, étnicas e históricas deben necesariamente tomarse en cuenta, y eso vale para el examen íntegro, hasta nuestros días, de su devenir histórico).

El Perú es uno de los países más pobres de América Latina y tiene un nivel de pobreza inferior al promedio mundial: los principales indicadores económicos y sociales así lo ponen de manifiesto.[38] En la eventualidad más favorable, dos o tres generaciones de peruanos deberán seguir viviendo en el subdesarrollo. Pero podríamos fallar en el intento y convertirnos en un país inviable y cada vez más dependiente de los gobiernos y empresas extranjeras.[39] Muchos peruanos son pesimistas sobre el futuro y son cada vez más los jóvenes que buscan emigrar. Todo ello afecta la gobernabilidad y cuestiona toda decisión de política económica que implique sacrificios de largo plazo. Los latinoamericanos y los peruanos están empobrecidos, frustrados y molestos. Como viene ocurriendo desde la independencia, no aparece una clase dirigente capaz de plantear objetivos convincentes e implantar una indispensable disciplina social para alcanzarlos.

1.9. Esta breve e incompleta reseña histórica sobre las relaciones entre Estado y mercado podrá parecer innecesaria; sin embargo, hay algunas razones que nos llevan a pensar lo contrario. En primer término, esas relaciones son el telón de fondo sobre el que se realizan, con más o menos libertad, las transacciones comerciales y se edifican las propuestas jurídicas para modularlas. En segundo término, en el corto período de tiempo reseñado, si lo comparamos con la historia del hombre en nuestro territorio, la libertad económica sobre la que se asienta la libertad de empresa ha tenido una cortísima vigencia; es bueno saberlo y recordarlo. En tercer lugar, gran parte de la población —inclusive los profesionales del Derecho— la conocen mal y muchos son también los que no comparten los principios filosóficos sobre los que se asienta. Finalmente, y como consecuencia natural de lo anterior,

---

[38] Kuczynski, P. y F. Ortiz de Zevallos. *El reto 2001: competir y crear empleo*. Lima: s./e., 2001, pp. 83 y ss. Como ha señalado U. Humala: «El Perú tendría que multiplicar por 2.5 veces su producto per capita para situarse en el promedio mundial, por 3.5 veces si quisiera equiparar su nivel de vida con el de la hoy desdichada Argentina y por 5.5 veces por lo menos, para poder ser considerado como desarrollado». *Op. cit.*, p. 193.

[39] *Vid.* el interesante ensayo de Oswaldo De Rivero. *El mito del desarrollo. Los países inviables en el siglo XXI*. Lima: Mosca Azul, 2001.

la libertad de empresa, desarrollada en un contexto histórico que tiene solo una vinculación tenue con nuestra propia historia, no tiene un futuro asegurado, a pesar de su consagración constitucional y legal.

No hay antecedentes del estudio de la libertad de empresa en nuestro país; tampoco, desarrollos jurisprudenciales importantes. Como ocurre con tantas otras instituciones jurídicas importadas, cuya vigencia y operatividad se da erróneamente por supuesta, hay desde el punto de vista jurídico mucho camino aún por recorrer. Ha señalado César Ugarte que

> tanto en la época colonial como en la republicana se ha tratado de resolver graves problemas económicos por medio de leyes e instituciones trasplantados de Europa y que no han producido aquí los resultados esperados. Se debe ese fracaso, en muchos casos, a la ignorancia de nuestra historia económica, en la cual pueden encontrarse experiencias que evitarían ensayos infructuosos. La experiencia que es fuente de previsión y acierto en los individuos lo es también en los pueblos que saben estudiar hondamente su historia.[40]

Y ello ha dado lugar a que el citado autor afirme con dureza, que compartimos, que «la historia del Perú, en lo económico como en lo político, es una perenne contradicción entre la ley y la práctica, entre el programa pomposo y la acción tímida y claudicante».[41]

1.10. Con esta introducción, iniciamos el estudio de la libertad de empresa y de su condición de derecho fundamental: esperamos que ello pueda servir para conocerla mejor, pues creemos que su vigencia, así como sus límites, resultan de singular importancia para afianzar la libertad personal y el ejercicio pleno de los derechos del ciudadano, y para aspirar a una mejora en nuestra situación económica.

Y, al hacerlo, tengamos presente que frente a la realidad de las relaciones Estado-mercado, relaciones no siempre pacíficas y hasta la fecha poco fructíferas, se levantan las disposiciones constitucionales republicanas defensoras de la libertad económica, tan débiles y desamparadas como las mayorías empobrecidas del Perú y, en cierta medida, desconocidas en su contenido esencial por esas mismas mayorías, pero, al mismo tiempo, profundamente sentidas por las mino-

---

[40] UGARTE, C. *Op. cit.*, p. III.

[41] *Ibid.*, p. II.

rías ilustradas. Cara y sello de una realidad socio-económica dinámica, fluida, pero aún sin perfiles nítidos, todavía en formación, tal como lo es la joven nación peruana.

2. Notas breves sobre sociedad y empresa: comerciante, empresario y operador económico, fondo de comercio y clientela

2.1. El comercio ha existido desde siempre y comprende todo acto de cambio. Inicialmente, su exteriorización típica fue el acto de comprar para revender con lucro; así, «la compra venta constituye el acto de comercio por excelencia, realizando el cambio de bienes sin alteración de la forma. Comerciante es el que compra una mercancía para revenderla a mayor precio, sin transformarla, lucrándose con la diferencia de valor».[42] Como sabemos, en la actualidad, se produce un muy acentuado declive de la importancia de los códigos de comercio; el nuestro de 1902, que está inspirado en el español de 1885, se encuentra casi en su totalidad sustituido por leyes especiales, aunque aún conserva, en su artículo 1, una anacrónica definición de comerciantes,[43] diferenciados los individuales y los sociales, esto es, los que teniendo capacidad legal se dedican habitualmente a ejercerlo y las compañías mercantiles. Esta división ya no se da en nuestros días, pues se considera que comerciantes son todos los que realizan una actividad de producción de bienes o servicios para el mercado, sean compañías, individuos, cooperativas, sociedades civiles e inclusive entidades sin fines de lucro, hecho que deja abierta la polémica sobre si están o no incluidas las llamadas profesiones liberales. Lo cierto es que a todos los que realizan actividades económicas para el mercado, aunque no lo hagan con habitualidad o afán de lucro, se les aplica las normas del Derecho de la Competencia. Y cabe decir que así lo reconocen expresamente el artículo 2 del decreto legislativo 701 sobre prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición de dominio, y el artículo 2 del decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal.

---

[42] Garrigues, J. *Curso de Derecho Mercantil*. México: s./e., 1979, pp. 8-9.

[43] Para la falta de correspondencia entre el concepto de legal y el económico de «comerciante» en el Código español, y de su sustitución por el de empresario y empresa, *vid.* Sánchez Calero, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: McGraw-Hill, 1990, pp. 42-43.

Ha sido en el ámbito del Derecho Mercantil en el que ha tenido lugar la evolución de un derecho de los comerciantes a uno de empresarios. En efecto, hoy día,[44] regula las relaciones de los empresarios entre sí y la de estos con sus clientes; así, la idea de empresa adquiere singular relevancia. Sea por impulso de la Doctrina o por desarrollos legislativos, lo cierto es que la noción de comerciante de los antiguos códigos de comercio ha evolucionado a la de empresario.[45] No se trata solo de un cambio terminológico, pues abarca ahora «a todas las personas que disponen de una organización de elementos personales, materiales e inmateriales para producir bienes o servicios para el mercado»,[46] que incluye tanto a la figura del tradicional comerciante como la de industrial y la de aquel que produce servicios para el mercado. Pero cabe recordar que, a pesar de su amplísima aceptación, no suele existir una definición legal de empresario, y eso da lugar a dificultades prácticas.

2.2. El Derecho Mercantil, al que responden por razones históricas los códigos de comercio, evoluciona hacia un Derecho Privado del Tráfico Económico, en el que deben integrarse tanto las normas civiles como las mercantiles en materia de contratos. Y este nuevo Derecho debe ser entendido como aquel que tiene por objeto al «conjunto de actividades de producción y comercialización de bienes materiales o inmateriales y de servicios en el mercado, con consideración de todos los intereses de los participantes en el mercado (operadores económicos y consumidores), y también naturalmente de las exigencias del mercado mismo».[47] Dentro de esta evolución, que se produce por razones económicas y tecnológicas, adquieren un mayor protagonismo el Derecho de la Competencia, así como la protección y regulación de los bienes inmateriales, el Derecho de la Propiedad Industrial y el Derecho de Autor, pues el tráfico ya no está centrado tanto en mercancías

---

[44] *Vid.* el interesante ensayo de VINCENT CHULIÁ, F. «El Derecho Mercantil del Neocapitalismo». *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 139, Madrid, 1976; y GIRÓN TENA, J. *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*. Madrid: s./e.,1986, pp. 104 y ss.

[45] Como apunta F. SÁNCHEZ CALERO: «Se partió de la idea, señalada por la historia económica, de que el empresario moderno tenía como precursor al comerciante. La actividad de organización de éste (cuya manifestación más expresiva es la llevanza de una contabilidad) era realizada también por todo empresario aunque su actividad económica no fuera el comercio». *Op. cit.*, p. 16.

[46] BERCOVITZ, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 20.

[47] *Ibid.*, pp. 63-64.

sino en servicios y bienes inmateriales, así como en otros derechos que han adquirido gran relevancia, tal es el caso de los derechos de imagen.

No es ajeno a esta evolución el cambio del rol del Estado en materia económica, puesto que su papel como agente o titular de empresas públicas ha disminuido grandemente, en parte como resultado de los procesos de privatización. Además, se tiene ahora como misión principal, aunque no única, la de dictar y administrar aquella regulación que haga posible la existencia de mercados sometidos a las reglas de la libre competencia. Por cierto, la presencia del Estado sigue siendo fundamental para asegurar que se cumplan aquellas garantías que se exigen para participar en determinadas áreas de actividad económica y que tienen vinculación directa con el tema de acceso al mercado, esencial en el estudio de la libertad de empresa. La evolución de la que venimos hablando estaría incompleta si no llamáramos la atención sobre dos fenómenos jurídicos paralelos: la existencia de una cada vez más frondosa y exigente legislación destinada a la protección de consumidores y usuarios, que tiene incluso entroncamiento constitucional; y, por otro lado, la transición de un Derecho del Tráfico Económico de ámbito nacional a otro de carácter supranacional, como es fácil de apreciar en los procesos de integración económica, fruto del debilitamiento del Estado-nación y de la globalización económica.

2.3. En consideración a que creemos ayudará a comprender y ubicar en su debido contexto al tema de la libertad de empresa, hacemos a continuación una breve referencia a los conceptos de empresario, empresa, sociedad, fondo de comercio y clientela, sin dejar de reconocer que sobre ellos no existe una pacífica aceptación de sus contenidos y correspondientes alcances.[48]

---

[48] Existe una amplísima bibliografía al respecto. Entre otros, GARRIGUES, J. *Op. cit.*; URIA, R. *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 1976; URIA, R., MENÉNDEZ A., *et. al. Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1999, en especial la Primera Parte de autoría de A. ROJO; FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas». *RDM*, 1965; SÁNCHEZ CALERO, F. *Op. cit.*; ASCARELLI, T. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosh, 1964; CASANOVA, M. *Estudios sobre la teoría de la hacienda mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, s./f..; FERRARA, F. *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Madrid: Derecho Privado, 1950; GALGANO, Francesco (dir.). *Trattato di Diritto comerciale e di Diritto Pubblico dell' economia*. Padua: CEDAM, en especial los tomos I («La Costituzione Economica»), II («L'impresa») y III («L'Azienda e il mercato») de 1977, 1978 y 1979, respectivamente; SUPERVIELLE, B. *El establecimiento comercial*. Montevideo: s./e.,1953; ZAVALA R., C. *Derecho de la empresa*. Buenos Aires: Depalma, 1971; GUTIÉRREZ, L. *La empresa*. Buenos Aires: s./e., 1985. En la Doctrina nacional se han referido a estos temas MONTOYA M., U. *Derecho Comercial*. Lima: Cultural Cuzco,

Existe una confusión muy extendida entre los conceptos de empresa y sociedad, cuando en verdad se trata de planos distintos entre los cuales no debe producirse interferencia. Cabe reconocer, en primer término, las dificultades para el tratamiento del concepto de empresa, pues carece del mismo significado para el economista, el jurista, los empresarios y los trabajadores. Sin embargo, es generalmente aceptado que «la empresa es una determinada forma de actividad económica organizada, que como tal necesita de un sujeto titular que organice y ejercite esa actividad. Ese sujeto es el empresario, persona física o persona jurídica, que por si o por intermedio de sus órganos, conduce y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, asumiendo personalmente la titularidad de los derechos y de las obligaciones nacidas de esa actividad».[49] Es, pues, una combinación de capital y trabajo integrado en una explotación que, bajo la dirección del empresario, está destinada a vender en el mercado los bienes o servicios que produce con el propósito de obtener el máximo beneficio posible y que se distingue por su organización —que no trasciende al campo del derecho, esto es, no puede ser objeto de protección jurídica— y por tener un organizador —el empresario— que no siempre coincide con el capitalista.

Para algunos —es la tesis tradicional—, la sociedad es la forma de la empresa y, por ello, se habla de las formas sociales de la empresa, con la intención de designar el tipo de sociedad mercantil que puede adoptar el titular jurídico de la empresa cuando quien la dirige es una persona jurídica. Si bien la empresa siempre es una comunidad de trabajo, cuando asume la forma de sociedad colectiva, en la que los socios son empresarios, es muy distinta de cuando asume la forma de sociedad anónima, en la cual opera con toda claridad la diferencia entre la sociedad —empresario— y los socios —colaboradores del empresario—.

Para otros, «la sociedad es la técnica jurídica destinada a dar a la empresa una existencia y una organización sobre el plano jurídico

---

1972; MENA, M. *La empresa en Perú*. Lima: s./e., 1986; TORRES Y TORRES LARA, C. *Derecho de la Empresa*. Lima: s./e.,1987; y VALLE T., J. *La autonomia del Derecho Comercial y su crisis*. Lima: s./e., 1987.

[49] POLO, A. «Empresa y sociedad». En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1971, p. 314. Entre nosotros la ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, define la actividad empresarial como: «actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios».

[...] la sociedad aparece como el conjunto de reglas jurídicas, de técnicas y de mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa».[50] Esta tesis, defendida por J. Pailluseau,[51] considera a la sociedad como un mecanismo destinado a organizar la estructura patrimonial y de poder de la empresa. Desde esta perspectiva, el régimen contractual de la sociedad anónima, la sociedad de mayor presencia y significación contemporánea, tenderá cada vez más a ser sustituido por un régimen legal de carácter imperativo, esto es, «una organización de origen legal tiende a reemplazar a una organización de origen contractual»,[52] posición esta en la cual empresa y sociedad llegan a ser términos sinónimos, y que es combatida por los representantes de la posición tradicional.

Finalmente, debe tenerse en consideración que la economía moderna se caracteriza por la concentración de la actividad comercial en grandes empresas, en virtud de lo cual el acto aislado queda realmente empequeñecido bajo el peso de las operaciones en masa, las mismas que necesitan de una adecuada organización. Con la evolución del capitalismo, la creación de grandes empresas y la globalización económica comienza a decaer el interés en poner de relieve a la empresa como comunidad de trabajo y, de este modo, el derecho evoluciona en el sentido de tratar en forma distinta a los empresarios, por un lado, y a los trabajadores, por el otro.

2.4. Si entendemos a la empresa como organización, se trata de «un conjunto unitariamente organizado de elementos personales, materiales e inmateriales, ligados a un sujeto jurídicamente autónomo, destinado de manera duradera a la producción o distribución de bienes o servicios, para el mercado».[53] En esta noción se produce una importante distinción entre empresa y empresario, pues la primera es una organización de diversos elementos sin personalidad jurídica, que para actuar necesita de un sujeto con capacidad jurídica que será quien realice los negocios jurídicos, esto es, el empresario. Cuando la ley, entonces, hace referencia a la empresa como sujeto de derechos y obli-

---

[50] Polo, A. «Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil». En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*. Madrid: Civitas, 1978, p. 586.

[51] *La societe anonyme*. París: s./e., 1967, cit. por Polo, A. *Op. cit.*

[52] Polo, A. *Op. cit.*, p. 587

[53] Bercovitz, A. *Op. cit.*, p. 124.

gaciones, se está refiriendo al empresario, que es el único que los puede asumir. El establecimiento, por su parte, es considerado como el lugar físico en el que se ejerce la actividad empresarial.

Frente a esta noción organicista, otro sector propone, con antecedentes en el derecho italiano, a la empresa como actividad, esto es, como todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada en el mercado, en la que el empresario es el sujeto de la misma, y al establecimiento como el conjunto organizado de medios instrumentales, personales, materiales e inmateriales, destinados de manera duradera a la producción o distribución de bienes o servicios para el mercado.

Lo que nos importa destacar es que, bajo cualquiera de esas u otras posiciones, la noción de empresa está siempre vinculada a la actividad de producción o distribución de bienes o servicios para el mercado, esto es, es un medio del que se sirve instrumentalmente el empresario para realizar una actividad económica.[54] Esa actividad, que algunos denominan explotación o negocio, es posible porque el conjunto de bienes de la empresa está organizado por el empresario para obtener una finalidad económica: la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado. El negocio, entonces, es el resultado de la labor del empresario.[55] «Lo verdaderamente relevante para aplicar la noción de empresa es la actuación en el mercado, prescindiendo incluso de la habitualidad, o de la existencia de un conjunto organizado para la producción de bienes o servicios para el mercado»,[56] por lo que las exclusiones tradicionales de actividades agrícolas, artesanales o profesionales carecen ya de relevancia.

Ahora bien, para superar la contraposición existente entre las distintas nociones de empresa, la Doctrina distingue tres aspectos:[57] en primer lugar, el aspecto subjetivo o dinámico que hace referencia a la actividad del empresario y que coincide con la noción de empresa como actividad; en segundo lugar, el aspecto objetivo que se refiere al conjunto organizado de elementos destinados a la producción, pues la organización en si misma tiene su propio valor con independencia de lo que corresponda a algunos de los elementos personales, materiales e inmateriales que lo integran, y a la que se refieren expresiones

---

[54] Broseta P., M. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 58.
[55] Sánchez Calero, F. *Op. cit.*, pp. 117 y ss.
[56] Bercovitz, A. *Op. cit.*, p. 126.
[57] *Ibid.*, p. 125.

tales como «aviamiento», «goodwill» o «fondo de comercio»; y, en tercer lugar, el aspceto interno de la empresa, en el que tienen presencia las relaciones laborales.

Sin restar importancia a las distinciones académicas, lo cierto es que la empresa es un centro final de imputación de responsabilidades[58] que el empresario está dispuesto a cubrir con su patrimonio o con el capital que ha podido reunir de otras personas que lo acompañan. El empresario es el poder ordenador, la mente creadora que funda la empresa sobre la propiedad y la libertad económica, el responsable último del patrimonio. Y solo con la existencia de cauces regulados apropiadamente es posible generar riqueza distribuible; si se estrechan los cauces de la libertad para extinguirla o para limitarla hasta hacerla irreconocible, con el propósito de alcanzar más rápidamente niveles de justicia distributiva, la experiencia demuestra que se trata de un camino ineficaz

En síntesis, la organización a que hemos hecho referencia debe ser atribuida a una persona con capacidad jurídica, una que pueda asumir derechos y obligaciones, y en cuyo nombre se realiza la actividad empresarial: el empresario. Por ello, es imposible considerar que una empresa pueda participar en el mercado sino cuenta con un empresario, sea persona natural o jurídica. Ahora bien, los medios de distinta naturaleza que conforman ese conjunto organizado que es la empresa tienen autonomía frente al empresario, en el sentido de que pueden transmitirse de una persona a otra distinta, esto es, el empresario puede cambiar.[59] Pero este tiene necesariamente que existir; de lo contrario, la empresa no puede participar en el mercado.

2.5. Si bien el fondo de comercio y la clientela son factores esenciales para la empresa, no son susceptibles de titularidad jurídica autónoma. El fondo de comercio hace referencia al mayor valor que tiene el conjunto organizado que es la empresa y que suele exceder de la suma de los valores que corresponden a los diversos elementos que la integran, aisladamente considerados. Ese mayor valor es resultado de la eficiencia y de la posibilidad de generar beneficios en el futuro, esto es, sus planes de desarrollo, el objeto de su actividad y la conexión de ese con la previsible evolución de los mercados correspondientes. El

---

[58] Ariño, G. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid: DIJUSA, 1995, p. 26.

[59] Bercovitz, A. *Op. cit.*, p. 169.

fondo de comercio no es un elemento autónomo sino el valor que está dispuesto a pagar un eventual comprador.[60]

La clientela, por su parte, «es el conjunto de personas, identificadas individualmente o no, que adquieren los bienes o servicios producidos y ofrecidos por la misma empresa en el mercado. Sin clientela no puede existir una empresa y, gracias a ella, se manifiesta la implantación y el éxito de la empresa en el mercado».[61] La clientela puede estar constituida por operadores económicos y por consumidores finales, y, dependiendo del tipo de negocio, será más o menos habitual y tendrá o no vinculaciones con la empresa. En principio, la clientela no puede ser trasmitida con independencia de la empresa, pues no existe obligación jurídica acerca de que los clientes realicen nuevas operaciones de adquisición de bienes o servicios ofrecidos por misma la empresa, pero ello admite excepciones: cuando se encuentra vinculada por contratos de larga duración y también cuando la legislación permite la trasmisión de los signos distintivos de la empresa a la cual está vinculada. No cabe olvidar que son precisamente los signos distintivos de la empresa (marcas y nombre comercial especialmente) los que sirven para vincularla a la clientela. Por otra parte, el monto de las ventas de una marca determinada sirve no solo para valorarla sino, además, para conocer indirectamente el valor mismo de la clientela. En síntesis, la clientela es comúnmente objeto de transmisión con la empresa o con parte de esta, pero esta circunstancia no significa que carezca de relevancia jurídica y que pueda, por vías indirectas, ser objeto de valoración.

---

[60] A. Bercovitz se expresa de la siguiente manera sobre el fondo de comercio: «Así pues, el fondo de comercio es el concepto que sirve para designar el valor que se atribuye a la organización de la empresa en sí misma considerada, diferenciada del valor de los elementos patrimoniales que la integran, en función de su aptitud para generar beneficios hacia el futuro. Su valor se puede calcular atendiendo conjuntamente a criterios diversos como son la cifra de negocios, los beneficios y las expectativas. Ese cálculo será, en definitiva, el que se tome en consideración para negociar la parte del precio que se pague por ese concepto en el caso de enajenación onerosa de la empresa. Hay que señalar, sin embargo, que no existen criterios de cálculo exactos e indiscutibles para determinar el valor del fondo de comercio para aumentar ficticiamente el activo de los empresarios en crisis, y conseguir así equilibrarlo con el pasivo para poder solicitar la suspensión de pagos con una aparente insolvencia provisional». *Op. cit.*, p. 255.

[61] *Ibid.*, p. 255.

2.6. Como hemos ya dicho, se ha producido una evolución en virtud de la cual la tradicional noción de comerciante ha sido sustituida por la de empresario, evolución que no se detiene ahí, sino que para un buen sector de la Doctrina moderna abarca a todo aquel que participa en el mercado, como se aprecia en las antes referidas normas del Derecho de la Competencia. Desde esta perspectiva, la noción de empresario plantea dificultades para delimitar el ámbito subjetivo de las normas que rigen el tráfico económico, pues dicha noción hace referencia a quien se dedica habitualmente o con una organización a la producción o distribución de bienes o servicios para el mercado y no se aplica a aquellas personas que realizan actos aislados en aquel. Es para superar estas dificultades, dice Bercovitz, que, con cada vez mayor frecuencia, se recurre a la noción de operador económico.

Por esta noción se entiende a «toda persona que realiza operaciones en el mercado, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda; busque o no un lucro con su actuación, y tenga o no una organización».[62] Como operador económico, cabría entonces considerar a los consumidores, siempre que se trate de personas jurídicas que realizan operaciones en el mercado. Si bien el régimen jurídico de los operadores económicos puede ser diverso, a todos se les aplica las reglas del Derecho de la Competencia.

2.7. El enfoque de este trabajo, como se verá, está dirigido en sentido distinto al de analizar las distintas posiciones que se presentan, a la luz del Derecho Mercantil o del novísimo Derecho Privado del Tráfico Económico, sobre el contenido, alcance y utilidad de los conceptos de empresario y empresa. Creemos, sin embargo, que las breves notas de este apartado han servido para ilustrar su problemática jurídica y coadyuvarán a enriquecer el estudio de la libertad de empresa.

3. La libertad económica: encuadre jurídico y político

3.1. Al tratar este punto resulta pertinente efectuar, siguiendo a Robert Alexy,[63] una distinción entre reglas y principios: estos últimos «[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posi-

---

[62] *Ibid.*, p. 130.

[63] Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86-87.

ble, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»; son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado y que dependen tanto de posibilidades dentro de lo jurídico como de lo no jurídico. Las reglas, en cambio, son normas que pueden ser cumplidas o no y, si es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige. La diferencia, entonces, entre reglas y principios, es cualitativa.

3.2. La libertad económica es, sin discusión, uno de los grandes principios de orden económico de la civilización occidental y jurídicamente inspira todo el Derecho patrimonial.[64] Es, además, uno de los fundamentos más invocados por las Constituciones económicas modernas y así lo ha sido también en las Constituciones peruanas. «La libertad económica es, sin duda alguna, la fórmula actualizada de la libertad de comercio e industria, cuyo reconocimiento generalizado arranca también de la Revolución Francesa. En definitiva —dice Martín-Retortillo— en cuanto constituye una expresión más del derecho de libertad».[65] Surge como grito económico de la burguesía triunfante frente a la organización gremial colectivista que determinaba quien podía ejercer el comercio y a la regulación asfixiante del Estado que se manifestaba, por ejemplo, en un sistema de aduanas interiores que impedían y obstaculizaban el intercambio. Tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Si bien esta no la menciona expresamente como ocurre con otras libertades, la Doctrina ha entendido que ese silencio no es obstáculo para su reconocimiento implícito. Además, la libertad de comercio e industria aparecerá explicitada muy poco después en el decreto d'Allardes, norma de carácter fiscal, en marzo de 1791.[66]

Pero esa libertad económica a la que hemos hecho referencia, en un tránsito que se inicia en la Revolución Francesa y que llega a nuestros días, va paulatinamente a proteger unos nuevos intereses, autónomos y diferenciales, que el capitalismo hará emerger de forma progresiva: los de la empresa. Con la enunciación de la empresa, abundante en la Constitución de 1979, y específicamente de la libertad de empresa, por primera vez en la vigente de 1993, nuestras Constituciones agregan o incorporan a su nomenclatura tradicional, que se refería únicamente a la libertad de comercio e industria y no a la

---

[64] MARTÍN-RETORTILLO, S. (dir.). *Op. cit.*, pp. 125-126.

[65] *Ibid., loc. cit.*

[66] *Ibid.*, p. 126.

empresa, un fenómeno económico-jurídico mucho más moderno. En efecto, históricamente la afirmación de la libertad de comercio e industria remite, según Bassols,

> [...] a una representación ideológica superada —la expresión de una reacción frente al orden económico corporativo del Antiguo Régimen y como pretensión de la gestión de la economía como un modo privativo de los particulares e infranqueable por el Estado— y a una realidad económica transformada: la actividad económica actualmente, se centra más en la producción masiva de bienes y servicios que en la simple idea de cambio de mercancías a la que parece vinculada la expresión tradicional de comercio e industria.[67]

Como recuerda ese autor, esa actualización conceptual se ha hecho a costa de introducir un concepto de difícil precisión jurídica: la empresa. De lo que no cabe duda es que el término libertad de empresa es ahora de uso generalizado y viene a sustituir comprensivamente a la libertad de comercio e industria, pero dándole una riqueza y un sentido de los que antes carecía. La fórmula actualizada de la libertad económica es pues, hoy día, la libertad de empresa.

Señalado lo anterior, cabe recordar que la mayoría de los preceptos económicos constitucionales albergan una compleja problemática, más aun cuando suelen remitir a cuestiones metajurídicas, sean de tipo ideológico, histórico o socio-económico, susceptibles por tanto de variadas interpretaciones. Sin perjuicio de ello, es entonces preciso separar, para su interpretación, aquellos núcleos esenciales[68] de los preceptos jurídicos-constitucionales, que son los que dan sentido y dirección al ordenamiento. Tal es el caso del reconocimiento de la libertad de empresa en cuanto derecho fundamental de los ciudadanos, condicionada o modulada por el parámetro que significa la economía social de mercado (véase infra, punto 6)

3.3. El empresario para llevar adelante su labor creadora, el proyecto comercial que se manifiesta a través de una empresa, sea como persona natural o como jurídica, requiere de libertad, y no solo para impulsarlo sino, también, cuando ya es realidad, para poderlo adaptar, en cada momento y lugar, a su entorno y a las necesidades y preferen-

---

[67] Bassols, M. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 134.
[68] *Ibid.*, pp. 132 y ss.

cias de los consumidores. Sin libertad, dice Ariño, podrá haber propiedad (con su *ius utendi, fruendi et disponendi*), pero no empresa; será, en todo caso, una organización burocrática, estatizada o no.[69] Como sabemos, algunos de los derechos sobre los que se apoya el sistema capitalista están presentes o informan muchas instituciones jurídicas. Dentro de ellos, se cuentan, por ejemplo, el reconocimiento a la propiedad privada de los medios de producción, así como la libertad de iniciativa, que permite el lucro y la acumulación de capital, característicos de aquel sistema, reconocimiento que suele venir acompañado por una exigencia: que la actividad económica pública tenga carácter subsidiario.

3.4. La escuela clásica de la economía, cuyo inicio suele reconocerse con la publicación *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* de Adam Smith en 1776, si bien reconocía que la búsqueda de bienestar personal motiva la competencia entre los individuos como una forma de autorrealización y que el sistema competitivo era el menos malo de los sistemas económicos posibles, desde temprano también reconoció las imperfecciones que podían presentarse en tal sistema, sea por la conducta de los comerciantes y monopolistas contraria al interés del público, sea por la de los propios políticos inclinados a la demagogia.[70] Décadas después, la aparición de los sindicatos, la recesión y el poder de los monopolistas, harían posible que se legitime la intervención del Estado en la economía, siendo una de sus primeras manifestaciones legislativas las leyes *anti-trust*. Así, en los albores del siglo XX, aparece un cambio significativo en el rol del Estado en la economía, cuando parcialmente asume —en lugar del mercado— el papel de redistribuidor de riqueza y de planificador. Más allá de las posiciones ideológicas que puedan plantearse en relación con esos fenómenos de la historia económica, no cabe duda que ello significó un cambio de gran magnitud en la organización económica de los países occidentales, pues

---

[69] Ariño, G. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, p. 212.

[70] Dice Viciano que A. Smith era conocedor de la difícil tarea que implicaba la instauración de un sistema de comercio libre para eliminar el sistema feudal. Y a modo de ejemplo hace la siguiente cita de A. Smith: «[...] esperar que la libertad de comercio se restaure por entero algún día en Gran Bretaña es tan absurdo como esperar que una utopía se estableciera alguna vez en ella. No solo los prejuicios del público, sino, lo que es mucho más difícil de lograr, los intereses privados de muchos individuos se oponen irresistiblemente a ello». Viciano, J. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 46.

> [...] de un sistema basado en unidades de fabricación/distribución que automáticamente determinan precios y condiciones de venta de productos que, al competir entre ellos, serán siempre los más beneficiosos para la colectividad, se pasa a un sistema en el que el objetivo es el crecimiento sostenido y en el que el sector público deberá suplir las deficiencias de la empresa privada; de esta forma, los poderes públicos se convierten en uno de los principales demandantes de bienes y/o servicios, intervienen mediante empresas públicas en la producción de bienes y en la prestación de servicios o modifican las condiciones naturales del mercado mediante la planificación. En pocas palabras, los poderes públicos encuentran legitimación para intervenir directa o indirectamente en la economía.[71]

Las ideas de J.M. Keynes, que habían dado sustento a esa nueva visión y que fueran aplicadas con moderación en la mayoría de las democracias capitalistas después de la Segunda Guerra Mundial, sea por centrar su análisis en aspectos macroeconómicos o por ser incapaces de plantear soluciones a los problemas económicos que se presentaron a finales de la década del 60 del siglo pasado, hacen regresar con fuerza los planteamientos de la escuela clásica[72] con el nombre de neoliberalismo, en virtud de los cuales se defiende la limitación de la intervención estatal, por considerar que restringe o elimina los mecanismos de mercado, así como la introducción de criterios de eficiencia y economicidad en el sector público y la privatización de empresas públicas, «escuela de pensamiento que confía la labor de protección del sistema económico en las disposiciones de defensa de la competencia».[73] Ha sido esta posición la que se quiso aplicar en el Perú en la década del noventa, así como también en muchos otros países latinoamericanos. Hoy día, se encuentra seriamente cuestionada en ellos y por parte de distinguidos economistas.[74] No ha terminado el debate y no se ha hecho aún un balance desapasionado, pero no cabe duda que será muy difícil que, en los próximos lustros, las ideas neoliberales

---

[71] *Ibid.*, pp. 52-53.

[72] Dice al respecto J.K. Galbraith en su *Historia de la economía*. Barcelona: Ariel, 1992, p. 312: «para la defensa de la empresa privada contra el Estado es de vital importancia la preservación del mercado clásico. Si el mercado, en términos generales, funciona óptimamente, los que tienen que justificar su actitud son quienes reclaman la intervención o la regulación del Estado».

[73] Viciano, J. *Op. cit.*, p. 54.

[74] *Vid.* Stiglitz, J. *Op. cit.*; De Rivero, O. *Op. cit.*; Parodi, C. *Op. cit..*; y Sheahan, J. *Op. cit..*

vuelvan a aplicarse con la intensidad y la pasión con que lo fueron, pues no han contribuido entre nosotros a superar los graves índices de pobreza y desigualdad, así como tampoco a trazar una ruta que lleve a superar la cada vez mayor brecha científica y tecnológica. Es en este ambiente que tiene lugar, en estos momentos, el debate sobre la reforma constitucional del régimen económico.

Ahora bien, la amplitud que en un momento determinado pueda tener en un país la libertad económica es el resultado de múltiples variables, que sería muy largo analizar. Si bien las posiciones en materia de políticas económicas van, en general, desde aquellas que defienden la libertad económica y eliminan casi cualquier intervención estatal, principalmente, en el ámbito empresarial, y que ven en la legislación de protección a la libre competencia el correctivo por excelencia de los abusos y colusiones que pudieran presentarse, con lo que se reduce al mínimo la discrecionalidad de la administración, hasta aquellos que consideran al principio de libre competencia como plenamente disponible y a la legislación encargada de defenderla como un conjunto normativo que puede con frecuencia dejarse de lado, por ser incapaz de resolver o restaurar las fallas del mercado, entre ambas se mueve un conjunto variado de posiciones; todas son, creemos, válidas y legítimas en tanto respeten los principios políticos-jurídicos, tanto explícitos como implícitos, incorporados en la Constitución política.

Pero como señala acertadamente Viciano, «el sometimiento de la administración a la legalidad nos hace concluir, en primer lugar, que cualquier intervención de los poderes públicos en la economía que [...] ha de estar fundamentada en los derechos y libertades reconocidos en la Constitución tiene como límite precisamente esos derechos y libertades y, en concreto, la libertad de empresa que [...] es el fundamento del sistema económico constitucionalizado».[75] En efecto, todas las intervenciones de la administración deben estar sometidas a los principios constitucionales, intervenciones que en principio nadie discute pues se consideran necesarias y en relación con las cuales el debate se centra en su extensión o sentido; por tanto, «a la hora de enjuiciar la intervención de la administración en la economía, partimos de un pre-juicio: esta debe estar sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, es decir, a la ley y al Derecho».[76] Y si se trata

---

[75] Viciano, J. *Op. cit.*, p. 102.

[76] *Ibid.*, p. 101.

de construir un Estado social y democrático, no puede ponerse en duda que esta facultado para intervenir; sea únicamente como regulador o, mucho más intensamente, pudiendo llegar a ser titular de empresas públicas. Con lo que resulta fundamental conocer los límites constitucionalmente establecidos, el contenido esencial de los derechos reconocidos y si requiere, en ciertos casos, de habilitación legal expresa.

3.5. Resulta fundamental el estudio de la libertad de empresa, pues en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema económico tanto por la Constitución vigente como por el proyecto de reforma en actual discusión (en adelante, El Proyecto): la defensa de la competencia económica entre empresas en particular y agentes económicos en general, como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos. Y como se tendrá ocasión de apreciar, esa libertad no es absoluta, pues tanto el texto constitucional vigente como El Proyecto habilitan a los poderes ejecutivo y legislativo para que intervengan con el propósito de «garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema económico de mercado orientado al interés público»,[77] en el marco de lo que nuestras últimas Cartas fundamentales denominan economía social de mercado. Y que es el escogido para edificar y fortalecer, así lo señala El Proyecto en su Preámbulo, el Estado Democrático y Social de Derecho, recuperando así el objetivo consensuado que estuvo incorporado en el artículo 4 de la Constitución de 1979 y que la Carta espuria de 1993, infelizmente vigente aún, había querido desterrar.

Como tendremos ocasión de ver, nuestros textos constitucionales han históricamente reconocido el derecho individual a ejercer actividades económicas, asumiendo que ello repercutirá en beneficio de la sociedad, que será compatible con el interés público y que traerá bienestar a los ciudadanos. Y como bien dice Viciano: «este difícil y complicado balance —que busca el bienestar general a través del interés particular— requiere de intervención que evite los abusos del ejercicio individual de los derechos y que oriente la actuación de los particulares hacia el bienestar de la colectividad, pero sin impedir de forma innecesaria el ejercicio individual de la libertad de empresa».[78]

---

[77] *Ibid.*, p. 27.
[78] *Ibid.*, p. 28.

4. La iniciativa privada, la libertad de industria y comercio, y la libertad de empresa en los textos constitucionales del Perú

4.1. La libertad económica, formulada inicialmente en las nuevas repúblicas americanas latinoamericanas bajo el enunciado de la libertad de comercio y más adelante, también, como libertad de industria, deberá pasar por un complejo proceso político y legislativo para afirmarse. Por una parte, el sistema económico va poco a poco consolidándose: en efecto, el incipiente capitalismo necesitaba del afianzamiento de la libertad económica y la consiguiente formulación de un sistema jurídico adecuado a sus necesidades. Al mismo tiempo y en forma simultánea, la administración pública —incluso dentro del empirismo que la ha caracterizado durante casi todo el siglo XIX— irá decantando potestades y variados títulos de intervención en la actividad económica realizada por los particulares, que en principio se declara libre.[79]

Si bien entonces la influencia de la Revolución Francesa hizo posible la generalización en muchas legislaciones de la libertad de comercio y de industria, hay que tener en cuenta las particularidades regionales o nacionales para enjuiciar su reconocimiento y efectiva materialización. En aquellos territorios con una tradición centralista y controlista, como era el caso de las colonias españolas de América, que hasta muy entrado el siglo XVIII solo podían comercializar con los puertos de Sevilla y Cádiz, su implantación fue paulatina, a pesar de las reiteradas declaraciones constitucionales de las jóvenes repúblicas, que encuentran un antecedente expreso en la Constitución de Cádiz de 1812, la misma que en su artículo 131 da facultad a las Cortes para promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan, así como en el decreto del 8 de junio de 1813 en virtud del cual los constituyentes de Cádiz consagraron explícitamente la libertad de trabajo y permitieron la libre creación de fábricas, así como la libertad de comercio, la circulación de mercancías, y la venta de frutos «al precio que acomode».[80]

4.2. José de San Martín declaró en el Reglamento Provisional de 1821, dado en el cuartel general de Huaura el 12 de febrero de 1821, que no bastan las armas y que es necesario «anticiparse a preparar los ele-

---

[79] Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, p. 129.
[80] *Ibid.*, pp. 128-129.

mentos de la reforma universal, que ni es posible perfeccionar en un día, ni es justo diferir enteramente bajo ningún pretexto. Los sucesos más brillantes de la guerra, y las empresas más gloriosas del gremio de los hombres —continúa— no harían más que excitar en los pueblos un sentimiento de admiración mezclado con zozobra, si no entreviesen por término de todas ellas la mejora de sus instituciones y la indemnización de sus actuales sacrificios».[81] Y en el Estatuto Provisional de 1821, dictado el 8 de octubre, dice al reasumir el mando supremo bajo el título de Protector del Perú que su pensamiento «ha sido dejar puestas las bases sobre que deben edificar los que sean llamados al sublime destino de hacer felices a los pueblos».[82] Por este Estatuto todo ciudadano tiene derecho a conservar y defender su propiedad (artículo 1), y queda sancionada la libertad de imprenta (artículo 4). El reconocimiento de la libertad de industria y comercio se incorporará sin demora en los textos constitucionales del Perú y de los países latinoamericanos, y se convertirá, sin duda, en una de las bases del edificio constitucional republicano.

4.3. Será la Constitución de 1823 la primera que, además de declarar la igualdad de los ciudadanos frente a la ley (artículo 23) y de garantizar el ejercicio libre de la imprenta (artículo 182.5), como harán también otros textos fundamentales posteriores, declare como inviolables, bajo el capítulo referido a las garantías constiticionales, en el que se consignan los derechos sociales e individuales de los peruanos, la propiedad, la libertad de imprenta y la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería (artículo 193.8).[83] Más adelante, la Constitución de 1826, que es en opinión de García Belaúnde la que pone las bases constitucionales del Perú[84] y a la que Manuel Vicente Villarán llamará «la madre de todas nuestras constituciones»,[85] atribuye al

[81] Citado por García Belaunde, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia, 1993, p. 71.

[82] *Ibid.*, p. 75.

[83] Resulta curioso que la primera Constitución española en reconocer el principio de las libertad de comercio sea la correspondiente a la II República en 1931. Este reconocimiento constitucional, dice Joaquín Tornos, da cobertura al intervensionismo estatal para señalar los límites por motivos económicos y sociales de interés general, para un principio que ya estaba reconocido por el legislador ordinario. «Comercio interior y exterior». En Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, p. 581. Esta motivación es distinta, por cierto, a la que dio origen a su reconocimiento en las Constituciones latinoamericanas.

[84] García Belaunde, Domingo. *Op. cit.*, p. 9.

[85] *Ibid., loc. cit.*

Congreso la facultad de reglar el comercio interior y exterior; y a las Juntas Departamentales, el proponer, discutir y acordar acerca de los medios de fomentar la agricultura, minería y demás clases de industria (artículo 75.1). El texto de 1826 garantiza la propiedad y la igualdad ante la ley (artículo 149 y 165), y declara que es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos (artículo 166). Disposiciones similares consignará —en sus artículos 147, 161 y 162— la Constitución de 1834, pero limitará el ejercicio de la libertad de industria y comercio cuando se oponga a las buenas costumbres, la seguridad y salubridad de los ciudadanos, o cuando lo exija el interés nacional, previa disposición de una ley. La Constitución de 1839, en su artículo 169, volverá al texto de 1828.

Formulación muy parecida se encuentra en el artículo 22 de la Constitución de 1856 y en el artículo 23 de la Constitución de 1860. El primero estipula que es libre todo trabajo que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública. La Constitución de 1867, de vigencia menor a un año, repetirá en su artículo 22 el texto de 1856. Finalmente, el artículo 7 del Estatuto Provisorio de 1879, dictado por Nicolás de Piérola, garantiza la propiedad, la igualdad ante la ley, la libertad de imprenta, la libertad de asociación y la libertad de industria, en cuanto no sea dañina de modo alguno.

4.4. En relación con lo ocurrido en el siglo XIX, quizás sea en parte aplicable a nosotros lo que Martín-Retortillo señala para el mismo período en España en lo que se refiere a la instrumentación jurídica de la libertad económica, que se sustenta —dice— en el reconocimiento y afirmación del derecho de propiedad, pues —como ya hemos señalado— resulta imprescindible para el ejercicio del comercio y de la industria. «De ahí que sea esta perspectiva la que explícitamente recibe el correspondiente refrendo constitucional. La libertad económica se señala, no necesita de su expresa formulación: aparte de ser una manifestación más del derecho de libertad, es consecuencia directa de ese derecho, sagrado e inviolable, que es el derecho de propiedad».[86]

Por cierto, será la legislación ordinaria de forma paulatina y gradual la que irá afirmando la libertad económica, sea cancelando el régimen colonial o mediante diversas disposiciones novedosas, entre las que tienen un lugar destacado los códigos de comercio, que en

[86] Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, p. 129.

muchas ocasiones hacen reconocimiento expreso o tácito de las libertades de industria y comercio, que establecen un derecho uniforme para todos y en virtud de los cuales la condición de comerciante ya no se adquiere por la matrícula en un gremio sino por el ejercicio habitual. A ello se suma la consagración de la libertad contractual y la afirmación del principio de autonomía de la voluntad en los códigos civiles, cauce a través del cual se afirmará la libertad económica.[87]

Ahora bien, hay otra característica señalada por Bassols para el proceso constitucional español en materia económica durante el siglo XIX que puede tener aplicación entre nosotros.[88] La ausencia formal de planteamientos económicos, si la comparación se hace con otros países europeos, puede obedecer a dos causas principales: en el orden ideológico, la preocupación fundamental estuvo dirigida al afianzamiento del siempre precario régimen constitucional y determinó su polarización en temas tales como la soberanía nacional y la representación parlamentaria, y el afianzamiento de nuestras fronteras territoriales, agregaríamos para el caso específico del Perú. Por otro lado, se debe recordar que los promotores de la implantación del sistema constitucional no son burgueses exitosos en sus respectivos negocios sino hombres ilustrados, funcionarios y profesionales.

4.5. ¿Cuáles son las características comunes de estas Constituciones del siglo XIX, cuando aún no había triunfado el constitucionalismo social? Creemos que, más allá de las diferencias de matiz que contienen los textos, en lo que se refiere a la libertad de industria y comercio se consigna su reconocimiento con limitaciones. Sin duda hubiera sido importante detenerse en esos matices y apreciar si ellos tuvieron impacto en las formulaciones legislativas y en las decisiones de los tribunales, pero creemos que ello sería tarea inútil debido a la falta de estabilidad y durabilidad de los textos constitucionales. Pero sí cabe precisar que el reconocimiento de la libertad de industria y comercio no tuvo un carácter absoluto. Excede en mucho al propósito de estas líneas explorar si ello se debe a una convicción firme de los líderes políticos de la época, surgida de un debate sobre los efectos prácticos de las ideas liberales que en materia económica impregnaron el pensamiento dominante en las potencias mundiales durante ese siglo, o si, más bien, se trata de un rezago de las ideas controlistas heredadas de la administración española colonial. Y también excede a nuestro propó-

[87] *Vid.* García Calderón, Fco. *Op. cit.*, p. 455.
[88] Bassols C., M. *Op. cit.*, pp. 48-49.

sito otro asunto, en verdad central, no solo para conocer el devenir constitucional en esta materia sino para conocer la historia económica del Perú durante el siglo XIX y rastrear, así, una de las causas de nuestra desventurada historia republicana: si hubo respeto por la misma, si se entendió su significado y si se ejerció ampliamente o si se trató de un ejercicio dialéctico de minorías sin significado mayor.

Resulta apropiado terminar con una cita de quien fue testigo de la época. Francisco García Calderón, en su célebre *Diccionario de la Legislación Peruana*, hace en la segunda parte del siglo una defensa cerrada de los beneficios que había traído al Perú la libertad comercial, a pesar de que los dispositivos legales pertinentes (Reglamento de Comercio) habían estado poco tiempo en vigencia: «no podrá desconocerse, sin embargo, que desde la época de la dominación española en que el país era rico en metales, y pobre en lo demás en virtud de que no había comercio libre, hasta la época presente, hemos ganado inmensamente en industria, en civilización y en riqueza».[89]

4.6. Con la Constitución de 1920, se da inicio al constitucionalismo social y económico en nuestro país. Esta Carta no solo hace un expreso reconocimiento al derecho de propiedad, tal como lo habían ya hecho todas las cartas anteriores, sino que establece algunas restricciones (artículos 38, 39, 40, 41 y 42). Reconoce la libertad de asociarse y de contratar (artículo 37), y la libertad de trabajo (artículo 46), pero manda que el Estado legisle sobre varios aspectos relacionados con este derecho, como en lo referente a la seguridad, salario mínimo, accidentes, etc. (artículo 47). En su artículo 45, reconoce la libertad de comercio e industria, y dispone que debe estar sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las mismas que pueden imponer limitaciones y reservas a favor del Estado; además, estipula que este último está autorizado a tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos de propiedad particular (artículo 44). Prohíbe los monopolios y los acaparamientos industriales y comerciales privados, pues el Estado sí «puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional». No cabe duda de que, con la Carta de 1920, el contenido y límites de la antigua libertad de industria y comercio adquieren connotaciones novedosas en el nivel constitucional y cuestionadoras de los principios del liberalismo económico. Se comienzan así a perfilar las características de un futuro Estado social.

---

[89] García Calderón, Fco. *Op. cit.*, voz «comercio», p. 455.

La Constitución de 1933 ratifica y ahonda lo dispuesto en la Carta de 1920. En efecto, no solo reconoce la libertad de trabajo (artículo 42), de asociación y de contratación (artículo 27); el derecho de propiedad y sus límites, que debe usarse en armonía con el interés social (artículo 34); las nacionalizaciones (artículo 38); la prohibición de monopolios y acaparamientos privados (artículo 16); sino que además faculta a establecer un régimen de participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa (artículo 45) y a intervenir directamente en el señalamiento de algunos precios (artículo 49). Si bien reconoce la libertad de comercio e industria, precisa que la ley señalará los requisitos a los que queda sujeta su ejercicio, así como a las garantías que le acuerda, atribución que permite el Estado establecer limitaciones y reservas (artículo 40).

La sola mención de estas últimas disposiciones constitucionales nos hace ver que nos encontramos frente a un Estado con amplísimas facultades de intervención y que el énfasis ya no se encuentra tanto en el reconocimiento del derecho —que declarativamente continúa— sino en sus limitaciones. El Estado, al amparo de la Carta de 1933, iniciará un recorrido que lo convertirá en la década de 1970 en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, con resultados muy dañinos para el bienestar general. Sin embargo, a pesar de su amplitud, esta Carta no bastará para llevar adelante la que ha sido la más grande transformación económica en el Perú del siglo XX: la encabezada —con resultados que hasta ahora motivan enconados debates— por el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), que no puede, sin embargo, librarse de un juicio imparcial y casi unánime: no puso las bases para sacar al país de la pobreza, aunque modificó sustantivamente el mapa social y la estructura de poder económico tradicional.

En efecto, las amplias disposiciones de la Constitución de 1933 no satisficieron a esa dictadura militar, que se gobernó por un Estatuto (artículo 5) al que consideró por encima de la Constitución de 1993, alegando recoger el anhelo ciudadano y la necesidad de poner fin al caos económico —ambas premisas falsas—, a la inmoralidad, a la improvisación y al entreguismo, entre otros males; y que se impuso como objetivo, nada sorpresivo en ese tipo de pronunciamientos, transformar la estructura del Estado y promover superiores niveles de vida. Para ello emprendió numerosas estatizaciones y nacionalizaciones —la mayoría de las cuales no han sido efectivamente pagadas a los perua-

nos hasta el día de hoy— con lo cual convirtió al Estado en empresario poderosísimo, hecho que originó una radical reforma agraria, porque estableció límites y permisos múltiples para el ejercicio de la actividad económica y sentó un sui generis sistema de cogestión (comunidades laborales) que alteró significativamente la administración diaria y futura de la mayoría de las empresas privadas sin tener en cuenta su dimensión y posibilidades de desarrollo futuro. En términos generales, la libertad de empresa, siempre invocada, quedó desdibujada hasta la caricatura.

4.7. Para salir de la difícil situación en que se encontraba al final de su período, el Gobierno militar convocó a una Asamblea Constituyente que aprobó la Carta de 1979 y que entró en vigencia en 1980 con el Gobierno democrático de Fernando Belaúnde Terry. En esa Asamblea, tuvo lugar el primer debate en profundidad que, en materia de constitucionalismo económico, se haya dado en el Perú y en el cual se enfrentaron posiciones estatistas vinculadas estrechamente con el marxismo y con partidos de tendencias social-demócratas y social-cristianas. El texto y el régimen económico fue fruto de un consenso, no desmontó las reformas e iniciativas del Gobierno militar en lo económico y, en cierta medida, las afianzó tratándoles de dar un contenido democrático. Instauró un sistema de «economía mixta de planificación concertada»,[90] en el que el Estado conservó su poder y preeminencia en el campo económico. Su Preámbulo consignó la primacía de la persona humana y a la justicia como valor primario de la vida en comunidad, así como la decisión de crear una sociedad sin explotados ni explotadores, en la que la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.

La Constitución de 1979 —superior formal y estructuralmente a las anteriores— mantuvo los principios económicos que inspiraron las Constituciones de 1920 y 1933. Fue contraria a los monopolios privados pero no a los públicos (artículo 133) y otorgó al Estado la posibilidad de reservarse actividades productivas o de servicios (artículo 144).[91] Reconoció como derechos de la persona la libertad de

---

[88] Bassols C., M. *Op. cit.*, pp. 48-49.

[89] García Calderón, Fco. *Op. cit.*, voz «comercio», p. 455.

[90] Sánchez Albavera, F. «Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución». En *La Constitución diez años después*. Lima: s./e., 1989, p. 75.

[91] Kresalja, B. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen

contratación (artículo 2.12), la libertad de trabajo (artículo 2.13), la propiedad (artículo 2.14) y la libre iniciativa (artículo 2.16). Sus disposiciones en lo que se refiere al régimen económico deben apreciarse a la luz de las declaraciones programáticas que configuran el Estado Social y Democrático de Derecho que se comprometía a construir (artículo 4), esto es, un Estado de Bienestar tardío, si lo miramos desde el contexto de las corrientes de opinión prevalecientes en los países desarrollados al momento de su promulgación, y sin los recursos económicos indispensables. Como consecuencia natural de todo ello, el Estado asumió la tarea de formular la política económica mediante planes que regulaban la actividad del sector público y que, una vez concertados, resultaban obligatorios para la actividad privada (artículo 111); reconoció un pluralismo en el que podían coexistir empresas con diversas formas de propiedad (artículo 112); y el Estado podía ejercer actividad empresarial y de servicios públicos sin necesidad de habilitación legal expresa (artículo 113), así como intervenir en situaciones de crisis o de emergencia en la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario, sin señalarse un carácter temporal para las mismas (artículo 132). En ningún anterior texto constitucional, el Estado había tenido tantas y tan expresas potestades de intervención en el campo económico.

Es en conjunto con los artículos citados que hay que interpretar el reconocimiento que realiza de la libre iniciativa privada y de su diario ejercicio bajo el régimen de economía social de mercado: en virtud de la carta de 1979, el Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social (artículo 115); declara, por otro lado, que las empresas cualquiera sea su modalidad son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley (artículo 130). La libertad de comercio e industria que es reconocida en el artículo 131 se encuentra recortada, pues la ley puede determinar sus requisitos, garantías, obligaciones y límites, pero no su ejercicio, el mismo que no puede «ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública». A todo ello, por primera vez, se suma la prohibición de acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad mercantil e industrial, y la declaración que la ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes. En síntesis, no puede dejarse de reconocer en desapasionado juicio que las disposiciones de la Carta de 1979 reflejaban no solo un mayor optimismo en las fuerzas del Estado que en las del mercado sino, además y en lo que a nosotros específicamente interesa, un reconocimiento

reticente del poder creador de la libre iniciativa privada y una desconfianza en sus posibilidades de alcanzar logros importantes para las mayorías empobrecidas.

Fue al amparo de todas esas disposiciones que se consolidó la posición jurídica de un importante número de empresas públicas y llegamos al final de la década del ochenta a generar más del 20% de PBI. Estas fueron administradas ineficientemente y en forma poco transparente, y eso comprometió seriamente el desarrollo del país y fue causa coadyuvante de una inflación galopante. La competencia económica estuvo, en consecuencia, muy limitada, y eso impidió el desarrollo de mercados orientados al bienestar de los consumidores y usuarios de servicios públicos; estos, más bien, fueron sustituidos por mercados de funcionamiento distorsionado, orientados en función de intereses políticos. A finales de la citada década, surgió un fuerte movimiento de opinión, liderado por el novelista Mario Vargas Llosa, quien abogó por la implantación de medidas neoliberales, en ese momento de plena vigencia en el mundo capitalista desarrollado.

4.8. Como consecuencia de un golpe de Estado ocurrido en 1992, fue puesta en vigencia, en 1993, una nueva Constitución, fruto del denominado Congreso Constituyente Democrático, de composición autoritaria y desafecta al diálogo. Este preparó un texto de calidad inferior al de 1979 y trató de incorporar el mayor número de disposiciones, en materia económica, coincidentes con las ideas liberales en boga. Si bien consintió a última hora en adoptar la fórmula de economía social de mercado (artículo 58) por presión de la opinión pública, el autoritarismo gobernante olvidó pronto el equilibrio que esta simboliza.

El rol del Estado en la economía cambia en forma sustantiva en lo que va de la Constitución de 1979 a la de 1993, cambio que expresó un extendido descontento por la muy mala gestión económica de la década del ochenta. Hay que recordar, sin embargo, que las principales reformas liberalizadoras se realizaron durante los años 1991 y 1992, al amparo de facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo, cuando estaba en vigencia la Constitución de 1979. Con la nueva Carta de 1993, el Estado ya no formula la política económica ni planifica, y su actuación empresarial queda limitada, pues solo puede ejercerla por ley expresa, en forma subsidiaria y en igualdad de condiciones con la privada (artículo 60). El Estado deja de asumir el rol de promotor del desarrollo y la empresa privada se convierte en la principal responsable de la actividad económica.

En virtud del artículo 59, el Estado garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, cuyo ejercicio no puede ser lesivo a la moral, la salud y la seguridad pública. Según el artículo 60, el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia y combatir toda práctica que la límite, así como el abuso de posiciones dominantes. Se eliminan las reservas y no se prohíben expresamente los monopolios privados, pero ninguna ley ni concertación puede autorizarlos ni establecerlos. En la Constitución vigente, desaparecen los principios valorativos inspiradores del régimen económico consignados en la de 1979, hecho que promueve una privatización de la vida económica, pues guarda silencio sobre muchas funciones que antes correspondían al Estado. La libertad de contratación se convierte en inmune a la ley y se da igual tratamiento a las inversiones nacionales y a las extranjeras, con lo cual se omite toda referencia a los mecanismos de planificación. En síntesis, el texto de 1993 se acerca notablemente al modelo ortodoxamente liberal, si bien mantiene la cláusula que afirma que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado. En síntesis, y al igual que lo ocurrido con las Constituciones del siglo XIX, todas las del siglo XX hacen reconocimiento expreso de la libre iniciativa y de la libertad de comercio y de industria con ciertas limitaciones, que son más acusadas en los textos de 1920, 1933 y 1979.

4.9. Después de la fuga de Fujimori en el 2001, un notable Gobierno transitorio presidido por Valentín Paniagua hizo posible las elecciones libres que permitieron llegar al poder a Alejandro Toledo en el 2001. Durante el Gobierno de Paniagua, se convocó a una comisión de juristas que preparó un documento denominado *Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, con el fin de poner de manifiesto las normas constitucionales que podían ser reformadas, las opciones resultantes y el procedimiento para llevar a cabo las reformas propuestas. Dicho documento no contiene un proyecto de articulado sino lineamientos que recogen ideas con el fin de rescatar la democracia, el principio de supremacía constitucional y consolidar el estado de derecho. Como señalara el ministro de Justicia, García Sayán, el trabajo de los juristas se hizo con la convicción de que la Carta de 1993 tenía un origen espurio, que fue elaborada y aprobada en un escenario de crisis política y moral sin tomar en cuenta las necesidades y cuestionamientos de la ciudadanía, que fue ratificada por un referén-

dum con irregularidades y, en fin, que produjo debilidad en los instrumentos de control político y permitió el abuso del poder.[92]

Dichas bases, cuya fundamentación en la parte económica acusa la influencia de un trabajo realizado por los profesores Kresalja y Ochoa,[93] presenta un equilibrado conjunto de sugerencias inspiradas en el articulado de las Constituciones de 1979 y 1993, y en los resultados de su aplicación a la realidad. Entre otros se ratifica el carácter libre de la iniciativa privada en materia económica, el marco de economía social de mercado, las libertades de contratación y de empresa, la promoción de la libre competencia, el respeto a consumidores y usuarios, y el rol subsidiario del Estado. Específicamente, en lo que se refiere a la libertad de empresa, señala que debe ser entendida como un derecho subjetivo que los poderes públicos tienen la obligación de respetar y promover, y que la intervención del Estado es requerida para que pueda hacerse realidad, en especial en lo que se refiere al libre acceso al mercado.

En virtud de la ley 27600, la Comisión de Constitución del actual Congreso de la República prepara, desde finales del 2001 y hasta abril del 2002, un anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional, en el que participaron más de cien profesionales y académicos de distintas tendencias, que brindaron los resultados de sus experiencias y de los estudios que se habían realizado durante los últimos años en materia constitucional.[94] En el mes de julio de 2002, la Comisión acordó un texto final que al presente se encuentra en debate en el Pleno del Congreso, el mismo que posteriormente deberá ser sometido a un referéndum para su aprobación. Si bien no se conoce aún lo que podría llegar a ser el texto final del régimen económico, cabe adelantar que es muy probable que finalmente incorpore aspectos tanto de la Constitución económica de 1979 y 1993. Poca duda se presenta en el sentido de que será reconocida la libre iniciativa y la libertad de empresa, la propiedad privada y la libertad contractual, el fomento de la competencia y la sanción a los abusos a que de lugar, así como la protección a los consumidores y usuarios. Tampoco parece haber duda en que se

---

[92] Diario *El Peruano*, 26 de julio del 2001

[93] KRESALJA, B. y C. OCHOA. «Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional». *Pensamiento Constitucional*, n.º 6, Lima, 1999, pp. 729 y ss.

[94] Un ejemplo de ello constituye el estudio de KRESALJA, B. «Ejercicio sobre lo que debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional». En VARIOS. *Las tareas de la transición democrática*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 131 y ss.

reiterará el modelo de economía social de mercado. El debate parece centrarse en el carácter subsidiario de la actividad estatal, el tipo de planificación y el rol del Estado en cuanto a servicios públicos y organismos reguladores. Es muy improbable que se acepte que el Estado pueda reservarse actividades económicas. Lo que es difícil de prever por la inestabilidad política que nos caracteriza y el poco apoyo ciudadano a las labores del Poder Legislativo es si el texto final será aprobado en el referéndum correspondiente. Lo que se requiere para la estabilidad y aplicación íntegra de la nueva Constitución es, finalmente, un pacto, un gran acuerdo, que no se obtuvo con ninguna de las dos Constituciones anteriores, la de 1979 y la de 1993.[95]

5. El constitucionalismo económico y las características del sistema económico en el Perú

5.1. «La Constitución —como sabemos— se sitúa en la cúspide del ordenamiento, garantizando, en el contexto del Estado de Derecho, el principio de legalidad y la jerarquía normativa en los órdenes formal y material».[96] Ello supone un principio de autodeterminación del pueblo, pero este es limitado, pues la idea misma de Constitución conlleva la de limitación del poder.[97] En efecto, si atendemos a su origen histórico, «la Constitución es, ante todo, un medio para limitar el poder de los gobernantes y en tal sentido asegura una esfera de derecho y libertades a los ciudadanos».[98] Hay, por otro lado, principios constitucionales rectores de la política social o económica en un Estado, principios constitucionales que recogen valores, como la libertad o la igualdad, que solo pueden ser dejados de lado si se modifica la Constitución. Pues bien, es por la anotada jerárquica que todas las normas jurídicas tienen que integrar los principios constitucionales o contarse con ellos cuando se las interpreta.

---

[95] Hakansson, C. «La Constitución como pacto». *Revista de Derecho*, vol. 3., Piura, 2002, p. 18.

[96] Giron Tena, J. *Op. cit.*, p. 57.

[97] «La concepción de unos derechos fundamentales que aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos, como personas singulares y solidarias y que, a la vez, permitan la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político —ha señalado García de Enterría— se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que no siempre, ni siquiera predominantemente, vaya seguido de consecuencias efectivas». *Ibid.*, p. 57.

[98] Hakannsson, C. *Op. cit.*, p. 15.

Al servicio de esos valores se encuentran libertades y derechos que pueden recibir acogida constitucional, incluso en sentido material. En este sentido, adquiere importancia singular la declaración en El Proyecto, tanto en el Preámbulo como en su artículo 53,[99] del Perú como Estado Social y Democrático de Derecho, al igual que lo hacia la Constitución de 1979. Esta calificación conlleva una concepción de las relaciones individuo-sociedad-Estado que no es el caso aquí desarrollar, pero que en síntesis significa legitimar una intervención más acentuada de los poderes públicos en lo social y económico. Se trata, evidentemente, de una posición contraria a la de un Estado abstencionista o exclusivamente regulador en el ámbito económico, pues aquel se encuentra obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales, tangibles y lleguen a todos los ciudadanos, en una tarea permanente a pesar de su inalcanzable —aunque deseada— concreción.

Los principios rectores de lo económico que se integran a la denominada Constitución económica constituyen, entonces, un verdadero plan de acción para la administración y para los operadores económicos, más allá del énfasis en una u otra materia que querrá dar cada gobierno democrático. En nuestro caso, deberían buscar hacer posible el tránsito de un Estado autoritario y extraño a las necesidades populares a otro que busque, en sus líneas distintivas más acusadas, conformar un Estado Social y Democrático. Así, el Estado debe configurar a la sociedad «de acuerdo con una idea previa de justicia, por lo que, en primer término, la finalidad de la actuación administrativa se hace social. Este es el sentido que hay que asignar hoy a la tan traída y llevada justicia social, cuya temática es de tan ineludible vigencia para la mentalidad contemporánea»[100] y que, sin embargo, fuera dura y visceralmente cuestionada por los promotores —en el ámbito económico— de la Constitución fujimorista de 1993.[101]

Al ser la Constitución, como hemos recordado, la cúspide del ordenamiento, la materia económica que aparezca tratada en ella tendrá ese carácter, con las consecuencias correspondientes respecto de la legislación y la interpretación de los tribunales.

---

[99] La insuficiencia de esa declaración para implantar un Estado Social ha sido puesta de relieve por CASTILLO, L. «Acerca de la garantía del «contenido esencial» y de la doble dimensión de los derechos fundamentales». *Revista de Derecho*, vol. 3, Piura, 2002, p. 49.

[100] GIRON TENA, J. *Op. cit.*, p. 62.

[101] *Vid. La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo Publicaciones, 1992.

5.2. Se denomina Constitución económica al conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las sociedades mercantiles y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan sus derechos, deberes y responsabilidades.[102] Se encuentra hoy arraigada la convicción de que el orden económico establecido en la Constitución forma parte de su contenido esencial, de igual manera que lo es la organización política, social y jurídica del Estado. Duque ha señalado para la actual Constitución española unas ideas que resultan aplicables a otras como la nuestra:

> [...] la parte en la nueva constitución española que se ocupe de los aspectos económicos de la vida comunitaria puede ser llamada constitución económica en sentido formal, a condición de que no se entienda cómo la constitucionalización directa de un sistema —de un régimen económico— concreto, ni, mucho menos, del programa económico de un Gobierno o de un partido, sino como la parte de la constitución que contiene los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada y las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer aquellos derechos, reclamar contra su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada de un uso obsesivo de aquellos.[103]

Como bien ha puesto de manifiesto Lucas Verdu, «[...] una Constitución es la ordenación fundamental de los poderes públicos, de sus interrelaciones, de los derechos y libertades de los ciudadanos y de sus grupos en una estructura socioeconómica. La quintaesencia de una Constitución consiste en la expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura socioeconómica». Compartimos ple-

---

[102] Font Galan, J.I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: s./e., 1987, pp. 131-132. Sobre los orígenes del concepto *vid.* Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, pp. 70 y ss; Lojendio, I. «Derecho Constitucional Económico». En *Constitución y economía*. Madrid: s./e., 1977, p. 81; Viciano, J. *Op. cit.*, p. 105; García Belaunde, D. «La constitución económica peruana». En *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Tomo II. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1993, p. 53; y Kresalja, B. y C. Ochoa. *Op. cit.*, p. 729.

[103] Duque, J. «Iniciativa privada y empresa». En *Constitución y Economía. Op. cit.*, p. 52.

namente este juicio del jurista español y, por tal razón, el estudio del contenido esencial de la libertad de empresa significa adentrarnos en un sendero que nos lleve al ancho camino del sistema económico constitucionalmente elegido, lo que tiene fuertes implicancias sociopolíticas.

Existe, además, una consideración de orden práctico de la mayor importancia que ha sido puesta de manifiesto por Estrena Cuesta, y es la siguiente:

> [...] la necesidad de plasmar al más alto nivel jurídico-formal los principios básicos del sistema económico y es que aunque la Constitución deba, en un régimen pluralista, ser lo suficientemente ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de Gobierno posibles en un país, es lo cierto que la economía no puede someterse a mutaciones o subversiones en el modelo económico a raíz de cada consulta electoral; el partido en el poder tratará de orientar el orden económico a los objetivos de su programa, pero lo que no puede es alterar los fundamentos; ello obliga a que el orden económico sea un sistema abierto y flexible, capaz de ser soporte de diferentes programas políticos en un amplio espectro democrático pluralista, pero lo bastante afirmado en los fundamentos esenciales para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible.[104]

En el estudio e interpretación de la Constitución económica es más correcto hablar de sistema económico que de modelo económico, pues, a diferencia de este último, evoca el resultado de la interpretación global de las normas económicas constitucionales. En el caso del Perú, el sistema económico constitucionalizado es el de la economía de mercado del Estado Social, es decir, el de la economía social de mercado, que suele dejar un amplio margen de acción al poder político para configurar su modelo económico, resultado de la combinación de elementos heterogéneos, procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático.[105]

---

[104] Estrena Cuesta, R. «El principio de libertad de empresa». En *El modelo económico en la Constitución española*. Vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, pp. 108-109.

[105] Font Galan, J.J. *Op. cit.*, p. 131, pie de página 249.

Ahora bien, tiene especial significación para el tratamiento de la materia económica a nivel infraconstitucional, el recordar que la esencia de un estado de derecho se encuentra en la eliminación de la arbitrariedad y en el cumplimiento estricto del principio de la legalidad, esto es, gobierno por normas, esencial para hacer realidad la seguridad jurídica, instrumento imprescindible para el ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos. «Solo la previsibilidad de las consecuencias de las conductas, fundada en la norma preexistente y en la certeza de su aplicación —señala Giron Tena— permite una conducta libre del arbitrio de los poderes jurídicos y fácticos».[106]

5.3. La Constitución económica se formaliza, en gran medida, a través de cláusulas generales intencionalmente indeterminadas y, por tanto, necesitadas de concreción por normas de inferior jerarquía. Y ellas, a su vez, deben ser encuadradas en un conjunto de cláusulas aún más generales y de inequívoco valor político y jurídico.[107] Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de 1979 señala que los representantes a la Asamblea Constituyente están decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, en la que la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía. Más adelante, en su artículo 2, dispone que toda persona tiene derecho a alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia. Ya en el mismo Régimen Económico, la mencionada Carta dispuso que el Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo (artículo 111), que el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo (artículo 113), y que la libre iniciativa privada debe ser reglamentada en su ejercicio para armonizarla con el interés social (artículo 115).

La Constitución vigente, si bien es bastante más austera en cuanto a cláusulas generales que la de 1979, no deja de tener algunas como aquellas de su artículo 59, en virtud de la cual el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; o de su artículo 58, por el que el Estado orienta el desarrollo del país, y la del artículo 61, que obliga a facilitar y vigilar la libre compe-

---

[106] Giron Tena, J. *Op. cit.*, p. 64.

[107] Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, p. 78.

tencia. Todas estas cláusulas de contenido económico necesitan de precisión jurídica y forman parte de un sistema económico que se fundamenta en la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Carta vigente), así como en los principios de la libertad, justicia e igualdad que informan el constitucionalismo republicano.

Las cláusulas citadas u otras similares, que sirven para establecer el significado del sistema económico constitucionalizado, carecen, sin embargo, del mismo alcance, porque la propia Constitución las valora en forma diversa respondiendo a un orden axiológico concreto. Algunas de ellas contienen auténticos derechos tutelables judicialmente; otras, principios que deben informar la legislación positiva o la práctica judicial; y algunas otras, normas que habilitan a los poderes públicos a actuar o intervenir en el ámbito económico y que les señalan límites que no pueden sobrepasar, estableciendo verdaderas garantías constitucionales. A pesar de esta diversidad, todas tienen valor incuestionable. Dice al respecto Martín-Retortillo:

> [...] no cabe postular que, con frecuencia, no pasan de ser simples principios programáticos, de reducida y escasa operatividad. No; la genérica indeterminación que, como no podía ser menos, contienen muchas de esas cláusulas, no permite concluir que resulte indiferente uno u otro enunciado. Su falta de concreción podrá hacer si se quiere más dificultosa la tarea de su aplicación. De todos modos, es obligado reconocer su explícito y muy concreto valor a todas esas cláusulas, en cualquier caso. Además juega el principio fundamental del valor vinculante de todos lo preceptos de la Constitución, y el sometimiento a ella de los ciudadanos y de todos los Poderes Públicos en los términos que la misma Constitución expresa.[108]

5.4. Lo anterior nos lleva a poner de relieve la importancia de definir y establecer el alcance de ese minimun que es necesario y obligado respetar, pues de lo contrario habría que modificar el texto constitucional. Ahora bien, la indeterminación de las cláusulas económicas responde a la exigencia de actualización normativa, inherente a la vida económica. En nuestro caso, una valoración sistemática de las cláusulas económicas tanto de la Constitución de 1979 como de la de 1993, así como de El Proyecto de reforma, nos llevan a afirmar que

---

[108] *Ibid.*, p. 80.

todas ellas sancionan de modo inequívoco un sistema de libre iniciativa que es la proyección del principio de libertad; lo que varía son los limites a ese derecho y las facultades de intervención por el Estado. Y el sistema económico constitucionalizado nos conduce, sin lugar a dudas, al núcleo constituido por los empresarios y la empresa, y por la propia libertad de empresa, sin perjuicio de la ordenación de la actividad económica por medio del Estado en el marco de la economía social de mercado.

El carácter indeterminado de las cláusulas económicas es usualmente fruto de consensos políticos que le dan sostén y fortaleza en el tiempo, si se ha logrado una sólida institucionalidad y superado los niveles de pobreza extrema. Las críticas que se les realiza incidiendo en su ambigüedad o en su carácter entorpecedor y hasta peligroso, escuchadas con frecuencia en estos días de debate constitucional, están fuertemente ideologizadas y provienen de aquellos que favorecen las redacciones de cláusulas de contenido unívoco, un imposible práctico. Suelen provenir de posiciones de extrema izquierda y de extrema derecha: en el primer caso, con el propósito de establecer una planificación compulsiva de toda la actividad económica y para autorizar al Estado a intervenir constituyendo reservas y empresas sin necesidad de ley autoritativa y dejando de lado el papel subsidiario que le corresponde; y en el segundo, con el objeto de eliminar cualquier forma de intervención pública y promover un monolítico sistema de corte liberal-conservador, coincidente con intereses económicos situados fuera de nuestro territorio y concentrados en empresas de capital transnacional. Sobre esta ultima posición dice con razón Font Galan que «la crítica de la ambigüedad económico-constitucional evoca —en muchos casos— la nostalgia de un sistema de economía de mercado puro y liberal sustentado en el mito de la certeza jurídico-constitucional».[109]

Todos aquellos que defienden esas interpretaciones rígidas y cerradas olvidan que hay un elemento fundamental que compromete y da unicidad al sistema económico constitucionalizado, por lo menos en lo que a la Constitución de 1979 y a El Proyecto concierne, y que es el Estado Social y Democrático de Derecho, el que frena toda interpretación extrema, pues esa calificación compromete sin duda a los poderes públicos y, también, a las empresas y a los ciudadanos «a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado Social o,

[109] Font G., J.I. *Op. cit.*, p. 139.

si se quiere (desde una óptica de compromiso social) a realizar (históricamente) el Estado Social en el marco de la economía de mercado».[110] Así, pues, un sistema económico no surge directamente de una mera declaración formal en el texto constitucional «sino de la consideración conjunta y sistemática de los principios que la inspiran en el terreno económico y social, de los derechos que se atribuyen a los participantes en la actividad económica (empresarios, trabajadores, consumidores, Estado...), de las limitaciones que se imponen a estos derechos, de los modos de actuación del Estado en este específico campo».[111] La compaginación de principios, criterios y normas materiales específicos debe hacerse a la luz de la noción de economía social de mercado.

5.5. Son materias generalmente incorporadas en las Constituciones económicas de los países democráticos occidentales, y así también ocurre en buena medida con las nuestras del siglo XX, el tratamiento jurídico de la propiedad y de la expropiación; la libertad contractual y el respeto de sus contenidos, salvo casos excepcionales; la libertad de iniciativa privada y la libertad de empresa; el tratamiento de los servicios públicos, que incluye algunos de carácter social como la educación; la protección del trabajador; la planificación económica y la definición del rol del Estado en materia económica; las reservas que pueda hacer este último sobre sectores productivos; los monopolios públicos y privados; la competencia económica y los abusos a que pueda dar lugar; el tratamiento al capital extranjero; y la protección a los consumidores y usuarios, entre otros.

Si tomamos como marco de referencia a las Constituciones de 1979 y de 1993, así como El Proyecto, podremos apreciar que casi todas esas materias están de alguna forma incorporadas, aunque por cierto no siempre en igual forma (véase supra punto 4). Para conocer entonces del contenido esencial de la libertad de empresa es preciso detenerse, brevemente, en determinar las características del ordenamiento constitucional en los principios constitucionales configuradores del sistema económico en el Perú. Adelantamos que rige, entre nosotros, un modelo intermedio, si reconocemos como extremos aquellos de economía centralmente planificada y de propiedad estatal de los me-

---

[110] *Ibid.*, p. 140.

[111] Duque, J. *Consideraciones sobre el modelo económico del anteproyecto de la Constitución*. S./c.: s./e., 1978. Cit. por Font Galan, J.I. *Op. cit.*, p. 141.

dios de producción, por un lado, frente a la hegemonía del sector privado sin regulación de mercado más o menos intensa, por el otro. La Constitución de 1979 enfatiza el poder intervensionista del Estado y la vigente de 1993, la privatización de la vida económica. En efecto, no ha primado entre nosotros un sistema puro de libre competencia, como tampoco otro de planificación central presidido por las decisiones de la autoridad sobre la base de las necesidades estimadas de los ciudadanos.[112] Esa posición intermedia es, además, la que ha tenido la más amplia acogida tanto por el grupo de juristas que presentó las *Bases de la Reforma Constitucional* durante el gobierno de Valentía Paniagua (2000-2001), así como en el Proyecto de Reforma Constitucional actualmente bajo discusión.

Tal como lo señala la Doctrina para otras realidades, también entre nosotros la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de empresa y la competencia económica son los pilares sobre los que se asienta el contenido esencial de la iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado, no solo como el sistema ordinario, normal de actividad económica, sino como una vía de manifestación de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad y la libertad de trabajo. Esos pilares son los que definen el sistema, la regla general constitucionalizada. Otros son los principios que las Constituciones también incorporan, como la función social de la propiedad, la iniciativa pública preferente en determinadas áreas, la planificación, la participación de los trabajadores y el combate al abuso de posiciones de dominio, entre otros correctivos del sistema, por cierto de gran importancia, porque ayudan a apreciar el dibujo íntegro del sistema, pero no pasan de ser excepciones a la regla general.[113]

La propiedad, más allá de las limitaciones que le han sido y le son impuestas en nombre del bien común o el interés social, ha estado siempre reconocida en nuestras Constituciones y en las leyes de jerarquía mayor. Otro tanto ha ocurrido con la libertad contractual, a pesar de los debates sobre la intangibilidad parcial o absoluta de los contratos. El reconocimiento constitucional a la competencia económica es reciente, pues se realiza a partir de la carta de 1979 y es ratificada en la vigente. Aparece también unánimemente en los proyectos de reforma, y en todos los textos hay una preocupación por

---

[112] Ariño, G. *Principios constitucionales de...*, p. 21

[113] *Ibid.*, pp. 23-24.

sancionar los abusos a que pueda dar lugar. Las diversas referencias a monopolios, acaparamientos, estancos y reservas[114] en los textos constitucionales anteriores al de 1979, algunos poco felices, no son propiamente antecedentes, por lo que podemos afirmar que el reconocimiento constitucional específico a la competencia económica se inicia con el artículo 133 de la de 1979 y se perfecciona en el artículo 61 de la de 1993. La competencia, que es el motor del sistema de economía de mercado,[115] nace cuando los operadores económicos persiguen un mismo objetivo y luchan por conseguirlo. En los países capitalistas occidentales, funciona bajo un modelo denominado de competencia imperfecta,[116] esto es, en el que se presentan rasgos tales como grupos económicos dominantes que controlan o manipulan los precios, falta de homogeneidad en los productos y servicios, tendencia a la concentración e intervención normativa o empresarial del Estado, etc. La competencia (que hunde sus raíces en la libertad individual) en su dimensión político-social es inspiradora del sistema de economía de mercado y debe premiar el esfuerzo de una conducta que ha utilizado iniciativa e inventiva.[117] Y para que esa competencia sea efectiva, beneficie a los consumidores y a la economía del país, debe realizarse sin acuerdos que la restrinjan, sin abusos y con lealtad.

5.6. Si bien puede considerarse un defecto la tendencia de muchas Constituciones latinoamericanas, y también peruanas, a preocuparse más de la forma que del fondo, en el sentido de incorporar en cada nueva versión las últimas novedades provenientes del constitucionalismo moderno, sin evaluar si realmente ellas serán operativas y ejecutables en la cambiante realidad socio-económica, lo que se refleja en el catálogo de derechos sociales y deberes cívicos, así como también en el régimen económico, de lo que no hay duda es que, desde las primeras Cartas que surgen con la declaración de independencia política, el derecho a la libre iniciativa ciudadana en materia económica, así como la libertad de comercio e industria, después la libertad de empresa, se encuentran incorporadas. No hay pues en esta materia espíritu novelero; por el contrario, una confirmación sin interrupción que hace que ese derecho forme parte de la constitución histórica peruana.

---

[114] *Vid.* Kresalja, B. *Op. cit.*

[115] Font G., J.I. *Op. cit.*, p. 24.

[116] *Ibid.*, pp. 34 y ss.

[117] Vid. Kresalja, B. y C. Ochoa. *Op. cit.*, pp. 748 y ss.

6. La economía social de mercado como marco de la libertad de empresa y el mercado como institución

6.1. El reconocimiento constitucional de los derechos políticos fundamentales del individuo —indiscutible conquista liberal en el siglo XIX— no tiene por qué verse recortado sino, más bien, complementado con la aparición del valor de la solidaridad como informador de la actuación de los poderes públicos, de la sociedad en su conjunto y de los individuos en particular, presencia más bien tenue y que, sin embargo, ha llevado a la relativización de los derechos subjetivos, en vista de su función social, y a la coligación de ellos con un contexto ético-social que obliga a abandonar el excesivo formalismo. Esto es lo que busca expresar la calificación del sistema económico constitucional como de economía social de mercado; en verdad, la única opción que tiene el Estado Social y Democrático de Derecho para intentar hacerse realidad.

6.2. El enunciado de la economía social de mercado fue formulado originalmente en la década del cuarenta del siglo XX por los demócratas cristianos alemanes. Su contenido carece de una formulación única, característica que le da flexibilidad; es posible, por tanto, justificar medidas intervensionistas destinadas a asegurar el funcionamiento de la economía de mercado depurándola de factores que la obstaculizan, pero ellas deben adecuarse al funcionamiento del mercado con el objeto de no obstaculizarlo o desnaturalizarlo, esto es, debe siempre respetar la formación de los precios por el mercado.[118]

---

[118] De Juan Asenjo, O. *La Constitución económica española*. Madrid: CEC, 1984, pp. 66-67. Dice este autor: «Para el neoliberalismo germano la esencia de una economía social de mercado consiste en un sistema descentralizado donde la coordinación de las decisiones individuales y la dirección del proceso económico corre por cuenta de unos indicadores llamados precios, que se forman espontáneamente en los mercados competitivos por el libre juego de la oferta y la demanda. El sector público tiene una importante e insustituible misión que cumplir: la creación y aplicación de las condiciones y reglas necesarias para el funcionamiento del mercado (*Ordnungpolitik*). En particular, debe asegurar la estabilidad económica y la libre competencia, así como la realización de una política de corrección social. Ahora bien, estas actuaciones públicas en el campo de la economía han de ser en todo momento conformes con el mercado, es decir, han de respetar el mecanismo de los precios y evitar que el centro de dirección del proceso económico se desplace al sector público (condena del *Prozesspolitik*)». Las palabras de W. Röpke, que fue el primero en utilizar la expresión «principio de conformidad con el mercado», no pueden ser más significativas: «tiene importancia capital hacer una distinción en dos grupos de intervenciones estatales, para las que

Desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional económico, la incorporación del concepto de economía social de mercado es reciente. Sin embargo, podemos aventurarnos a decir que hasta antes de la Constitución de 1920 se asumía pacíficamente que el marco tenía que ser el de una economía de mercado, aunque no se lo reconociera así, explícitamente, quizás por considerarlo innecesario. Pero en dicha Carta y en la de 1933 ya se hicieron explícitas algunas limitaciones que hacían presumir que tan pacífica asunción estaba ya parcialmente cuestionada. La incorporación del concepto de economía social de mercado en los dos últimos textos constitucionales fue —creemos— una consecuencia natural, un lugar al que se debía arribar más temprano que tarde, desde la perspectiva de constitucionalismo inicial del siglo XX expresada en las Cartas del 20 y 33. Y ello es así porque, a pesar de sus contornos poco claros, la economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en el que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia —en lo que no se distingue del concepto lato de economía de mercado— pero en el que

El Estado interviene para completar su funcionamiento y ofrecer seguridades mínimas. La libertad de iniciativa sigue siendo el centro del sistema pero este exige concesiones cuando el mismo mercado altera y falsea sus reglas, y cuando nos encontramos ante necesidades que rebasan lo estrictamente económico y que el mercado no puede atender, o también, cuando es necesario hacer realidad algunos ideales éticos y sociales, como la desaparición de las desigualdades injustas y la marginación, etc., que la sociedad se ha propuesto llevar adelante.[119]

Este espíritu correctivo, solidario e implícito en el concepto de economía social de mercado, de aceptación mayoritaria entre nosotros en los días que corren, no fue fácil de incluir en el texto de la Constitu-

---

proponemos las denominaciones de intervenciones «conformes» y «disconformes», o sea intervenciones de conformidad con la Constitución económica basada en el mercado e intervención no conforme con ella. Son intervenciones conformes las que respetan la mecánica de los precios y la autorregulación del mercado realizada mediante ella, incorporándolas como nuevos «datos» que aquélla asimila; disconformes, en cambio, aquellas otras que paralizan la mecánica de los precios y requieren, por lo tanto, la implantación de un orden planificado (colectivista)». *La crisis social de nuestro tiempo*. S./c.: s./e., 1956, pp. 204-205. Cit. por De Juan, O. *Op. cit.*, pp. 139-140.

[119] Kresalja, B. y C. Ochoa. *Op. cit.*, p. 743.

ción de 1979 y fue fruto de un acuerdo entre el social-cristianismo que lo impulsó y la social democracia representada por el APRA. Después ha hecho fortuna, pero su inclusión en la Carta vigente de 1993 fue prácticamente impuesta por la opinión pública.

6.3. García Pelayo[120] señala que los términos economía de mercado y economía social de mercado distan de tener una formulación inequívoca; dice que, a diferencia de economía libre de mercado, en el que el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica pero sin accionar el mismo y de economía dirigida de mercado (o controlada) con una planificación estatal que sirva de correctivo a la libre decisión de las empresas, en la economía social de mercado se estima que la libre competencia es el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos, para lo cual se admitiría la intervención del Estado en ciertas materias económicas y sociales. Tanto Müller-Armack,[121] el principal teórico de la misma, como Ludwig Erhard,[122] que la pusiera en práctica en la antigua República Federal de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial en su calidad de ministro de Economía, se han esforzado en demostrar la función social consustancial a la economía de mercado y su compatibilidad con una política de competencia. El concepto de economía social de mercado reconoce a la competencia como motor del sistema; ella debe impulsar equilibradamente a todos los participantes en el tráfico (consumidores y empresarios) a la satisfacción de sus legítimos intereses económicos particulares, así como a los intereses sociales. Son elementos esenciales de ella el derecho a la libre iniciativa, la eficiencia económica y la justicia social.

El concepto de economía social de mercado enmarca el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y permite al Estado hacer uso de una de sus armas principales, cual es el caso de las normas del Derecho de la Competencia, a lo que suma su capacidad normativa, la supervisión y actuación de los concesionarios en el ámbito de los servicios públicos, y, excepcionalmente, su intervención como agente económico. Cuando nuestros textos constitucionales disponen que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se ejer-

---

[120] García Pelayo, M. «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución». En *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza: Pórtico, 1979, pp. 39 y ss.

[121] Müller, A. *Economía dirigida y economía de mercado*. Madrid: s./e., 1963.

[122] Erhard, L. *Bienestar para todos*. Barcelona: s./e., 1989.

cen en el marco de una economía social de mercado, está implícitamente haciendo posible, a los partidos políticos democráticos representantes de distintas ideologías, plantear y presentar a sus electores distintos programas gubernamentales de política económica y social, los que no podrán —claro está— transgredir los valores incorporados en los principios constitucionales, así como tampoco el contenido esencial de la libertad de empresa. En efecto, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 reconocen con toda claridad que la iniciativa privada libre en el ámbito económico y la libertad de empresa (derecho de la persona según los artículos 2.16 y 2.17, respectivamente) deben ejercerse en el marco de una economía social de mercado (artículos 115 y 58, respectivamente).

6.4. Como lo indica su propio nombre, una economía social de mercado presupone una economía basada en el mercado, al que se confía el desenvolvimiento del proceso productivo, mercado cuyo funcionamiento es apolítico y sin referencia a valores morales. «El mercado es —señala Ariño— un mecanismo de coordinación de información y en esa dimensión técnica resulta neutral —ni solidario, ni insolidario— . En cuanto incentivador de conductas, los incentivos de que provee son estrictamente económicos. El mercado es, en una palabra, ajeno a valoraciones éticas».[123] Y es mediante el libre juego impersonal de la oferta y la demanda que se encuentran, en el mercado, productores y consumidores, y que se orienta el proceso productivo con eficiencia a través del llamado plebiscito de los precios. Y dice con certeza Bassols que «el contraste entre sus valores intrínsecos y sus disfunciones en el orden económico-social con su correspondiente reflejo en lo político y jurídico explica en gran medida la evolución de la sociedad contemporánea».[124]

Pero el funcionamiento del mercado exige una determinada estructura política y jurídica, esto es, una serie de presupuestos institucionales que tradicionalmente han sido ofrecidos por el Derecho Privado, Civil y Mercantil, tales como la

> [...] libre determinación de los factores productivos, libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, libre juego de la concurrencia y la competencia, libertad de contratación, capacidad de autode-

---

[123] Ariño, G. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 91.
[124] Bassols, M. *Op. cit.*, p. 140.

> terminación y gestión de la empresa, libertad de apropiación del beneficio empresarial en función del tríptico riesgo, poder, beneficio, y libertad o soberanía de los consumidores. La economía de mercado jurídicamente se ha materializado y simbolizado en la autonomía privada, libertad contractual o libertad de empresa.[125]

Por cierto, estos presupuestos teóricos no se suelen dar en la realidad con plenitud sino a través de un modelo de competencia imperfecta, que en ocasiones obliga a una acción correctora por parte del Estado. Esta da lugar a un intervensionismo administrativo y a la aplicación de las sanciones previstas en el Derecho de la Competencia, sea por razones económicas, por la necesidad de mantener y hacer posible la competencia, o, también, para proteger a los más débiles y desasistidos.

Frente a la posición, ya superada, que contraponía mercado e instituciones, en la que la idea del mercado como algo aparte de la ordenación estatal era consustancial para el ejercicio de la libertad de comercio, pues aparecía como el lugar de encuentro de libertades no institucionalizadas, lo que podemos observar en nuestros días es un mercado con alto grado de institucionalización. En efecto, lo usual es que en los mercados existan numerosas autoridades de vigilancia y fiscalización, con significativos poderes reguladores y sancionadores. Esa intervención tiene como objetivo salvaguardar la libre competencia, es decir, defender a una institución que se juzga de interés general: el merado, defensa que es, a su vez, una exigencia constitucional.[126] No existe hoy libertad de empresa sin institucionalización, la misma que debe ser pro-competencia (*market friendly*), esto es, una regulación encaminada a generar riqueza, eliminar externalidades y servir al consumidor, así como a evitar en lo posible la intervención directa por parte del Estado.[127]

7. La libertad de empresa: naturaleza del derecho

7.1. Por la ubicación y contenido que la Constitución vigente da a la libre iniciativa, que se confunde con la libertad de empresa, esta tiene

---

[125] Bassols, M. *Op. cit.*, pp. 140-141.

[126] Tornos M., J. *Op. cit.*, p. 639.

[127] Soriano, J. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid: s./e., 1998, pp. 93-94. Véase, también, Martín-Retortillo, S. *Op. cit.*, pp. 136 y ss.

el carácter de derecho fundamental.[128] En efecto, en su capítulo sobre Principios Generales dice en su primer artículo, el 58: «La iniciativa privada es libre», y en el inciso 17, de su artículo 2 que toda persona tiene derecho «a participar, en forma individual o asociada, en la vida [...] económica [...] de la nación». Igual decía la Constitución de 1979 en sus artículos 115 y 2.16. El Proyecto lo ratifica en sus artículos 97 y 2.18, y en su Título Preliminar, Principios Generales, que no existía en las dos Cartas citadas, lo incluye en su punto V.[129] Por otro lado, la Constitución del 79 en su artículo 131 decía que el Estado reconoce la libertad de comercio e industria; la de 1993, en su artículo 59, que el Estado garantizaba la libertad de empresa, comercio e industria; y El Proyecto lo señala igual que esta última en su artículo 98.

La Doctrina considera que los derechos fundamentales deben responder a un triple carácter: en primer lugar, ser reflejo de los derechos de la persona al interior de la Constitución; en segundo lugar, funcionar como elementos subjetivos incorporados al sistema democrático, tales como el derecho al sufragio, la libertad de expresión o de asociación; y, en tercer lugar, ser expresión de la dualidad sociedad-Estado, inherente a un sistema en el que el poder político presupone otras formas de poder o, cuando menos, ámbitos de actuación individuales y sociales distintos del estatal e igualmente legítimos.[130] Si, por otro lado, los Tribunales optaran por una interpretación restrictiva frente a los numerosos derechos mencionados como fundamentales, ello llevaría muy probablemente a incluir entre aquellos únicamente a los vinculados con las llamadas libertades públicas y a considerar a aquellos otros —entre los cuales se encuentran por ejemplo el derecho a la propiedad y los derechos sociales— solo como derechos consti-

---

[128] Pero no hay unanimidad en la Doctrina a este respecto. Para el caso español, por ejemplo, fundamentalmente por la ubicación de los artículos en el texto constitucional y por la subordinación de toda la riqueza y la actividad pública y privada al interés general según el art.º 38, que no tiene disposición similar en las Constituciones peruanas, algunos autores consideran que la libertad de empresa y la propiedad privada no son derechos fundamentales. *Vid.* De Juan, O. *Op. cit.*, p. 138. La opinión mayoritaria está, sin embargo, a favor de considerar a la libertad de empresa como un derecho fundamental. *Vid.* Soriano, J. *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

[129] Congreso de la República del Perú, Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, Constitución Política del Perú, Título Preliminar, Principios Fundamentales: «V.- El régimen económico de la República se fundamenta en la economía social de mercado. Esta se orienta a lograr el desarrollo humano sostenible y a la justicia social. La iniciativa privada es libre».

[130] Soriano, José. *Op. cit.*, p. 86.

tucionales. Para encontrar la respuesta más adecuada será necesario conocer el nuevo texto constitucional y apreciar si a todos los derechos mencionados como fundamentales no solo se les garantiza, sino que se les reconoce tutela mediante los llamados procesos constitucionales.

La Doctrina acepta que «todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del Poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del Poder público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad».[131] Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular (dimensión subjetiva) sino, además, reconocer la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (dimensión objetiva); y esta dimensión objetiva no habilita a cualquier tipo de intervención sino a aquellas que son necesarias y adecuadas para la promoción y plena vigencia del derecho fundamental. Por un lado, abstención estatal, en cuanto se prohíbe su injerencia en la realización de determinadas facultades; y, por el otro, exigencia de esa intervención para favorecer el ejercicio pleno de esas facultades.

El legislador tiene, por tanto, un cometido positivo en el plano de los derechos fundamentales, al ser un ejecutor de la Constitución para su efectiva puesta en práctica, para contribuir a la efectividad de cada derecho y de los valores que representa, aun en caso de que no exista pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Como bien señala Rodríguez Piñero, «los derechos fundamentales serían meras declaraciones, y así lo fueron durante mucho tiempo, si no vienen acompañados como auténticos derechos subjetivos de garantías adecuadas para asegurar su real eficacia jurídica con posibilidad de su protección judicial».[132] Los derechos fundamentales desarrollan, además, una función innovadora en la creación del derecho positivo, pues son los puntos de apoyo para una reconstrucción permanente de los derechos humanos en todo el ordenamiento, incluido el Derecho Privado.

---

[131] Castillo, L. *Op. cit.*, p. 40.

[132] Rodríguez Piñero, M. «Las bases constitucionales del derecho privado». En Bullard, A. y G. Fernández (eds.). *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: s./e., 1997, p. 31.

El Proyecto, por ejemplo, prescribe en su artículo 43 que el Estado adopta medidas para garantizar el libre ejercicio de la actividad económica. Y en su artículo 51 dispone que podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales respetando su contenido esencial. Por otro lado, en el capítulo correspondiente a los procesos constitucionales, nada hay que permita decir que la libre iniciativa en materia económica, esto es, la libertad de empresa ha sido excluida. Por tanto, ello nos lleva a decir que, si El Proyecto se convirtiera mañana en la nueva Constitución, la libertad de empresa estaría considerada como derecho fundamental.

La protección de la libertad de empresa mediante la acción de amparo siendo importante para su consideración como derecho fundamental, en cuanto índice procesal, no le es esencial. En efecto, no todos los derechos susceptibles de acción de amparo son fundamentales ni todas las situaciones amparables son derechos fundamentales,[133] hecho que está implícitamente reconocido en el inciso 2 del articulo 200 de la Constitución vigente, cuando señala su procedencia cuando se vulnera o amenaza derechos reconocidos en la Constitución que no se encuentran protegidos por otras garantías constitucionales, muchos de los cuales no pueden ser reconocidos como fundamentales.

7.2. La libertad de empresa en cuanto auténtico derecho subjetivo es la base, el apoyo sobre la que se construye el sistema económico constitucional. El reconocimiento unánime que los textos constitucionales que hemos citado hacen a la libertad de trabajo, esto es, al derecho que tienen todos los ciudadanos para elegir la profesión o el oficio que deseen, comprende, justamente, el de actuar por cuenta propia, que será el supuesto elegido por el empresario. Y si a ese derecho a la libertad de trabajo se le adiciona el reconocimiento constitucional a la libre iniciativa de la persona en materia económica, nos encontramos con la libertad de emprender. De lo que se deduce que para comprender a cabalidad los alcances del derecho fundamental que es la libertad de empresa, debe de interpretarse siempre de manera sistemática con otros preceptos constitucionales.

La ubicación en varios textos constitucionales del derecho a la libre iniciativa dentro del Capítulo o la sección «Derechos Fundamentales» nos hace ver, en primer término, que se trata de un derecho de todos los ciudadanos, de un derecho subjetivo que el Estado y los po-

---

[133] SORIANO, J. *Op. cit.*, pp. 97-98.

deres públicos tienen la obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo; y como tal se trata de una pretensión que se puede exigir a quien tiene el deber correspondiente para hacer posible que se actúe de acuerdo con ella.[134] Este hecho significa que el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia cuando otro sujeto, público o privado, lesione ese derecho.

Como sabemos, los derechos fundamentales son consubstanciales a la dignidad del ser humano, a la libertad y la igualdad. Y la libertad solo tiene sentido si es también susceptible de ser ejercitada por otros. Si los derechos fundamentales son atribuibles de manera directa, constituyendo derechos subjetivos a ejercitar por los ciudadanos, unos frente a otros, qué duda cabe que es también así en el ámbito económico. Y al generalizarse a todos ya no es ese derecho subjetivo implícito en las Constituciones liberales del siglo XIX, que era un derecho que defendía los intereses de la burguesía, de la clase de los comerciantes, del statu quo frente al Estado que pugnaba por intervenir en la vida económica sino de uno que se alza contra los abusos que la propia libertad de empresa puede generar, convirtiéndose —al decir de Viciano—[135] en un derecho que requiere de la intervención del Estado para su propia defensa. No se trata, pues, de un derecho subjetivo absoluto, pues necesita de esa intervención para restablecer condiciones de igualdad entre sujetos que son —como lo demuestra la vida económica diaria— básicamente desiguales, esto es, una intervención que garantice el libre acceso al mercado de todos aquellos que cumplan con las exigencias o requisitos que exige la legislación positiva y que, en ocasiones, necesita de la aplicación de un conjunto normativo ad hoc —el referido a la protección de la competencia— para sancionar los abusos que puedan hacerse en el ejercicio desorbitado de esa libertad. Podemos entonces afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede suprimir el derecho a la libre iniciativa de un agente económico, actual o potencial.

En síntesis, el ciudadano que ejercite la libertad de empresa es titular de un derecho subjetivo con un estatus jurídicamente protegible frente a los tribunales. Se trata de un derecho constitucionalmente

---

[134] Dice al respecto Justino DUQUE: «la formulación de los derechos fundamentales —ni en el campo económico ni en cualquier otro— no agota la tarea constitucional. Es preciso configurarlos como verdaderos derechos subjetivos, con exigencia de comportamiento concreto para los obligados en la relación jurídica frente a los titulares de los derechos». *Op. cit.*, p. 52.

[135] VICIANO, J. *Op. cit.*, pp. 117-118.

garantizado, cuya violación puede dar lugar a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

7.3. Pero la libertad de empresa tiene también una indesligable dimensión institucional; en efecto, no existe sin una regulación promercado, entendida como aquella destinada a generar riqueza y a su distribución equilibrada; a eliminar externalidades; y a servir al consumidor. Esa regulación está destinada, como es obvio, a garantizar el funcionamiento de los mercados, a supervisarlos para evitar que el Estado tenga una intervención directa y quizás distorsionadora sobre los mismos. De esta manera, el contenido de la libertad de empresa «debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados».[136] Y ello es justamente lo que justifica las intervenciones normativas que limitan a esa libertad, sin transgredir por cierto su contenido esencial.

Dice bien Soriano al afirmar que esa idea parte

> [...] de una concepción de la empresa como elemento fundamental de los mercados. Es decir, las empresas se conciben como las unidades que concurren en el mercado libremente para intercambiar los bienes y servicios, aportando así una libertad, la libertad de empresa, como motor del intercambio, producción y dación de los bienes y servicios a los ciudadanos. Y esta libertad de empresa es una libertad fundamental protegida por el Estado, tanto en su visión «estática» o individual, lo que lleva [...] a su concepción como derecho subjetivo, como en su visión institucional o del mercado en su conjunto, en el cual cada libertad de los concurrentes se ha de unir a la libertad de los demás si pretendemos que el mercado como tal funcione, superando así la visión estrictamente individual que [...] no se suprime, sino que se añade a la proyección institucional.[137]

En efecto, la protección del mercado defiende la libertad de empresa desde una perspectiva dinámica, ya que la libertad de cada agente económico se consigue en relación con los demás, nunca aislada. Y los demás no son solo los que ya están sino, también, los potenciales que deseen entrar al mercado, «ya que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y en su salida».[138]

---

[136] *Ibid.*, p. 119.
[137] SORIANO, J. *Op. cit.*, p. 95.
[138] *Ibid.*, p. 97.

7.4. Ahora bien, la libertad de empresa, como derecho fundamental que es, debe entenderse y apreciarse dentro de un conjunto de principios que tienen valor prevalente en la Constitución, como son los consagrados al derecho de propiedad, la libertad contractual, la libre elección del trabajo, etc. Se trata de un derecho público subjetivo, no ilimitado, que debe ser regulado en su ejercicio de modo que cumpla con las condiciones que la propia Constitución le impone. El Proyecto, por ejemplo, señala en su artículo 97 que el régimen económico de la república se fundamenta en una economía social de mercado —cuyo significado hemos antes destacado (véase supra punto 6)—. Ella se orienta a lograr el desarrollo humano sostenible y la justicia social, y en su artículo 98 precisa que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a los derechos fundamentales de la persona, a la moral, ni a la salud o seguridad pública, conceptos indeterminados, cuyos límites son a veces no solo difusos sino polémicos y que las autoridades correspondientes y los tribunales deben interpretar en las controversias concretas que se les sometan (véase infra punto 9).

De lo anterior se deduce que resulta conveniente la existencia de un marco regulador, sin el cual es harto difícil que se desarrolle la actividad privada de carácter económico con estabilidad, equilibrio y seguridad, y que suele expresarse no solo a través de leyes sino, también, de licencias, autorizaciones y declaraciones de diverso tipo, siendo importante determinar su alcance y profundidad, pues no deben nunca debilitar ni desnaturalizar el contenido esencial del derecho. En relación con este punto, Ariño nos recuerda «que la ordenación del mercado constituye una regulación típica de lo que se llama policía administrativa», concepto este que, en sus orígenes, se identificó con el mantenimiento de la seguridad y el orden público, y que posteriormente se ha ido extendiendo a otros ámbitos en los que el Estado asume la responsabilidad, en áreas tales como la sanidad, el urbanismo, el transporte, etc., ámbitos, todas ellos, vinculados con un nuevo concepto de orden público: el orden público económico, que no es otra cosa que el normal funcionamiento del sistema económico constitucionalizado.[139]

La amplitud normativa a que hemos hecho referencia es respuesta a los numerosos fines asignados al Estado moderno, y ellos lo hacen intervenir en la ordenación de sectores en los que el mercado presenta

[139] Ariño, G. *Principios constitucionales de...*, p. 36.

limitaciones notorias, sea por trato desigual, información asimétrica, tendencias oligopolísticas, etc. Pues bien, ello ha dado lugar a un crecimiento —como hemos dicho— del concepto de policía administrativa como actividad limitadora y ordenadora del ejercicio de derechos. Esta no debe confundirse con la actividad de fomento ni tampoco con la prestación de servicios públicos o de planificación, en las cuales el Estado asume la responsabilidad de la actividad.[140]

7.5. El sistema económico de un régimen democrático debe conceder a sus agentes inexcusables — consumidor, trabajador y empresario— la posibilidad de llevar adelante sus propias iniciativas, esto es, garantizarles libertad de consumo, libertad de trabajo y libertad de empresa: solo así puede imaginarse una economía de mercado.[141] Con ello queremos enfatizar que la economía de mercado no se agota en la libertad de empresa, aunque ella conforme el núcleo central que le da sentido y dirección a todo el ordenamiento económico constitucional. Pues bien, de las libertades económicas antes mencionadas, que son características de una economía de mercado, la libertad de consumo y la libertad de trabajo son atributos de la libertad personal, imprescindibles para la supervivencia, y como tales se encuentran al alcance de cualquier hombre, razón por la cual su ejercicio apenas incide sobre las decisiones ajenas; son libertades que se encuentran implícitas en el valor superior de la libertad.[142] Para algunos autores y corrientes políticas no ocurre lo propio con la libertad de empresa, pues señalan que solo una minoría tiene acceso a ella, y solo esta minoría puede gozar, en consecuencia, de la misma para el desarrollo de su personalidad. Mas allá de este tema polémico, lo cierto es que ocupa un lugar de la mayor importancia en nuestro ordenamiento constitucional, así

---

[140] *Ibid.*, p. 37.

[141] Afirma Ludwig ERHARD: «En primer lugar, nos referimos a la libertad de todo ciudadano de consumir y de organizar su vida, como corresponda a los deseos e ideas personales del individuo dentro del marco de las disponibilidades económicas. Este derecho fundamental democrático a la libertad de consumo debe encontrar su complemento lógico en la libertad del empresario para producir y colocar lo que estime necesario y prometedor de éxito, según las oportunidades del mercado, es decir, según las necesidades o exigencias que manifiesten todos los individuos. La libertad de consumo y la libertad de actividad económica debe sentirlas en su conciencia todo ciudadano como derechos fundamentales inviolables. El atentar contra ellas debería penarse como un atentado contra nuestro orden social. La democracia y la economía libre son realidades tan lógicamente hermanadas entre sí, como la dictadura y la economía centralizada por el Estado. *Op. cit.*, pp. 27-28.

[142] DE JUAN, O. *Op. cit.*, p. 152.

como en otros representativos de las democracias capitalistas occidentales. Sin embargo, aun en estas, diversos autores consideran que si bien no puede ignorarse el valor de la libertad de empresa como derecho subjetivo de los ciudadanos, difícilmente puede considerársela como un derecho consustancial a la dignidad de la persona humana. Se trata pues de un tema abierto y debatible, que no es posible dejar de consignar.

7.6. En conclusión, la libertad de empresa como derecho fundamental goza de un doble carácter: es, por un lado, un derecho subjetivo, un derecho del individuo que le garantiza un estatus jurídico de libertad; por otro, un elemento esencial del ordenamiento objetivo de una sociedad, en cuanto se configura como un marco de convivencia humana.[143] Es, por tanto, pertinente y necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que regula su ejercicio devengue en intervensionismo, pero no rechazarla porque sí, pues para su correcto ejercicio suele necesitar de la intervención de los poderes públicos. Es, pues, un derecho subjetivo, garantía de la libertad individual frente al Estado; un derecho institucional y objetivo en el que, en aras de las funciones sociales asignadas a la libertad, se imponen restricciones.[144]

Por todo lo dicho, el respeto a su contenido esencial —que veremos a continuación (véase infra punto 8)—, su regulación por la ley y su conexión con otros derechos y libertades igualmente fundamentales, y el ser la libertad de empresa la base del sistema de economía de mercado, nos hace ver que «nos encontramos ante una libertad capital que se expresa tanto como derecho fundamental otorgable a los individuos como ante una institución, protegible con garantía, en su componente colectivo y como elemento básico de la sociedad».[145] Es, pues, un componente esencial del sistema de libertades constitucionalizadas, razón por la que es imposible reconocernos «sin iniciativa privada concretable como libertad de empresa y con mercados definidos institucionalmente y protegidos como instituciones esencia-

---

[143] Soriano, J. *Op. cit.*, p. 97.

[144] «Los derechos fundamentales cumplen funciones y defienden intereses múltiples que en ocasiones, pueden ser contradictorios entre sí. En cuyo caso serán los poderes públicos los que, en aplicación de los criterios constitucionales formales y materiales, deberán optar por uno u otro de los intereses. Opción que, en todo caso, estará sometida al control de constitucionalidad». Viciano, J. *Op. cit.*, p. 121.

[145] Soriano, J. *Op. cit.*, p. 98.

les del ordenamiento económico».[146] Para Soriano, a quien seguimos en este punto, si se suprimieran cláusulas constitucionales sobre otros principios económicos o sociales, el resultado sería una Constitución más pobre (tal es el caso, por ejemplo, de la promoción de colegios profesionales o de viviendas dignas), pero su supresión constitucional podría compensarse en el plano legal. No ocurre lo mismo con la libertad de empresa, pues su supresión acabaría con el sistema económico constitucionalizado; en efecto, solo después de su reconocimiento —no antes— y con pleno respeto a su contenido esencial pueden haber diferencias de cómo regular su ejercicio dependiendo de objetivos públicos concretos como, por ejemplo, cuando se exigen ciertas condiciones para acceder al mercado en una rama productiva. La libertad de empresa carece, pues, de un carácter difuso; muy por el contrario, puede verse vulnerada por determinadas prohibiciones o regulaciones que incidan en su contenido esencial. Ello no significa desconocer —lo hemos señalado ya— que en ese derecho esté presente una dimensión que va más allá del interés individual, que irradia a todo el ordenamiento y que se conecta con los intereses generales.[147]

8. La libertad de empresa: su contenido esencial

8.1. El contenido esencial es aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, ineludiblemente necesaria para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga.[148] Castillo señala que:

> Si no existe un determinado contenido de un derecho fundamental que vincule y obligue no solo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directrices de actuación al Poder público en general y al Legislador en particular (y según las circunstancias, también los particulares), en-

---

[146] *Ibid.*, p. 99.

[147] Ariño, G. *Principios constitucionales de..*, p. 93.

[148] Eso es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/81 del 8 de abril de 1981: «Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga».

> tonces ocurrirá que ese derecho fundamental solo tendrá vigencia «formal» pero no material en la realidad.[149]

Y más adelante, el mismo autor afirma que

> [...] los derechos fundamentales cuentan con un «único» contenido, el cual vincula en su totalidad al Poder público en general y al Legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.[150]

Y ese contenido se exige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos. Pero no debe creerse que se trata de un reducto inexpugnable sino, mas bien, del ámbito de su ejercicio razonable que, una vez definido y determinado por circunstancias concretas, es absoluto.

«El contenido esencial de los derechos y libertades constitucionales —dice Oscar de Juan Asenjo— es un recinto sagrado que permanece cerrado a todos los poderes públicos, incluido el legislador».[151] Y agrega que las únicas excepciones tolerables son aquellas introducidas por la propia Constitución, la que deben interpretarse restrictivamente, «de manera que, aunque coarten los derechos subjetivos, ni destruyan dichas libertades en cuanto principios institucionales del orden económico».[152]

La prohibición a que las leyes que regulan un derecho fundamental recorten o desfiguren ese núcleo del que hablamos es lo que se conoce como garantía constitucional del contenido esencial.[153] Cualquier ley que traspasase esa frontera, que al limitarlo lo transgreda, deberá ser calificada como inconstitucional; de ahí la importancia de determinar ese contenido esencial.

Para determinar entonces el contenido esencial de la libre empresa debemos preguntarnos cuáles son las facultades concretas, propias del empresario, que constituyen su núcleo indestructible. La Doctri-

---

[149] Castillo, L. *Op. cit.*, p. 28.
[150] *Ibid.*, p. 35.
[151] De Juan A., O. *Op. cit.*, p. 151.
[152] *Ibid.*, p. 152.
[153] Ariño, G. *Principios constitucionales de...*, p. 83.

na[154] es prácticamente unánime al señalar los siguientes ámbitos o aspectos esenciales:

- la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado;
- la libertad de organización;
- la libertad de competencia; y
- la libertad para cesar las actividades.

De la sola lectura de los aspectos que conforman su contenido esencial, apreciamos que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y solidez, pues es a todo el ciclo al que se protege. No basta, pues, con la protección de un momento solo si en las demás fases de realización el ejercicio mismo de esa libertad está impedido.[155] Por ello, se convierte en la base del sistema económico constitucionalizado (la economía de mercado) y, a su vez, en soporte de otras libertades fundamentales. Regulado su ejercicio apropiadamente generará sus resultados y solo entonces, posteriormente, puede dar lugar a correcciones en virtud de objetivos que tienen que ver con el propio mantenimiento del sistema económico constitucionalizado u orden público económico y con la justicia social. Por razones de coherencia y eficacia no debe intervenirse ex-ante.

8.2. Veamos el primer aspecto, la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, que no es otro que el de emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. Por esta libertad de creación debe entenderse tanto la creación propiamente dicha como la adquisición del poder de decisión en una empresa; por tanto, cualquier persona natural o jurídica que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones puramente discrecionales de la Administración.[156] Nuestra Constitución vigente, en el primer párrafo de su artículo 100, señala que el Estado garantiza el pluralis-

---

[154] *Vid.* Ariño, G. *Principios constitucionales de..*, pp. 217 y ss., y 83 y ss.; De Juan, O. *Op. cit.*, pp. 83 y ss., y 160 y ss.; y Viciano, J. *Op. cit.*, pp. 122 y ss., y 201 y ss.

[155] Soriano, J. *Op. cit.*, p. 97.

[156] Rojo, A. «Actividad económica pública y privada en la Constitución española». *Revista de Derecho Mercantil*, s./n., s./a., pp. 169-170. Citado por Ariño, G. *Principios constitucionales de...*, p. 85

mo económico, al que entiende como la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, y afirma que en ello se sustenta la economía nacional. Así, pues, la libertad de los empresarios en el Perú está garantizada cualquiera sea el tipo de empresa o de sociedad mercantil que escojan para sus actividades.

Las principales limitaciones al derecho de emprender vienen dadas por las reservas a favor del Estado de determinada actividad —que tuvo concreción en el artículo 114 de la Constitución de 1979, pero que ya no figura en la vigente ni en El Proyecto—, los monopolios estatales —también prohibidos—, la iniciativa pública —muy recortada, como hemos ya visto— y los servicios públicos, que pueden ser prestados directamente por el Estado o dados en concesión a particulares. Los procesos de privatización y desmantelamiento de monopolios estatales iniciados en el Perú en la década de 1990, si bien no han alcanzado aún a todos ellos, han significado solo en ciertas ocasiones, desgraciadamente, su sustitución por un régimen de competencia; en muy pocos casos una concurrencia de la empresa estatal con las privadas; y, con más frecuencia de la deseada, la entrega de la actividad a empresas multinacionales extranjeras que han venido prácticamente a sustituir al monopolio estatal. Por mandato constitucional —artículo 60—, la actividad empresarial pública recibe el mismo tratamiento legal de la privada, con lo que —a diferencia de lo ocurrido en otros países— la libertad de empresa queda en principio, si no blindada, por lo menos protegida frente a las empresas públicas; no es este el caso, hay que advertirlo, de aquellas que brindan servicios públicos, pues en estos no hay usualmente competencia por tratarse, generalmente, de monopolios naturales.

Otra es la situación cuando se exigen condiciones subjetivas de admisión para acceder al mercado. Estas pueden pasar desde la exigencia de títulos profesionales a diversos grados de solvencia financiera y calidades técnicas. Cuando se trata de obras públicas de magnitud, más aun cuando son financiadas con créditos provenientes de organismos internacionales o de determinados países, la libertad de empresa puede quedar gravemente maltrecha si solo pueden participar en concursos o licitaciones las empresas del país prestamista o empresas con experiencia internacional.[157]

[157] La posibilidad de que en ciertos casos se les permita y quizás obligue a asociarse con empresas locales no altera mayormente este grave problema en los países pobres como el nuestro, problema particularmente intenso en los trabajos de consultoría,

Lo dicho no debe interpretarse como una crítica de carácter absoluto a la exigencia de determinados requerimientos; en muchas ocasiones están perfectamente justificados pues responden a la necesidad de resguardar el interés público, así como de proteger a consumidores y usuarios. Pero también se esgrimen con frecuencia motivos de seguridad, salud pública y calidad de servicio, entre otros, sin más razón que la protección estatal a determinadas empresas establecidas; ejemplos de todo tipo abundan: desde abastecimiento de alimentos para escolares hasta venta de determinados productos en supermercados. El Estado suele ser un mal árbitro en el mercado; es mejor dejar a los intereses económicos contrapuestos que resuelvan los naturales e inevitables enfrentamientos mediante la leal competencia económica y teniendo en cuenta la preferencia de los consumidores.

8.3. La libertad de organización es el segundo ámbito esencial. La elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o clase de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, crédito y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros, son elementos centrales en la organización empresarial y sobre los cuales decide el empresario y sus colaboradores; esa elección es, además, parte de la libertad creadora, de la libre iniciativa. La simple mención de esas materias nos hace apreciar de inmediato que se encuentran casi todas parcialmente limitadas por normas diversas, que son legítimas mientras respeten el derecho del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación. Así, por ejemplo, hay condicionantes urbanísticos y ambientales perfectamente razonables, y normas que prohíben la publicidad engañosa que no son contrarias al contenido esencial de la libertad de empresa. Por otro lado, existen sectores que por su propia naturaleza (producción de energía y hospitales por ejemplo) están sometidos a una reglamentación administrativa mucho más estricta, hecho que se acrecienta si se trata de servicios públicos.

Hay un tema referente a la organización interna que ha tenido, entre nosotros, una importancia grande en la vida empresarial, ya que ha tenido efectos negativos de consideración. Nos referimos a la cogestión impuesta durante el gobierno militar del general Juan Velasco

---

que son justamente los que a priori *deciden* sobre las características de la obra. Es ciertamente dificultoso superar estos condicionamientos sin una activa y alerta presencia estatal, pero es un tema del que no se trata con la debida transparencia.

(1971) a través de las llamadas y ahora prácticamente desaparecidas comunidades laborales, y cuya práctica cuestionó la jerarquía y distorsionó los procesos de decisión en manos de propietarios, accionistas o gerentes de las empresas, con grave detrimento de la competitividad.

El artículo 29 de la Constitución vigente, que reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y permite promover otras formas de participación, cuyo contenido ha sido repetido en el artículo 37 de El Proyecto, debe, por las experiencias anteriores en el Perú, ser motivo de una reglamentación justa y ponderada; de lo contrario, se alterará sin remedio el contenido esencial de la libertad de empresa con graves consecuencias para el desarrollo del país y se contribuirá a seguir debilitando al empresariado nacional.

8.4. La **libertad de competencia**, tercer ámbito esencial, fue incluida por algún autor[158] entre las libertades de organización o de ejercicio y por otro[159] fue definida como el contenido más esencial de la libertad de empresa. No cabe dudar de su significativa importancia para comprender las facultades inderogables del empresario y las características del sistema económico; de ahí su inclusión justificada dentro del contenido esencial de aquella. La competencia no es solo un derecho sino, también, una obligación en una economía de mercado; se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando la Constitución dice que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía de mercado (artículo 58), y cuando garantiza la libertad de empresa (artículo 59); y explícita cuando señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (artículo 61). Disposiciones similares tiene El Proyecto.

No es este el lugar para explayarnos sobre el significado económico y la relevancia jurídica y ética de la competencia económica,[160] llamada también alma del comercio y motor de la economía de mercado, ni tampoco sobre lo que la caracteriza como fenómeno natural

---

[158] Ariño, G. *Principios de Derecho...*, p. 225.

[159] Font Galan, J.I. *Op. cit.*, p. 154.

[160] *Vid.*, entre otros, Baylos, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, 1978; Font Galan, J.I. *Op. cit.*; y Viciano, J. *Op. cit.*

o sobre la complejidad de su significado jurídico, pues no vamos a referirnos a los perfiles que la identifican como concepto pluridimensional o a su carácter siempre imperfecto; nos interesa, más bien, poner de relieve, brevemente, que se trata de una libertad integrada tanto por las denominadas libertades económicas (establecimiento y circulación de bienes, capitales y personas) como por las jurídicas (la contractual, por ejemplo). Creemos pertinente decir con Font Galan que

> [...] la libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas mencionadas y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la realización de la libertad de empresa: libertad de iniciativa económica privada, libre autonomía de la voluntad, y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, la calidad, cantidad y precio de los productos o servicios. He aquí los elementos típicos que conforman la libre competencia constitucionalmente reconocida [...], fundamento del sistema económico de libre empresa, y principio integrador del orden público económico y configurador del funcionamiento del mercado y, por ende, del tráfico comercial y de la actividad externa de la empresa [...].[161]

Es en relación con esta última, la actividad externa de la empresa, que la libre competencia adquiere una mayor trascendencia jurídica. Como el empresario adopta una actitud naturalmente agresiva, tratando de anticipar a la demanda para configurarla y atraerla, sucede que en esta lucha emplea en ocasiones, más o menos frecuentes, conductas ilícitas por colusión, abuso o deslealtad comercial, falseando la competencia económica y causando perjuicios a competidores y consumidores, así como al propio sistema económico.

Creemos que es aquí preciso decir que las leyes que sancionan las prácticas colusorias y los abusos en las posiciones dominantes, y las que reprimen la competencia desleal —el decreto legislativo 701 y el decreto ley 26122, respectivamente, en el caso del Perú— tienen por objeto principal de protección la libertad de competencia, una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa, entendida como libertad de decisión autónoma y de lucha por medios leales. Y la libertad de competencia que se defiende es aquella que, dice el citado decreto legislativo 701 en su artículo 1, permitirá que la

[161] Font Galan, J.I. *Op. cit.*, pp. 61-62.

libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. La libertad de empresa es condición entonces de la existencia de competencia e impregna toda intervención con fines económicos en el mercado, sea pública o privada. Esta exigencia se encuentra garantizada, ya que la actividad empresarial pública debe recibir, según el artículo 60 de la Constitución, el mismo tratamiento legal que la privada.

Ahora bien, debemos recordar con A. Bercovitz que «si con la proclamación de la libertad de industria y de comercio se establece el derecho de todos los ciudadanos a participar y competir en el tráfico económico, con las normas *antitrust* se produce un cambio radical de postura: quienes participan profesionalmente en el tráfico económico no solo tienen derecho a competir sino que tienen la obligación de hacerlo».[162] Cobran así las instituciones de la propiedad industrial destinadas a proteger a los empresarios (patentes, marcas, etc.) un nuevo significado y una importancia mayor. Pero hay que recordar también que

> [...] con la vigencia del Derecho *antitrust* se pone de manifiesto que la regulación de la competencia tiene por objeto fundamental que el régimen de economía de mercado funcione, y que para que la libre competencia funcione adecuadamente las instituciones que sirven para regular la competencia no pueden interpretarse exclusivamente desde la perspectiva de los intereses de los empresarios sino ante todo hay que tener en cuenta el interés público de que el sistema funcione correctamente.[163]

Todo ello es consecuencia natural de haber dejado de considerar al empresario como un individuo abstracto, desvinculado de la sociedad en la que actuaba y en virtud de lo cual la protección a la libre competencia se realizaba de forma indirecta,[164] a través del reconocimiento y tutela de derechos subjetivos que tiene sobre los bienes de la empresa y que le sirve para asegurar la renta que producen. En la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, en cambio, se impone la dimensión social que considera al empresario como miembro de una comunidad, cuya actividad empresarial esta franqueada por el concurso de otros productores y de los consumidores. Y es en-

---

[162] Bercovitz, A. *Op. cit.*, p. 45.
[163] *Ibid., loc. cit.*
[164] Font Galan, J.I. *Op. cit.*, p. 114.

tonces cuando el uso que hace de su titularidad sobre los bienes y servicios que integran la empresa no goza de poderes incondicionales sino, más bien, limitados intrínsecamente, porque dicho uso es enjuiciado y valorado comunitariamente por su adecuación a su finalidad social.

El fenómeno anterior es fruto de la socialización del Derecho Privado, tan combatida y, a su vez, ocultada recientemente entre nosotros. Este ha dejado de ser únicamente un ordenamiento que asegura la coexistencia de las distintas esferas de libertad de los individuos. Actualmente, la función social que se impone a la propiedad y la teoría del abuso de derecho como instrumento de control son manifestaciones de esta tendencia, clave para entender las finalidades del Derecho de la Competencia y, por tanto, de la propia libertad de competencia como parte del contenido esencial de la libertad de empresa.

En efecto, desde esa concepción dinámica y social, el principio de la libre competencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio «el cumplimiento de una función social que actúa, a su vez, como límite inmanente de la libertad de empresa en la organización y desarrollo de actividades económicas competitivas».[165] De esta manera, las intervenciones normativas del Estado, una a través de la legislación *antitrust* y otra sancionadora de la competencia desleal, son perfectamente legítimas y no desvirtúan el contenido esencial de la libertad de empresa, ya que persiguen mantener en un plano de igualdad a los agentes económicos que participan como protagonistas en la competencia económica, así como dar protección a los consumidores. Como bien señala Font Galan,

> [...] la nueva disciplina jurídica de la competencia —que no constituye sino una parte del fenómeno más amplio del intervensionismo de los poderes públicos en la economía— se asienta en las democracias occidentales sobre los principios del interés general y orden público económico, ante la exigencia de mantener a todos los empresarios competidores en un plano de igualdad y la acuciante preocupación de proteger a los consumidores que, desamparados de toda tutela en los ordenamientos liberales, sufrían y sufren directa o indirectamente las consecuencias de una competencia restringida o desleal, o, en todo caso, los efectos injusti-

[165] *Ibid.*, p. 116.

ficados de una competencia falseada o ineficiente que no realiza ninguna utilidad socio-económica para la colectividad.[166]

La libertad de empresa, en consecuencia, solo se facilita, garantiza, vigila y protege si se ejerce de acuerdo con las exigencias de una economía social de mercado, es decir, en tanto se oriente a lograr un desarrollo humano sostenible y la justicia social, tal como lo establece el artículo 97 de El Proyecto.

8.5. La libertad de cese de la actividad es, finalmente, el último aspecto esencial. Resulta natural que quien cree una empresa la cierre en el momento que considere más oportuno (cuando considera, por ejemplo, que ya no cumple con el objeto y las expectativas con que fue creada). Esta formulación, en principio impecable, no es fácil de concretar en la práctica, pues para hacerlo son necesarios procedimientos jurídicos obligatorios, dictados para la protección de trabajadores, acreedores y terceros. Lo que sucede con frecuencia en nuestros días, y en el Perú en particular, es que la mayor parte de los cierres de empresas se deben a la difícil situación económica tanto del país en general como de las empresas en particular. Ello significa que, con más frecuencia de lo que generalmente se admite, el empresario quiere continuar con su negocio y hace sacrificios grandes para que así sea, pero está incapacitado para hacerlo. Y no es que le haya faltado esfuerzo e instinto; lo que ha estado con frecuencia ausente es, más bien, el sentido común y la perspectiva histórica en las medidas de política económica adoptadas por los gobernantes. Este hecho ha contribuido a que el empresario pierda los recursos que tan trabajosamente ha luchado por acrecentar y que los dictados de un intercambio comercial inequitativo y de equivocadas políticas internas han hecho invisibles o minúsculos. Muchos son pues los aspectos a considerar: desde diseños de política económica y empresarial poco adecuados hasta crisis aguda en los niveles de ingreso. Asimismo, debe tomarse en cuenta, también, la ausencia de oportunidades de trabajo justamente remunerado, tanto para los consumidores actuales como para los potenciales.

A la fecha existe un amplio debate sobre los objetivos y procedimientos del Derecho Concursal que, sin duda, ha sido también afectado por la generalizada crisis económica. Este debate muestra que

[166] *Ibid.*, pp. 117-118.

algunas opciones legislativas buscan privilegiar la conservación de la empresa en el mercado y los puestos de trabajo, mientras que otras se inclinan a la protección del crédito y la eficiencia del sistema financiero. De alguna forma, la existencia de estas diversas opciones supone plantearse —dicho en forma extrema— si debe el Estado sustituir o no a la voluntad de los propietarios y acreedores sobre el futuro de la empresa; de hacerlo, quedaría desdibujado el contenido esencial de la libertad de empresa. En otras palabras, la disyuntiva se presenta en el sentido de si debe existir un único sistema frente a la posibilidad de que sean esos mismos propietarios o el empresario los que escojan entre diversas opciones, algunas de las cuales podrían estar enunciadas por la Ley, debido a las dificultades de aplicar una misma y única opción a situaciones distintas.

La Ley General del Sistema Concursal (ley 27809), cuestionada por su ambigüedad ante las opciones señaladas, prevé que pueden acceder voluntariamente al procedimiento concursal aquellas empresas que cuenten con un tercio del total de sus obligaciones vencidas e impagas por un período superior a treinta días o cuyas pérdidas acumuladas excedan al tercio del capital social pagado. En este caso, se exige que el deudor indique si desea ingresar a un proceso de reestructuración —en cuyo caso debe presentar un informe acreditando que sus pérdidas no superan el capital pagado y explicando las vías en que su empresa puede ser reflotada— o a uno de disolución y liquidación. Asimismo, el procedimiento puede ser iniciado a solicitud de aquellos acreedores que cuenten con deudas vencidas e impagas que superen las 50 UIT (S/. 155 mil en el presente ejercicio). Declarada la insolvencia del deudor, se establece una especie de escudo protector sobre su patrimonio que vuelve inexigibles las deudas pendientes de pago a la fecha de dicha declaración e impide que los jueces ordenen medidas cautelares que afecten este patrimonio, salvo aquellas que sean pasibles de inscripción registral, es decir, aquellas que pueden ser concedidas pero no ejecutadas. Cabe resaltar que no existe un término o plazo de duración determinada para el procedimiento, pues la reestructuración de la empresa debe durar el término necesario para que esta pueda participar nuevamente en el mercado sin contar con la referida protección sobre su patrimonio, mientras que el proceso de liquidación culmina con la extinción del patrimonio del deudor.

Nuestra ley, además, contempla un procedimiento concursal preventivo, que permite al deudor convocar a sus creedores para aprobar un acuerdo global de refinanciación que implique una prórroga

en el cumplimiento de sus obligaciones vencidas. Este acuerdo debe contener el cronograma de pagos, la tasa de interés aplicable y las garantías que se ofrecerán. Corresponde a los acreedores aprobar dicho acuerdo o decidir el ingreso de la empresa al procedimiento concursal regular.

Por otro lado, existen algunas normativas sectoriales que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos o el seguimiento de determinados procedimientos como paso previo a la inscripción extinción de la empresa. Un ejemplo de esto son los procedimientos ante el Ministerio de Energía y Minas, mediante los cuales las empresas dedicadas a actividades mineras o de manejo de hidrocarburos deben solicitar autorización para salir del mercado. Estos procedimientos buscan asegurar que la actividad de esas empresas haya causado el menor impacto posible sobre el medio ambiente o que se hayan preocupado por reparar el daño causado.

El Derecho Concursal ha sido motivo de uso y abuso no solo para dar alivio temporal y permitir eventuales reflotamientos con el fin de evitar así la disolución y liquidación de sociedades sino, también, para contemplar, en ciertos casos especialmente graves, operaciones de salvamento con participación del Estado y, en ocasiones, entrega del establecimiento a los trabajadores por las deudas que se les tiene impagas. Estos procedimientos, si bien se cubren de consideraciones sociales de apariencia y equidad atendibles, suelen ser, en la práctica, procesos sin fortuna, que representan desvío de fondos y esfuerzos que podrían ser utilizados mejor en otras tareas. Pero, con toda la importancia que ha adquirido en nuestros días el Derecho Concursal, no puede ocultarse, en forma alguna, que él es de aplicación a una realidad pequeña en magnitud (aunque visible en los medios de comunicación), pues el grupo más numeroso de empresarios y empresas son los medianos y pequeños que no llegan nunca, o muy rara vez, a las instancias previstas en la legislación concursal.

8.6. Cabe brevemente señalar que, así como existe un contenido esencial irreductible y garantizado, existe otro no esencial, constituido por aquellas libertades de menor entidad y que están referidas —lo hemos señalado ya— a formas empresariales, horarios, precios, fórmulas contractuales, etc. Estas, si bien forman parte de las opciones que se ejercen por la libertad de empresa, carecen de un contenido indisponible para los poderes públicos, característica que estos últimos tampoco pueden eliminar. En efecto, cada sector económico, re-

gión o mercado tiene un especial contenido no esencial que debe ser regulado bajo los principios de legalidad, predictabilidad y razonabilidad que deben regir la actuación pública y el Derecho Administrativo Económico, y que en la vida empresarial tienen una gran importancia, porque son justamente los parámetros que cotidianamente sirven para apreciar si se respetan o no los derechos subjetivos concretos de los ciudadanos.

8.7. Resumiendo, cabe indicar que «la libertad de empresa implica necesariamente un sistema económico en el que esté garantizada la libertad de acceso, la libertad de decisión, es decir, la autonomía de la voluntad en materia organizadora, la libertad de competencia y la libertad de cese. Este conjunto de libertades forma —dice Viciano— lo que hemos denominado el contenido esencial abstracto de la libertad de empresa que, en todo caso [...] la actuación normativa de los poderes públicos debe garantizar».[167]

9. Reconocimiento expreso en la normativa infraconstitucional, límites y trabas en su ejercicio

9.1. Mediante el decreto legislativo 757, de noviembre de 1991, dictado al amparo de las facultades extraordinarias delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante ley 25327, cuando se encontrara aún vigente la constitución de 1979, se garantiza la libre iniciativa privada y se afirma que la economía social de mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica. Por este dispositivo, denominado Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, se da un vuelco sustancial al sentido de la legislación anterior relacionada con la actividad económica privada al liberalizar su contenido: se redefine el rol del Estado en lo económico bajo el paraguas de una Constitución que le otorgaba —ya lo hemos visto (véase supra punto 4.7)— amplísimas facultades de intervención; se dispone que, salvo algunas actividades económicas debidamente puntualizadas, queda derogada toda reserva a favor del Estado y que la actividad pública recibirá el mismo tratamiento de la privada; se garantiza el pluralismo económico con la indicación expresa de que toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cual-

[167] VICIANO, J. *Op. cit.*, pp. 160-161.

quier forma empresarial; se precisa que la libre competencia implica que los precios resultan de la oferta y la demanda, salvo los referentes a las tarifas de servicio público; etc. Además, en su artículo 3, indica que se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia. Este decreto legislativo 757, de incuestionable impronta neoliberal, anuncia y adelanta lo que será el sentido del régimen económico de la Constitución de 1993.

El ofrecimiento de tales garantías se hizo dentro de un conjunto de dispositivos que buscaron hacer operativa la economía de mercado después de un período de intervencionismo extremo del Estado en lo económico. De ahí se deriva que tal dispositivo tuviera una recepción positiva más allá de los círculos empresariales. La libre iniciativa y la libertad de empresa se vieron así reforzadas después de un período en que era el Estado quien tenía, en buena medida, la iniciativa en materia económica.

Si bien, como es natural, no existe acuerdo total en las fuerzas políticas dominantes sobre cuan activo debe ser el rol del Estado en lo económico, en parte como consecuencia de la corrupción en el gobierno de Fujimori y del impacto solo parcialmente beneficioso (en las cifras macroeconómicas principalmente) de las medidas neoliberales aplicadas durante la década del 90, no se encuentra cuestionada, en el actual debate constitucional, la pertinencia beneficiosa de ratificar la libre iniciativa y la libertad de empresa.

9.2. Por cierto, el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa no excluye su ordenación o regulación por parte de los poderes públicos. Este hecho da lugar a una tensión dialéctica, pues parecieran ser términos incompatibles la libertad de empresa y la intervención del Estado. La tensión se producirá —creemos— inevitablemente y con intensidad diversa, pero la incompatibilidad no se presentará si se respeta el contenido esencial del derecho. Es más, el marco de economía social de mercado no solo lo autoriza, sino que, en alguna medida, alienta y justifica dicha regulación. Está fuera de discusión que la libertad de empresa en la vida real aparece condicionada por parámetros jurídicos, administrativos y económicos.

Dicha intervención tiene, entre nosotros, sustento constitucional. Si bien nuestros textos constitucionales no tienen un artículo similar al 38 de la Constitución española, en virtud del cual se reconoce la libertad de empresa y se protege su ejercicio «de acuerdo con las exi-

gencias de la economía general y en su caso, de la planificación» (que De Juan califica como la «estrella polar»[168] del constitucionalismo económico español, pues en virtud del mismo se subordina toda la riqueza y la actividad económica pública y privada al interés general), existen en nuestras dos últimas Constituciones muchos artículos que reconociendo derechos y concretando obligaciones para el Estado tienen finalidad parecida y justifican la intervención del Estado en materia económica, siendo por cierto más numerosos en la Constitución de 1979 que en la de 1993. Estos preceptos son los que enunciamos a continuación.

Los Preámbulos de la Constitución de 1979 y de El Proyecto en su declaración de que la economía debe estar al servicio de la persona humana; el derecho a la igualdad y la condena a todo tipo de discriminación (2.2 de 1979, 1993 y El Proyecto); el derecho de toda persona a alcanzar un nivel de vida digno (2.15 de 1979); la protección a la salud (15 de 1979, 7 de 1993 y 24 de El Proyecto); la atención por el Estado de las necesidades básicas de los ciudadanos y de sus familias en materia de alimentación y vivienda (18 de 1979 y 6 y 32 de El Proyecto); la participación de los trabajadores en la gestión y utilidades de las empresas (56 de 1979, 29 de 1993 y 37 de El Proyecto); la protección de consumidores y usuarios (110 de 1979, 65 de 1993 y 42 de El Proyecto); la promoción por el Estado del desarrollo económico y social (110 de 1979, 59 de 1993 y 98 de El Proyecto); la formulación de políticas y planes de desarrollo (111 de 1979 y 105 de El Proyecto); la reserva de actividades económicas a favor del Estado (114 de 1979); la armonización del ejercicio de la libre iniciativa privada con el interés social y, en todo caso, exigiendo que su ejercicio no sea nocivo a otras libertades y derechos (115 de 1979, 59 de 1993 y 98 de El Proyecto); la protección de la libre y leal competencia (133 de 1979, 61 de 1993 y 99 de El Proyecto); y la prestación y regulación de servicios públicos económicos (113 de 1979, 58 de 1993 y 98 de El Proyecto) son algunos de los preceptos que, a pesar de no estar formulados siempre con igual precisión y exigencia, son base suficiente para que el Estado pueda intervenir legislativamente en el ámbito económico y en el marco de una economía social del mercado, marco que los dos textos constitucionales citados reconocen. Cabe decir que el número y el contenido de los citados artículos no es una singularidad de los textos constitucionales peruanos.

---

[168] De Juan, O. *Op. cit.*, p. 138.

9.3. El reconocimiento de un derecho, en el presente caso el de la libre iniciativa económica privada y el de la libertad de empresa, no significa nunca su ejercicio incondicionado. La realidad demuestra las muy variadas formas en que interviene la Administración: desde simples comunicaciones hasta autorizaciones, concesiones y sanciones, las mismas que requieren siempre de habilitación legal expresa cuando interviene discrecionalmente (véase supra punto 7.4). Vista desde esta perspectiva se nos aparece, entonces, la esencialidad de la libertad de empresa como un concepto indeterminado que habrá que precisar acudiendo a las circunstancias particulares de cada caso, obviamente bajo la recta aplicación de unos determinados criterios que faciliten su hallazgo.

No es pues materia polémica el reconocimiento de las facultades que tiene el Estado para llevar a cabo una ordenación o regulación en materia económica sino el alcance y la profundidad de la misma. A este respecto conviene señalar, en primer término, que las actuaciones concretas que la Administración puede llevar adelante constituyen un listado casi interminable y pueden tener carácter constitutivo para el nacimiento económico de una empresa —cuando, por ejemplo, se requiere de autorización para el ejercicio de determinadas actividades— como también un carácter interno sobre la propia organización. En verdad, las actuaciones concretas de la Administración se desarrollan a lo largo de toda la vida de la empresa en una muy amplia variedad de asuntos y a través de técnicas y formulas distintas, y pueden dar lugar a una relación de bilateralidad. En otras ocasiones, la Administración, mediante normas imperativas de obligado cumplimiento, determina no ya el contenido de la relación entre ella y la empresa, sino que tal intervención se proyecta a las actuaciones *inter privatos* que ella realiza, como, por ejemplo, cuando determina precios o protege a los consumidores, pasando en cierta medida a ser parte de esas relaciones.[169]

9.4. Los límites o condiciones de ejercicio de la libertad de empresa actúan en beneficio de otros intereses constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos o de los empresarios que compiten entre sí. De esta forma, y como hemos ya visto, el propio texto constitucional introduce límites que influyen en el ejercicio de la libertad de empresa.

---

[169] Martín-Retortillo, S. (dir.). *Op. cit.*, pp. 179-180.

Por cierto, no deben entenderse esos límites como condiciones para adecuarla al interés público, porque ella no se contrapone a este, ya que es parte integrante del mismo, como lo es el derecho al honor o la libertad de pensamiento. Pero, cuando se presenta con los caracteres de un derecho de autonomía contrapuesto a otros intereses protegibles, se hace necesaria la intervención del Estado para limitarla en nombre de los intereses de las mayorías, aunque por cierto respetando siempre su contenido esencial. Y ello es así porque la libertad de empresa se instrumentaliza a través de derechos subjetivos concretos que el Estado tiene que proteger frente al abuso de los competidores, esto es, en beneficio del interés público expresado en el orden público económico, en la dignidad de la persona o en la protección a la vida y la salud, protección que no solo debe mirarse con aprobación sino con encomio.

Esos límites, entendidos como condiciones para el desarrollo de la libertad de empresa, pueden clasificarse como intrínsecos o extrínsecos. Se entiende por los primeros aquellos que son inmanentes al ejercicio como derecho subjetivo, es decir, que derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social. Este es el caso de la economía social de mercado, en cuanto implica la participación de una multitud de empresas e individuos que haciendo uso de su libre iniciativa y de la autonomía de su voluntad acceden al mercado y ofrecen una heterogénea y amplia variedad de productos y servicios, esto es, la existencia de múltiples operadores económicos disputándose sus respectivas clientelas, «sin que ninguno de ellos pueda influir en forma definitiva en el mercado, decidiéndose de forma autónoma las que son las preguntas clave de todo sistema económico: qué producir, cómo producir y para quien producir»,[170] posición que sin embargo se ve debilitada por la existencia de mercados de competencia imperfecta o monopolística.

Así, pues, la mención constitucional a la economía social de mercado tiene consecuencias jurídicas, pues elimina opciones o modelos tales como los de planificación central o de regulación casi inexistente, ultraliberales; y reconoce la igualdad formal (siendo la material una aspiración) de todos los participantes en el mercado, así como de la competencia económica. Especial referencia hacemos a esta última por su importancia.

---

[170] VICIANO, J. *Op. cit.*, pp. 170-171.

En efecto, la legislación *antitrust*, el control de las concentraciones empresariales y la legislación sobre competencia desleal, que conforman el Derecho de la Competencia (véase supra punto 8.4) están destinadas a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de libre empresa en el marco de la economía social de mercado. Su aplicación está encomendada usualmente a órganos, procedimientos y sanciones administrativas,[171] cabiendo, claro está, la revisión judicial correspondiente. Su contenido sustantivo distingue varios supuestos que afectan la existencia misma de la libre competencia y perjudican a los consumidores y usuarios: las colusiones entre empresas, los abusos de posición de dominio, las concentraciones, los actos desleales y las subvenciones.

El supuesto de esta legislación se encuentra en el convencimiento de que solo bajo la presión de los competidores el sistema productivo podrá adaptarse a las necesidades de los consumidores, adquiriendo de esta manera una proyección social. En efecto, solo por el acicate del beneficio y la sanción que significa la pérdida económica es que los empresarios tratarán de minimizar sus costos e innovar, obteniéndose así una asignación más eficaz de los escasos recursos económicos. Pero como el sistema constitucional obliga a la igualdad y a mantener la competencia, la ley debe garantizar que aquellos empresarios que por diversas circunstancias ocupan un lugar importante o una ventaja temporal no interpongan obstáculos a la entrada o acceso de sus competidores al mercado o realicen conductas tendentes a eliminar la competencia. Por estas razones, existen normas destinadas a regular las concentraciones empresariales con el fin de que ellas no se constituyan en una traba para el sistema competitivo. Las normas sobre libre competencia están destinadas —como sabemos— no solo a proteger el interés particular del libre desarrollo de la libertad económica por las empresas sino, también, al servicio del sistema económico constitucionalizado, del orden público económico.

9.5. Los límites externos son aquellos que pueden ser también reconocidos por el propio texto constitucional y que sirven para limitar el alcance de la libertad de empresa, esto es, limitan la actuación individual. Están conformados, en su mayor parte, por cláusulas habilitantes para la intervención de los poderes públicos y deben utilizarse como

[171] Entre nosotros cumple esa función el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

excepción a los principios generales de libertad de empresa y libre competencia. Pueden incluirse dentro de ellas el concepto de Estado Social, las reservas, la planificación y la protección de la salud, moral y seguridad públicas.

9.5.1. Mediante las llamadas reservas, el Estado asume con carácter exclusivo, esto es, sustrayendo de intervención al sector privado, una determinada actividad económica por razones de interés público, interés social, seguridad nacional u otro título similar.[172] El Estado podrá posteriormente iniciar la actividad directamente u otorgar concesiones o autorizaciones al sector privado. La posibilidad de reservar actividades económicas supone necesariamente un límite a la libertad de empresa, pues elimina el tráfico mercantil ordinario en un sector determinado; cabe recordar que, en ocasiones, se ha utilizado como técnica de nacionalización. En la Constitución vigente se ha eliminado la disposición contenida en el artículo 114 de la Constitución de 1979, en virtud de la cual el Estado mediante ley podía reservar actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional. El Proyecto, como ya hemos dicho, tampoco hace mención a las reservas.

Ahora bien, estrechamente vinculado con el tema de las reservas se encuentra la problemática de las empresas públicas; solo vamos a indicar en relación con este complejo asunto, sobre el cual tenemos en el Perú una experiencia negativa relativamente reciente, que su existencia suele ser también un límite a la actividad privada y que en la práctica se presentan dificultades, quizá insalvables, para que puedan someterse a una política de libre competencia por gozar de ventajas significativas de las que no participa aquella. Como sabemos, durante los últimos años se ha extendido, en todas partes y en el Perú también, una desregulación normativa y una política de privatizaciones que han sido respuesta a una situación asfixiante y hasta abusiva por parte de la actividad empresarial del Estado. Se trata, sin embargo, de un tema polémico que no es el caso aquí desarrollar.

La Constitución de 1993, en respuesta al negativo impacto que las empresas públicas habían tenido en la economía del país, prescribe en su artículo 60 que, solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar, y con carácter subsidiario, actividad empresarial, por ra-

---

[172] *Vid.* KRESALJA, B. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et Veritas*, n.º 22, pp. 282 y ss.

zón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. El Proyecto dice lo mismo en su artículo 100, pero los motivos o fundamentos de la ley respectiva podrán ser distintos, pues en este caso sería para promover la economía de país y alcanzar los objetivos del desarrollo, esto es, condiciones de más fácil sustentación que las de la Constitución de 1993. Ahora bien, tanto en esta última como en El Proyecto se dispone que la actividad empresarial pública y privada reciben el mismo trato legal, con lo cual se refuerza la idea de que son la iniciativa privada y la libertad de empresa los cimientos desde la que se edifica el sistema económico constitucionalizado y, además, se ratifica el carácter subsidiario de cualquier intervención estatal. Si bien entonces la creación de empresas públicas es legalmente posible, está condicionada a que la actividad empresarial sea de un indudable interés público, definido como tal al momento de la aprobación de la ley correspondiente, así como a que sea sometida, sin privilegio alguno, a las reglas de la libre competencia.

La posibilidad de crear empresas públicas representa un límite externo a la libertad de empresa, puesto que la actividad empresarial deja de ser un monopolio en manos de los particulares y es probable que, en su concurrencia al mercado, se disputen en algunos casos la misma clientela. Pero debe quedar claro que la actividad privada y la pública no se encuentran en situación de igualdad desde el punto de vista constitucional: la libertad de empresa es un derecho reconocido a los particulares frente al Estado, es decir, la iniciativa privada es la regla y la excepción, la estatal, que requiere para intervenir de un interés público que no se exige a los privados, así como estar autorizada por ley expresa. La iniciativa pública es, pues, un instrumento excepcional en un sistema económico constitucionalizado en el que la actividad del Estado tiene la condición de subsidiaria; en otras palabras, no tiene vida propia, no es susceptible de utilización independiente para el logro de fines desconectados a los que la Constitución determina.[173]

9.5.2. La planificación es otro de los límites a la libertad de empresa. Habilita al Estado a dirigir u orientar la actividad económica y, si bien no supone la eliminación o desaparición de aquella, tampoco puede sustituir a la iniciativa privada por la pública. La planificación no es un caso de reserva sino una técnica superpuesta que supone que la

[173] Viciano, J. *Op. cit.*, p. 185.

empresa privada continúe actuando sometida al límite en que la planificación consiste. Algunos piensan que la planificación tiene como objetivo principal limitar la libertad de empresa como una alternativa a la propia reserva; en este sentido dice Soriano: «no le es necesario al Estado así reservar al sector público una serie de actividades, sino que puede proceder a organizarlas indirectamente a través de la planificación».[174] Pero no puede negarse que, en algunos casos, está amparada por la racionalidad; por ejemplo, cuando se trata de recursos escasos y no renovables, como es el caso entre nosotros de la actividad pesquera. Su fracaso como técnica ha sido grande en las últimas décadas, especialmente en los países de la órbita socialista durante la segunda parte del siglo XX, donde se utilizó como una técnica de carácter general para toda la economía. Pero en el campo sectorial y regional, si el método utilizado es el de la consulta y el consenso, ha obtenido mejores resultados.

Los liberales extremos piensan que toda planificación es una degradación de la libertad de empresa, pues el planificador no suele respetar los principios y procedimientos sancionados en la Constitución. A este respecto, es preciso recordar que en los orígenes de la idea de planificación se encuentra el fracaso del mercado para dirigir la economía por la senda del crecimiento estable de pleno empleo[175] y, además, que el grado de complejidad de la vida económica hizo necesaria su programación. Aunque parezca contradictorio, el primer argumento a favor de la planificación económica se encuentra en la necesidad de racionalizar el intervensionismo económico. Desde este punto de vista, el plan es un medio de orientación y coordinación de la iniciativa económica, esto es, debería ayudar a los empresarios a tomar sus decisiones con el máximo conocimiento tanto de la situación actual de la economía como de sus principales variables y de las futuras inversiones del Estado. Desde un punto de vista teórico, la planificación contribuiría a aumentar la certidumbre de los agentes económicos y permitiría coordinar las fuerzas de la iniciativa privada con la pública.

Las afirmaciones anteriores no pueden ocultar, sin embargo, las dificultades y peligros de la planificación. Sus críticos han señalado, en muchas ocasiones con fundamento, que es un medio de control

---

[174] Soriano, J. *Op. cit.*, p. 103.
[175] De Juan, O. *Op. cit.*, p. 205.

que recorta la libertad de empresa y usurpa funciones que corresponden al mercado, por lo que genera costos injustificados en la asignación de recursos. Pero, por otro lado, resulta imposible desconocer que la planificación es algo consustancial al funcionamiento real de la economía y que se realiza siempre al interior de las empresas importantes, en algunos casos coordinadamente con el sector público. En las modernas democracias capitalistas, todos los gobiernos tienen planes y programas que han excedido largamente a la tarea de recoger medidas de política económica meramente orientativas y, más bien, regulan las actuaciones de las empresas privadas imponiendo límites, por ejemplo, para proteger el medio ambiente.

Desde el punto de vista del derecho a la libertad de empresa, la planificación es un límite extrínseco que constituye una habilitación general a los poderes públicos para su intervención en la economía. Ahora bien, hay que destacar que solo se puede planificar en un sistema democrático que reconozca la libertad de empresa, pero con respeto a su contenido esencial. Es obvio, dice Font, que la planificación no puede abarcar

> [...] la organización interna y externa de las empresas que dirigen los sujetos económicos, ni la libertad de éstos para asumir o no los riesgos que toda empresa comporta, ni la forma y contenido de las ofertas al público de los bienes y servicios ofrecidos al mercado, ni la modalidad de las campañas publicitarias, ni los sistemas de promoción de venta, ni la forma más o menos atractiva de presentar los productos o sus embalajes, o la elección más o menos afortunada (llamativa) de las marcas, nombres comerciales y rótulos, ni el grado óptimo de calidad y precio de los bienes y servicios, ni la ubicación de los establecimientos comerciales o puntos de venta, ni la reputación y fama del empresario, ni la clase o volumen de la clientela, ni la mejor disposición del aviamiento empresarial, ni [...], en fin, la idea creadora del empresario que se va materializando en actividades y elementos tangibles que configuran la empresa, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que empresario, empresa y actividad económica se sometan al ordenamiento jurídico establecido.[176]

No puede negarse que es difícil compatibilizar la libertad de empresa y la planificación económica, pues, si no se ha establecido pre-

[176] Font G., J.I. *Op. cit.*, pp. 158-159.

viamente unas reglas de convivencia en las que todos creen y todos respetan, se creará un ambiente de inseguridad jurídica, más aun cuando, de todas las modalidades de intervención pública en la economía, no existe ninguna otra que adolezca de una falta de control jurídico tan acusada como esta que se ocupa de la dirección del proceso económico; su instrumentación en programas, directrices y medidas concretas de política macroeconómica constituye una verdadera incógnita constitucional. A ello se suma que, en la práctica, es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo por razones fundamentalmente técnicas, hecho que origina la concentración de un enorme poder económico exonerado de control y responsabilidad, fruto de decisiones de grupos minoritarios de técnicos bajo la presión, generalmente oculta, de los grupos de interés. Ni el ciudadano común, ni la representación parlamentaria suelen tener acceso a la formulación de los planes y programas, con las obvias implicancias negativas en el sistema democrático.

En lo que se refiere a nuestro marco constitucional reciente este ha sufrido una importante transformación. La Constitución de 1979, en su artículo 111, señalaba que el Estado formulaba la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulaban la actividad del sector público —el mismo que era, en ese momento, de gran magnitud e importancia—, y orientaban la actividad de los otros sectores, que —una vez concertada— podría ser de obligatorio cumplimiento.[177] Si bien esos planes no tuvieron concreción a un nivel orgánico, ni tampoco se dispuso en que forma debía llevarse adelante la concertación, no cabe duda que otorgaban un extraordinario poder al Estado. La Constitución vigente eliminó, en concordancia con la ideología neoliberal que la inspiró, toda referencia a la planificación.

El Proyecto, siguiendo en este sentido la recomendación de las Bases de Reforma Constitucional (punto 14 de los Principios Rectores del Orden Económico) elaboradas durante el gobierno de Paniagua,[178] dice en su artículo 105 que la formulación de la política económica y social del gobierno de turno se hará mediante planes estratégicos en los ámbitos nacional, regional y local, los mismos que deben materia-

---

[177] *Vid.* Avendaño, J. «Propiedad y empresa en la nueva Constitución». En *La nueva Constitución y su aplicación legal*. Lima: s./e., 1986, pp. 141 y ss.; y Ruiz Eldredge, A. *La Constitución comentada*. Lima: Atlántida, 1979, p. 177.

[178] Tanto uno como otro acusan la influencia de la propuesta realizada por Kresalja, B., y Ochoa, C. *Op. cit.*, p. 755.

lizarse en el presupuesto y otros instrumentos de carácter económico. Para su elaboración deberán establecerse mecanismos de concertación y participación ciudadana. No cabe duda de que se trata de planes que obligan a las inversiones del sector público y que solo sirven de orientación a la privada; no hay, por ello, limitación directa al derecho a la libertad de empresa.

9.5.3. El artículo 59 de la Constitución vigente señala que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas, exigencias que constituyen también un límite externo. Se trata, como todos sabemos, de conceptos de difícil determinación, pero cabe afirmar que están referidos necesariamente a lo público, esto es, no pueden ser definidos desde el ámbito privado, pues ello significaría ingresar en una subjetividad generadora de inseguridad jurídica.

Las relaciones entre el orden jurídico y la moral son íntimas, así como conflictivas. Ellas han sido llamadas cabo de las tormentas (Ihering) o cabo de los náufragos (Croce)[179] para poner de relieve sus dificultades. Son rasgos comunes de los valores morales y de los jurídicos su exigencia, pero difieren en el modo en que son realizados, pues mientras los primeros caen en la esfera del individuo (unilateralidad) los segundos se insertan en su relación con otros (bilateralidad). La diferencia principal se encuentra en que el derecho es coercible, pues se puede constreñir al obligado para que cumpla su obligación. Ahora bien, se considera que un acto es moralmente bueno en tanto contribuya al perfeccionamiento del ser humano. Dicho esto, ¿qué es lo que se puede entender como moral pública en cuanto límite al ejercicio de la libertad de empresa? ¿Debe, acaso, estar definida o especificada en una norma jurídica para poder ser exigible?

El simple planteamiento del problema nos revela de inmediato sus dificultades; por tanto, solo nos cabe intentar aportar algunas ideas para su esclarecimiento. Cabe decir, en primer término, que el derecho no tiene por misión realizar la moral, «pues sería a la vez tiránico e implacable si tuviese la pretensión de dictar todos los imperativos morales. Representa más bien (el derecho) el minimum de moral susceptible de ser impuesto por coacción».[180] Pero ello no nos puede ha-

---

[179] Alzamora U., M. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: SESATOR, 1963, p. 72.

[180] Du Pasquier, C. *Introducción a la teoría general del Derecho y a la filosofía jurídica*. Lima: Librería Internacional del Perú, 1950, p. 316.

cer olvidar que el derecho en toda sociedad está inspirado por el sentido de la justicia que le es inherente, es mas, ella sirve para dar cimiento a la construcción del concepto de abuso del derecho, de singular importancia en la conformación de las ramas del Derecho de la Competencia. Por otro lado, aunque es tema polémico, para un numeroso grupo de personas «la moral basada sobre la tradición suministra un ideal bastante sólido para salvar la justicia asegurando al derecho su necesaria evolución».[181] Sin embargo, cabe tener presente que junto a la moral son las exigencias del bien común las que concurren para dar forma al derecho. Y esas exigencias, que son de difícil concreción, están a veces vinculadas con materias de carácter técnico muy vinculadas con el desarrollo económico, como es el caso del acceso universal a determinados servicios públicos. Pero, más aun, esas exigencias se integran en estándares que dan a los jueces y funcionarios líneas de conducta que deben aplicar con discrecionalidad variable y que originan fallos, directivas, reglamentos y ordenanzas.

Muchos entienden por moral pública aquellas reglas o costumbres que el pueblo considera de necesaria práctica en las acciones humanas para el logro de objetivos comunes, esto es, aquellas vinculadas con el interés general. Desde esta perspectiva, la moral pública incluye, pero supera, a conceptos tales como decencia o decoro y también a aquel de las buenas costumbres mercantiles que durante una época era considerado por la clase de los comerciantes como estándar de juzgamiento de sus actuaciones en el mercado.[182] Y la supera porque hay buenas costumbres no mercantiles, esto es, usos implantados en una colectividad y, en ciertas ocasiones, considerados por ella, incluso, como jurídicamente obligatorios; usos que no se revelan como la ley por un acto único sino por una repetición de actos semejantes, a veces, precedentes que actúan como bolas de nieve, por lo cual su constatación es siempre una cuestión delicada; usos y costumbres que en países de pluriculturalidad como el nuestro pueden adquirir gran importancia en el ámbito económico, en especial en el caso de la normativa sobre publicidad y competencia desleal.

En nuestro lenguaje cotidiano, se entiende como aceptable para la moral pública lo honrado, honesto, decente, leal y transparente, por lo cual su antinomia principal es el concepto de corrupción. Mucho

---

[181] *Ibid.*, p. 319.

[182] *Vid.* Menéndez, A. *La competencia desleal*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 65 y ss.

lograríamos si se identificara moral pública con ética pública, entendida como el conjunto de usos y costumbres que practican los ciudadanos en el espacio público y que está destinado a fortalecer el sistema democrático y combatir la corrupción. Esta práctica significa no solo el cumplimiento correcto sino, además, diligente de obligaciones y responsabilidades por quienes ejercen función pública. Se ha vinculado también el concepto de ética pública con la función pública que tiene su eje básico en la idea de servicio a los ciudadanos, de consecución del bien común, es decir, de conducta imparcial en la gestión de los asuntos públicos. Esta posición cuestiona el principio de eficacia como valor absoluto, pues debe ir unida al compromiso de promoción de los derechos fundamentales que vinculan igualmente la actuación de la administración pública y al principio de legalidad.[183] Pero resulta obvio que la moral pública abarca más que este concepto de ética pública y que se confunde con buenas costumbres y búsqueda de la justicia.

No suele haber desarrollo legislativo del contenido de moral pública o moralidad, por lo que la calificación de un acto concreto o de una actividad como contraria a la moral pública cae en mano de los tribunales o de aquellas autoridades administrativas que se pronuncian sobre el contenido de la competencia desleal y, también, en ocasiones, de las autoridades ediles cuando intervienen en nombre del vecindario que representan frente a actos que se juzgan como contrarios a la moral. Y poca duda puede caber de que su invocación en un caso concreto para limitar el ejercicio del derecho de la libre empresa no podrá o, más bien, es improbable que cumpla con el principio de legalidad entendido en sentido estricto, de contenido material, que exige la ley para el procedimiento administrativo regular.

Si nos referimos a la salud pública como limitación, en el sentido de que el ejercicio de la libertad de empresa puede ser lesivo para ella, debemos acudir en primer término a la propia Constitución, que en su artículo 9 dispone que el Estado determina la política nacional de salud y que, más adelante, bajo el título del Régimen Económico manda que el Estado, al orientar el desarrollo del país, actúe principalmente en las áreas de salud y de seguridad, entre otras, que veremos más adelante (artículo 58). Además, en el mismo artículo en virtud

[183] Rodríguez A., J. *Ética institucional. Mercado versus función pública*. Madrid: Dykinson, 1996, p. 24.

del cual se obliga al Estado a defender los intereses de los consumidores y usuarios (artículo 65), se señala que debe velar, en particular, por la salud y la seguridad de la población. Ello refleja la irrupción de un nuevo valor social que se convertirá en pieza clave: el consumidor, cuya tutela será de interés prevaleciente, en especial en el área de la salud.

Si deseamos buscar un parámetro más directo, creemos que el principal se encuentra en la Ley General de Salud (ley 26842) de 1997. En su Título Preliminar, considera a la salud como «[...] condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo», siendo «responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla». En su artículo XII dice textualmente: «el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria [...] están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública».

Y entre las diversas medidas de seguridad que la autoridad puede llevar adelante se encuentran decomisos, incautaciones, suspensión temporal o definitiva de empresas o sus instalaciones (artículo 30), entre otras, que son de inmediata ejecución y se aplican sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponder. Ahora bien, en resguardo de los derechos de los ciudadanos, dichas medidas deben ser proporcionales a los fines que persiguen y su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente, debiéndose preferir aquellas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de bienes y a la libertad de empresa (artículo 132). Así, pues, no cabe duda de que existe base legal suficiente para limitar el ejercicio de la libertad de empresa, siempre que las autoridades correspondientes de salud emitan opinión fundamentada y que se realice, sin perjuicio de la celeridad que la situación exige, mediante un debido proceso.

La Ley General de Salud señala un conjunto de materias que deben ser materia de examen: establecimientos, clínicas, medicamentos, recursos terapéuticos naturales, alimentos, bebidas, insumos diversos, sustancias peligrosas, etc. Si se cumpliera debidamente los trámites de ley, ¿podría la autoridad de salud señalar algún producto que no puede ser objeto de fabricación? Creemos que sí, quedando en ese caso limitada, en cuanto a su objeto, la libertad de empresa; y ese podría quizás ser en el futuro —es un ejemplo entre muchos— el caso de los cigarrillos. El eje de toda acción administrativa y municipal en el orden sanitario es el reconocimiento del derecho a la protección de

la salud que se encuentra constitucionalmente reconocido, protección que tiene lugar principalmente mediante medidas preventivas. Este hecho alcanza a la utilización racional de los recursos naturales y a la protección y defensa del medio ambiente; todo ello con el propósito de brindar tutela al bien jurídico protegido que es la salud física y psíquica de los ciudadanos.

No es fácil tampoco determinar, en cada caso concreto, lo que se considera seguridad pública, la misma que tiene conexión pero que no se identifica íntegramente con el concepto de seguridad ciudadana, que es una noción encomendada a las fuerzas de seguridad, en nuestro caso la policía nacional, que de conformidad al artículo 166 de la Constitución tiene por misión garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. La seguridad pública puede comprender otras situaciones como las correspondientes a la defensa civil y a todas aquellas que puedan derivarse de conflictos externos, enfrentamientos o guerras, esto es, a un conjunto diversificado de actuaciones, distintas en su contenido y naturaleza, y que abarcan la seguridad de la nación en su más amplio sentido.

Nos interesa intentar concretar la relación de ese amplio concepto de seguridad pública con el derecho de la libertad de empresa, en tanto el ejercicio de esta última puede ser lesivo para la primera. Y creemos que se encuentra necesariamente en la conexión que pueda establecerse con los bienes que se produzcan y los servicios que se ofrezcan en el mercado, esto es, en el ámbito económico. Por tanto, y dejando de lado el tema de la salud visto ya anteriormente, una actividad puede ser lesiva a la seguridad pública en tanto afecte a la población. El incorrecto funcionamiento de servicios públicos esenciales que se consideren indispensables para la seguridad sería un ejemplo; en este caso, se trataría de un incumplimiento de obligaciones asumidas frente al Estado por concesionarios, de prácticas empresariales irresponsables. En este sentido, y de comprobarse dicho incumplimiento, podría intervenirse o limitarse el derecho a ejercer plenamente la libertad de empresa en el aspecto esencial de la libertad de organización.

Un caso concreto de limitación del derecho lo encontramos en el artículo 175 de la Constitución, que dispone que la fabricación de armas de guerra por la industria privada solo puede ser ejercida en los casos y bajo las condiciones que la ley señale, restricción que se extiende también a la comercialización de otras armas.

9.6. Muchas de las limitaciones y trabas al ejercicio de la libertad de empresa se originan en el ámbito municipal, aunque no creemos que sea este el único ni el más importante obstáculo. Para apreciarlo es preciso conocer de las amplísimas funciones que tienen las municipalidades en virtud de su ley orgánica 23853, siendo una contradicción insuperable que frente a ellas se les otorgue paupérrima participación en el dinero que recauda el Estado. Así, por ejemplo, en materia de acondicionamiento, vivienda y seguridad colectiva, las municipalidades tienen como función el aprovechamiento racional de los recursos naturales ubicados en el territorio de su jurisdicción, mantener la infraestructura urbana indispensable para el desenvolvimiento de la vida del vecindario, procurar conservar y administrar bienes de dominio público, supervisar y controlar el cumplimiento de normas de seguridad e higiene en recintos abiertos al público incluyendo hoteles y otros, controlar el cumplimiento de las normas de seguridad contra incendios y otras catástrofes, etc. (artículo 65). Debe también promover espectáculos culturales y supervigilar el cumplimiento de las normas a que están sujetos, e imponer sanciones a que haya lugar en resguardo de la moral y de las buenas costumbres (artículo 67). Además, vigilar el cumplimiento referente a calidad y precios de alimentos y bebidas; y, asunto que veremos a continuación con más detenimiento, otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales e industriales, así como controlar su funcionamiento (artículo 68). Las municipalidades pueden establecer sanciones de multa, decomiso y la clausura transitoria o definitiva de establecimientos cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o constituyan peligro para la salud o la tranquilidad del vecindario (artículo 119).

Una ley posterior, la 26935, tiene por fin simplificar procedimientos para la obtención de registros administrativos y autorizaciones para el inicio de actividades en el nivel ministerial, sin perjuicio del trámite que deberá efectuarse ante los municipios para obtener la licencia de funcionamiento, con excepción de algunas como las de producción de armas y municiones, así como plaguicidas y productos farmacéuticos; las otorgadas para el establecimiento de casas de juego y cementerios, entre otras, que requieren de autorización expresa.

9.7. Una de las áreas en la que se puede apreciar con mayor claridad los límites y las trabas de tipo administrativo al ejercicio del derecho de la libertad de empresa es en el acceso al mercado. Y en ella, la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI ——en adelante la

CAM— es un órgano que ha tenido una intensa actividad en los últimos años, haciendo una labor antes prácticamente desconocida y que sirve para poner de relieve en qué gran medida el Estado peruano y su administración no han tenido históricamente que dar cuenta precisa de sus actos y de sus abusos, hecho que explica, en parte, nuestro siempre débil estado de derecho. Esa Comisión es la encargada de dar tramite a las denuncias iniciadas por las empresas que consideran que existe una norma, o un acto administrativo, emitida por un organismo público que constituye una traba o barrera para el desarrollo de su actividad. La mayoría de procedimientos han sido iniciados contra municipalidades distritales y provinciales, cuestionando el cobro de tasas —arbitrios y licencias, principalmente— que presentaban características de ilegalidad por la forma en que fueron aprobadas o que eran irracionales debido a que su importe no correspondía al servicio efectivamente brindado por aquellas. Cabe anotar que nos estamos refiriendo a empresas que ya se encontraban compitiendo en el mercado y que consideraron que el cobro de estas tasas afectaba su permanencia, y no a empresas que deseaban iniciar sus actividades económicas.

Quizás uno de los casos más interesantes y que marcó un antecedente a tener en consideración, más aun por constituir un precedente de observancia obligatoria para el juzgamiento administrativo, es el de la denuncia de Inversiones La Merced S.A contra la Municipalidad Provincial de Trujillo, por considerar que esta ultima le impuso, mediante un decreto de alcaldía, la obligación de pintar los automóviles de su propiedad de color amarillo cromo y sus techos de color negro, con el objeto —entre otros— de uniformizar las características físicas de los taxis. Pues bien, después de analizar sus propias atribuciones y facultades ya recortadas frente a los actos del Poder Ejecutivo, la CAM se pronuncia acerca de los criterios para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal e irracional. Así, mediante resolución 182-97 de julio de 1997, establece la obligatoriedad por parte de las entidades integrantes de la administración de aplicar determinados criterios para evaluar la legalidad y la racionalidad de los actos bajo estudio. Mas allá de los distintos pareceres sobre quien tenia o no la razón, se declaró fundada la denuncia, y, en ese sentido, esa resolución significo un avance en lo que se refiere al análisis de barreras burocráticas que pudieran entorpecer el acceso al mercado y, por tanto, una garantía para el ejercicio de la libertad de empresa.

Otro ejemplo lo tenemos en la resolución final del procedimiento

seguido por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Sur Este S.A.A. contra la Municipalidad Provincial de Abancay. Mediante esta se declaró fundada la denuncia de la mencionada empresa al considerar que la exigencia de trámites y cobros por el concepto de licencias para la colocación de postes, instalación de medidores eléctricos y cambio de medidores eléctricos constituía la imposición de una barrera burocrática ilegal. Dicha declaración se fundó en que los cobros no correspondían a criterios legalmente establecidos que reflejaran el costo del procedimiento o servicio administrativo prestado, así como en el incumplimiento de los requisitos para la creación de las tasas o derechos municipales.[184]

Es también preciso mencionar que existen una gran cantidad de procedimientos que son declarados fundados porque la norma que creaba las tasas cuestionadas no fue ratificada por la municipalidad provincial correspondiente, como se ve en la resolución del procedimiento seguido por la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita contra la Municipalidad Distrital de Santa Anita. Esta declaró fundada la denuncia, estableciendo que los cobros por arbitrios municipales correspondientes a los ejercicios fiscales 1996 al 2001 constituían una barrera burocrática ilegal que limitaba el desarrollo de sus actividades económicas, por cuanto las ordenanzas que los creaban no fueron ratificadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima para su entrada en vigencia y exigibilidad, ni tampoco contenían la explicación de los costos efectivos que demandaba el servicio según el número de contribuyentes, ni la justificación de los incrementos en los montos de los arbitrios de limpieza pública de 1997 al 2001, infringiendo lo dispuesto por la Ley de Tributación Municipal.[185]

Existe también un importante número de resoluciones que se pronuncian sobre la ilegalidad de los criterios empleados por las municipalidades para establecer el importe de los arbitrios municipales que cobran. Así, tenemos la resolución del procedimiento seguido por la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC) contra la Municipalidad Provincial del Callao. Dicha resolución declaró fundada la denuncia señalando que los arbitrios municipales de limpieza pública correspondientes al período del 30 de mayo de 1997 al 30 de mayo de 1999 constituyen la imposición de

---

[184] Resolución 02-CAM-INDECOPI/Exp-000053-2001, del 17 de enero de 2002.

[185] Resolución 03-CAM-INDECOPI/Exp-000064-2001, del 7 de febrero de 2002.

una barrera burocrática que obstaculiza ilegalmente el desarrollo de las actividades económicas de la empresa denunciante en el mercado, debido a que su norma de creación estableció un incremento injustificado del monto de la tasa; declaró también como barreras burocráticas irracionales la exigencia del cobro de los arbitrios de limpieza pública, relleno sanitario y seguridad ciudadana, y el cobro de los arbitrios de parques y jardines por utilizar como criterio para calcular el monto de los arbitrios el valor de los predios y no el costo del servicio público que recibe cada contribuyente.[186]

Dentro de los procedimientos seguidos contra otros organismos públicos, podemos apreciar la resolución del procedimiento seguido por Víctor Freundt Orihuela y la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Halcón de Gorgor N.º 20 de Lima contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA). Dicha resolución declaró fundada, en parte, la denuncia, estableciendo que la exigencia de cobros por concepto de opinión técnica de estudio de impacto ambiental preliminar (EIAP) constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal que limita el desarrollo de las actividades económicas de los denunciantes en el mercado, toda vez que dicho procedimiento no había sido incluido en el TUPA del INRENA.

Cabe mencionar también la resolución del procedimiento seguido por Lan Chile S.A., Sucursal del Perú; Cielos del Perú S.A.; Continental Airlines Inc., Sucursal del Perú; y UPS Latin America Inc., Sucursal del Perú contra la Superintendencia Nacional de Administración de Aduanas (ADUANAS) y la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera de ADUANAS. Mediante dicha resolución se declaró que las medidas establecidas mediante circular INTA-CR.30-2001, por las cuales las empresas transportistas están obligadas a entregar en las zonas de descarga las mercancías contenidas en contenedores, *pallets* o bultos sueltos al representante del terminal de almacenamiento aduanero designado por el consignatario, constituían la imposición de una barrera burocrática ilegal que obstaculizaba el desarrollo de las actividades económicas de las denunciantes. Esta ilegalidad se sustentaba en que la norma mencionada contravenía el procedimiento de descarga y entrega de mercancías establecido en la Ley General de Aduanas, así como en la resolución 00984; y porque era ilegal al atribuir al consignatario el derecho de elegir el terminal de almacena-

---

[186] Resolución 02-CAM-INDECOPI/Exp-000034-2001, del 21 de febrero de 2002.

miento al que deberá llevarse la mercancía, debido a que se trata de un tema cuya definición escapa a las competencias de ADUANAS, siendo contrario a la libertad de contratación y libre iniciativa privada.[187]

Otro caso es el de la resolución en el procedimiento seguido por el centro educativo de gestión no estatal San Ignacio de Recalde contra el Ministerio de Educación. Por dicha resolución se estableció que el acto administrativo materializado en la identificación de la empresa Hindsa E.I.R.L. para ser contratada por colegios para la prestación de servicios de fumigación constituía una barrera burocrática ilegal que limitaba el desarrollo de las actividades económicas del denunciante en el mercado.[188] Asimismo, cabe mencionar el informe emitido en el procedimiento de oficio iniciado por la CAM contra el Ministerio de Defensa respecto de los cobros por inscripción en el servicio militar ante el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea del Perú, que consideraba exigencias ilegales por no haber sido considerados como requisitos para estos procedimientos en el Reglamento de la Ley del Servicio Militar. Adicionalmente, se declaró que los cobros en el marco del procedimiento de inscripción en el servicio militar ante la Fuerza Aérea del Perú constituían exigencias ilegales por razones de forma, argumento que se sustenta en que dichos cobros no fueron establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de dicho Instituto Armado y que constituían exigencias irracionales, por no existir razonable equivalencia entre los costos del servicio y el importe exigido a los particulares.[189]

Las buenas noticias para la defensa de la libertad de empresa que pudieran derivarse de la lectura anterior deben tomarse con beneficio de inventario, en parte como fruto del carácter ambiguo de las facultades de organismos administrativos como el INDECOPI, del comportamiento tradicionalmente abusivo y dogmático del Poder Ejecutivo, y de nuestro alicaído sistema judicial. En efecto, la CAM se encuentra ahora legalmente impedida de ordenar la derogatoria o inaplicación de los decretos supremos y resoluciones ministeriales que puedan imponer barreras burocráticas o ilegales, correspondiéndole únicamente emitir un informe sobre el particular. Este debe ser remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros, a efecto de que el Con-

---

[187] Resolución 05-CAM-INDECOPI/Exp-000044-2001, del 16 de mayo de 2002.
[188] Resolución 02-CAM-INDECOPI/Exp-000018-2002, del 12 de diciembre de 2002.
[189] Informe 04-CAM-INDECOPI/Exp-000021-2001, del 12 de diciembre de 2002.

sejo de Ministros se pronuncie sobre el particular dentro de los treinta días hábiles siguiente a la recepción del mencionado informe.[190] Asimismo, desde octubre de 2001, la CAM tampoco puede ordenar la inaplicación o derogatoria de las barreras burocráticas establecidas por ordenanzas municipales, debiendo limitarse a emitir un informe final dirigido al Concejo Municipal correspondiente, quien deberá resolver en un término de treinta días hábiles.[191]

El acceso al mercado, que es el índice preferencial para determinar la vigencia real de la libertad de empresa, se encuentra pues en las puertas del limbo administrativo. La ausencia de una ciudadanía alerta a la defensa de sus derechos y de medios masivos de comunicación realmente vinculados a los intereses populares podrían hacer que su exigibilidad se vea seriamente comprometida y que las buenas intenciones de sus defensores sirvan para empedrar el infierno.

10. *Post scriptum*

10.1. Cometería grave error el que juzgara que por haber escrito este estudio sobre la libertad de empresa y considerarla derecho fundamental y base del sistema económico constitucionalizado, así como vía conveniente para que el ciudadano desarrolle su personalidad y proteja su dignidad, creamos que nos llevará, por todo ello y por si sola, a lograr el desarrollo que ahora no tenemos y que sentidamente anhelamos. Eso sería tener fe ciega en el poder de la ley, mas la experiencia nos enseña que su poder es limitado como factor de cambio.

Consideramos que hay otras formas de actuación del Estado más importantes, esto es, una amplia combinación de decisiones y actitudes que no tienen necesariamente reflejo legal y que forman parte de la cultura y de sus valores. No hay sustento más sólido para esta afirmación que el estudio de la historia económica y política de aquellas naciones que alcanzaron el desarrollo y que, por ello, tuvieron o tienen en sus manos el poder político y militar, y que han sido usual-

[190] Tercer párrafo del artículo 26 bis de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (ley 25868, modificada por el decreto legislativo 807) y segundo párrafo del artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 27344).

[191] Segundo párrafo del artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

mente las que han dado a luz los más grandes creadores en el arte y en la ciencia; en otras palabras, los creadores de cultura.

La circunstancia de que nuestro Estado republicano, en esta desafortunada república en la que vivimos, no haya podido encontrar el sendero luminoso del buen gobierno ni en la composición de sus clases dominantes ni en la personalización de sus gobernantes no quita nada a la aseveración anterior. El reconocimiento legal al derecho de la libertad de empresa, con todo lo que ello implica, así como el juego dialéctico que significa su protección y defensa, no es más que un coadyuvante —importante, por cierto, pero no decisivo— al logro de una sociedad más equitativa, poderosa y libre. Muchos otros son los factores y las variables decisivas que están más allá de sus límites.

¿De qué sirve la libertad de empresa cuando se convierte en un escudo para defender conductas que alteran sin remedio la voluntad popular? ¿Bajo que mecanismo puede orientársela cuando los poderes decisorios en los medios de comunicación de masas, que se han establecido y funcionan a su amparo, se han impuesto la tarea de alterar la formación de una opinión pública libre en una joven nación cuyas mayorías luchan desesperadamente para sobrevivir y salir de su pobreza y frustración? ¿Cómo combatir a esos titiriteros diluidos en las imágenes de la caja boba que formulan historias que no les pertenecen y que además las mutilan y tergiversan para satisfacer intereses contrarios a ley y a la ética pública por un estipendio vil extraído de sudores multitudinarios?

10.2. Recordemos el papel que han jugado las intervenciones estatales para el éxito económico reciente alcanzado por algunos países en el sudeste asiático: ellas responden a posiciones pragmáticas resultado de una evaluación técnica entroncada con valores culturales. Carece de evidencia empírica la posición que defiende esos éxitos como consecuencia del papel decisivo jugado por el mercado en la determinación de la asignación eficiente de recursos, postura que suele además desconocer los procesos históricos por los que transitaron esas economías, expresados en políticas y estrategias de desarrollo. La interpretación neoclásica de esos éxitos olvida la masiva inyección de fondos públicos por parte de los Estados Unidos, el papel de las empresas públicas y las alianzas entre el Estado y los grupos de poder económico. Los gobiernos de aquellos países del sudeste asiático hicieron una promoción selectiva de algunos sectores industriales, sea a través de incentivos crediticios o de inversión pública. Y lo hicieron en

el convencimiento de que sus tareas de promoción iban a enfrentar con éxito las distorsiones o fallas del mercado, promoción que llegó a regular el propio sistema de precios y a promocionar y proteger la investigación tecnológica, convirtiéndose en economías dirigidas de mercado. Y cabe anotar que a ello se sumó un sistema generalizado de incentivos y controles a las empresas privadas a través de restricciones a la importación, requerimientos para el ingreso en el mercado, requisitos de contenido nacional de los productos e incentivos fiscales a la inversión.[192] Así, pues, la evidencia es que hubo dirigismo estatal en el marco de una economía de mercado.

No se trata, por cierto, de repetir, entre nosotros, esa opción autoritaria y, en lo procesal, poco inclinada a respetar los derechos ciudadanos. Lo que se requiere para lograr el desarrollo es una visión global y estratégica, cuya elaboración hasta ahora parece ser patrimonio casi excluyente de los países ricos. Esta visión debe considerar la diversidad de los actores y agentes de cambio, y estar acompañada con proposiciones de políticas vinculadas a la vida diaria y al respeto de los derechos humanos. Ese es el camino para lograr ingresar a los sectores de alta tecnología y superar la condición dependiente de las economías latinoamericanas, restringidas justamente en sus posibilidades por esa dependencia. Por ejemplo, los gobiernos latinoamericanos no han sabido exigir a las corporaciones multinacionales que operan en sus territorios que efectúen una efectiva transferencia tecnológica, pues no saben controlar sus propias variables o condiciones para lograr el desarrollo. Dichas transferencias solamente pueden plantearse y exigirse cuando los mercados son relativamente interesantes, sea como países independientes o como parte de una propuesta regional, hecho que implica necesariamente abolir la pobreza extrema y distribuir equitativamente la riqueza generada. La transferencia de empresas del Estado al sector privado ocurrida en el Perú en la década pasada, principalmente a compañías transnacionales, no ha sido una vía utilizada para democratizar las estructuras de propiedad, sino que más bien ha servido para concentrarla.

10.3. El factor que dinamiza el actual proceso globalizador, que históricamente se ha dado antes bajo otras condiciones, es el capital transnacional, que ha planteado nuevas condiciones de dependen-

---

[192] Graña, A. *Metamorfosis de la economía. Del andamio neoclásico al juego de los abalorios para el desarrollo.* Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997, p. 230.

cia. Son las grandes corporaciones multinacionales, que representan más de un tercio de la producción mundial y más del 60% del comercio internacional, las protagonistas del citado proceso, fenómeno al que se suma sus acuerdos de concentración y reestructuración a escala global. En nuestros días, el patrón de acumulación internacional ha variado significativamente y busca subordinar la capacidad de los Estados nacionales, articulándolos a una dinámica transnacional. Esa mundialización del capital es el resultado también de las políticas de liberalización, privatización y desregulación que han sido aplicadas desde los años ochenta. Las bases del proceso de globalización no descansan en la evolución del comercio mundial sino en el capital financiero internacional, de carácter principalmente especulativo. En efecto, «las transacciones diarias en operaciones especulativas en los mercados financieros y monetarios internacionales equivalen a aproximadamente más de 50 veces el valor del comercio mundial real total en un año»,[193] cifra que da una idea de la dimensión financiera de la globalización y de la casi nula capacidad y autonomía de los institutos emisores o bancos centrales de los países pobres. No hay forma, en países de las características del Perú, de enfrentar ese proceso sin la presencia y participación del Estado.

Asistimos en el ámbito mundial a un tipo de oferta que puede ser calificada de oligopólica por el reducido número de empresas con múltiples relaciones de cooperación y un fuerte nivel de competencia. Esas relaciones constituyen fuertes barreras a la entrada para otras empresas, y la información con que se cuenta sirve para verificar la elevada concentración en las estructuras de la oferta, sobre todo en las industrias de alta tecnología. Estos factores ponen de relieve la menor autonomía relativa de los Estados nacionales y obligan a tomar en consideración las particularidades de la internacionalización en los diseños de sus políticas internas, siendo la globalización financiera el elemento que más afecta la normativa interna en el corto plazo. Este hecho supone repensar las estrategias de desarrollo y, como posibilidad casi única, rescatar la fortaleza de la diversidad.

Supone, en síntesis —dice Graña— la creación heroica de nuestras propias vías de desarrollo, rescatando creativamente el pasado como única base firme para proyectarse hacia el porvenir. Es solo mediante la revalorización de nuestras propias fuerzas que podremos afrontar este maravilloso pero difícil reto. Sin duda el papel que otorguemos a

[193] *Ibid.*, p. 250.

la cultura, la ciencia y la tecnología como un esfuerzo de largo plazo, será determinante para ubicarnos en el mundo en una posición distinta a la del subdesarrollo que nos ha tocado jugar hasta ahora.[194]

10.4. El regreso a la estructura primario-exportador a que nos ha sometido la aplicación sostenida de políticas neoliberales bajo el gobierno de Fujimori y la ausencia de políticas de largo plazo por parte de un Estado que él y sus secuaces se esforzaron en debilitar nos han llevado, en el actual y complejo contexto mundial, a convertirnos en un país neosubdesarrollado, bajo los estándares del único sistema económico existente, el capitalista. Nuestra creciente marginación y casi nula importancia económica en el nivel mundial nos muestran la importancia de las condiciones políticas y sociológicas para superar esa situación, factor en el que el comportamiento del Estado tiene importancia decisiva. La lógica del capital se impone sobre la totalidad de las esferas de la vida humana, y cada región o país trata de defender y promocionar sus propias ventajas comparativas, hecho que deja poco margen para caminos alternativos. Por tanto, resulta fundamental reforzar la cohesión social para que el mayor número de ciudadanos comparta los beneficios que deben resultar de la globalización.

El Perú deberá cambiar significativamente de rumbo si quiere que sus ciudadanos reciban esos beneficios, y ello obliga a adoptar medidas extraordinarias y selectivas, en las cuales no basta la sola acción del mercado. Por tanto, no es que, en ese proceso, el reconocimiento a la libre iniciativa y a la libertad de empresa no tengan importancia. Este trabajo ha tratado justamente de ponerlo en relieve, pues la creatividad humana jamás podrá ser reemplazada por la burocracia estatal, de cuyo poder es mejor desconfiar y que es preciso limitar. Sin embargo, para bien o para mal, las decisiones fundamentales que pueden influir en el nivel de vida de la población peruana en los próximos lustros deberán tomarse en los niveles de decisión más altos, que son los gubernamentales, y que también son probablemente los únicos que pueden servir de interlocutores frente a las empresas multinacionales, operadores económicos tecnológicamente capacitados para ejercer dominio sobre el mercado. Si esas decisiones son apropiadas, la libre iniciativa en materia económica alcanzará una operatividad antes desconocida y, por tanto, creará y repartirá riqueza. El rol que la libertad de empresa tiene para contribuir al desarrollo económico debe necesariamente apreciarse en ese contexto.

---

[194] *Ibid.*, p. 258.

Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú

Jorge Santistevan de Noriega

Me une con Jorge Avendaño una relación de amistad forjada en las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, como resultado de haber sido su alumno, primero, en el curso de Derechos Reales y de haber participado, después, en el programa destinado a modernizar la enseñanza del Derecho en la Universidad de Wisconsin. Este programa, preparado por una misión de profesores que visitaron diversas escuelas de Derecho de los Estados Unidos, presidido por Carlos Fernández Sessarego e integrado por Jorge Avendaño Valdez y Felipe Osterling Parodi, se forjó durante el decanato de Avendaño y fue puesto en práctica por su sucesor, el ya citado Felipe Osterling, mientras aquel se desempeñaba como vicerrector. Efectivamente, a fines de los años setenta, cuando me encontraba en plenos estudios en la Universidad de Nueva York, Jorge Avendaño me buscó allí y me convenció de aunarme al equipo de profesores que, con dos promociones previas, estaba participando de esa experiencia que contó con el decidido apoyo de la Fundación Ford.

A mi regreso al Perú, cuando Avendaño era el vicerrector de la Universidad, me animó a colaborar con el Decano de ese tiempo, Felipe Osterling Parodi, como Secretario de la Facultad de Derecho, cargo que ocupé durante breve pero intenso período. Posteriormente, volví a colaborar, pero, esta vez, como Jefe A.I. del Departamento de

Derecho. En todo caso, el tiempo durante el cual me dediqué a la enseñanza del curso de Derecho Laboral y al movimiento de reforma emprendido en esa casa de estudios marcó definitivamente mi futuro profesional.

Posteriormente, luego de algunos años de trabajo en el exterior, a mi regreso al Perú, volví a hallar en Jorge Avendaño —en aquel tiempo, Decano del Colegio de Abogados de Lima— una mano amiga para el reingreso a la profesión en nuestro país. Además, me ayudó con su consejo y con su apoyo en mi participación en la vida pública como Defensor del Pueblo. El doctor Avendaño se hizo patente de muy diversas formas: como ex Decano del Colegio de Abogados, como Congresista de la República, como jurista y político, y como amigo. Por cierto, no lo hizo solamente en beneficio del titular de la institución sino, también, a favor del equipo que, en ese momento, supo contribuir, desde la Defensoría del Pueblo, con el respeto al estado de derecho y la recuperación democrática en el Perú

1. Contratos-ley

Los contratos-ley son contratos por los cuales el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no se pueden modificar legislativamente. Tal como lo deja entrever Pinilla, se trata de fórmulas contractuales mediante las que el Estado, unilateral y constitucionalmente, otorga a un particular determinadas seguridades jurídicas. Este hecho implica que a dichas fórmulas se les reconozca un estatuto jurídico particular y anticipado que hace inalterables los pactos convenidos en el momento del contrato. En ese sentido, aun cuando dichas reglas fueran modificadas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable dicha modificación.[1] Se considera, entonces, que los contratos ley otorgan a lo pactado un blindaje constitucional que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes que se dicten posteriormente.

El artículo 62 de nuestra Constitución Política de 1993 le da carácter constitucional a esta figura cuando señala que «mediante Contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades.

---

[1] Pinilla Cisneros, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999. *Cf.* Zegarra Valdivia, Diego. *El contrato ley*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997.

No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente». Por otro lado, el artículo 1357 del Código Civil prevé que «por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato».

En efecto, como puede desprenderse de las normas señaladas, el artículo 1357 del Código Civil sirvió de base a la posterior consagración constitucional de los contratos-ley. No obstante, recién se admite la posibilidad de establecer esta figura en todas las actividades económicas en que se pueda desenvolver la actividad privada[2] a partir de la Constitución de 1993. En otras palabras, dicha Constitución establece un marco de protección al inversionista dentro de un contexto en que el Estado comienza a cumplir un rol subsidiario mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa.

En suma, el régimen económico que establece la Constitución presupone que el Estado debe ocupar un puesto de suplencia en aquellas actividades que puedan efectuar los particulares.[3] Para tal finalidad, es indispensable garantizar un marco normativo estable que permita a dichos particulares intervenir en cualquier sector de la economía, incluso en aquellos que se creían reservados al Estado, sin que se vean amenazados por alguna iniciativa intervencionista. Es decir, se garantiza «la seguridad jurídica indispensable a las relaciones particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*».[4]

Dentro de este contexto normativo y económico, se dicta —en relación con el servicio público de telefonía— la ley 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. En el artículo 3[5] de esta norma, se autoriza la celebración de contratos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía; así, pues, los contratos de concesión son contratos-ley. Sin embargo, resulta necesario detallar qué

---

[2] Kresalja R., Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Themis*, n.° 39, p. 27.

[3] *Idem*. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et Veritas*, n.° 22, pp. 272-306.

[4] Amado, José Daniel y Luis Miranda. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato-ley». *Themis*, n.° 33, p. 17.

[5] «Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley».

implicancias trae consigo esta determinación. En ese sentido, la principal consecuencia de este precepto es la absoluta imposibilidad de modificación legislativa de los contratos-ley (el referido blindaje constitucional). En efecto, se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. En otras palabras, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos pactados, esto es, modificarlos sin adoptar los procedimientos que al efecto el propio contrato-ley contenga. En este caso, el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares; de esta forma, se limitan las atribuciones que al Estado le corresponden en función del *ius variandi*.

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera contundente en esta materia. Mediante sentencia de 3 de octubre de 2003 (expediente 005-2003-AI/TC), los magistrados constitucionales han puntualizado, en el fundamento 35, lo siguiente:[6]

> En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.
>
> Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos «no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, «no puede ser modificada legislativamente» como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

---

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0005-2003-AI.html>.

Consecuentemente, aun cuando fuesen modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación.[7] Se considera, entonces, que los contratos ley otorgan a lo pactado un blindaje jurídico que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes que se dicten posteriormente.

2. Naturaleza y características de los contratos-ley

En lo que concierne al carácter de estos contratos, el artículo 39 del decreto legislativo 757 señala que «los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes». Por lo tanto, se trata de figuras legales que, aun cuando pertenecen al Derecho Público y nacen de normas públicas, se regulan en su ejecución por el Derecho Civil. Debe tenerse en cuenta que, en opinión de los juristas peruanos que han escrito específicamente sobre la materia, como Cisneros Pinilla y Zegarra Valdivia, los contratos-ley son de carácter mixto, pues su autorización, preparación, celebración y control están regidos por normas de Derecho Administrativo, en tanto que su ejecución y cumplimiento lo están por el Derecho Civil.[8]

Otro punto a tener en consideración respecto a estos contratos es el referido a la perspectiva que fundamenta al contrato-ley, perspectiva que incluye razones de interés social, nacional o público. No obstante, debe precisarse que estos criterios fueron establecidos en el Código Civil bajo la vigencia de la Constitución de 1979, que contemplaba un rol económico del Estado sustancialmente distinto del contemplado en la Constitución vigente. Con todo, este requisito de interés social, nacional o público se encuentra implícito en los contratos de concesión. En efecto, mediante el decreto legislativo 702 (07/11/91), se

---

[7] Pinilla Cisneros, Antonio. *Op. cit. Cf.* Zegarra Valdivia, Diego. *Op. cit.*.

[8] Zegarra Valdivia, Diego. *Op. cit.*, p. 165; y Pinilla Cisneros, Antonio. *Op. cit.*, pp. 139-140. Asimismo, el administrativista Jorge Danós Ordoñez coincide con esta tesis de contrato híbrido que comparte tanto elementos del derecho administrativo como elementos del derecho civil en el prólogo de la obra de Zegarra Valdivia.

declaró, como asunto de necesidad pública, el desarrollo de las telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 2 de dicha norma, que fue modificado por el artículo 1 del decreto legislativo 766 (5/11/91) consagra que «es de interés nacional la modernización y el desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado, de acuerdo a la presente Ley».

En consecuencia, queda plenamente establecido que los contratos de concesión en aplicación de la ley 26285 tienen el estatus de contratos-ley y, por lo tanto, son inmodificables por una norma posterior. Ello, sin embargo, no quiere decir que no puedan ser modificados por las partes en ejecución del principio de primacía de la voluntad y, si se han previsto, de las cláusulas propias del contrato-ley que al efecto este contenga. De hecho, en el Perú, en relación con el servicio telefónico, dichas estipulaciones contractuales están previstas en los contratos y se han utilizado para modificarlos por acuerdo entre las partes en una oportunidad.[9]

Con el propósito de comprender la naturaleza jurídica del contrato-ley, así como sus características, es necesario precisar, a continuación, la definición de estos contratos y las razones que impulsaron su aparición. Según García Toma,[10] «los contratos ley se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados —nacionales o extranjeros— otorgándoseles a es-

---

[9] La cláusula 17 del contrato de concesión para la prestación del servicio portador, servicios telefónico local y servicio de larga distancia nacional e internacional en la República del Perú (cuyos términos son equivalentes a la cláusula 17 del contrato suscrito entre las mismas partes para las ciudades de Lima y Callao) establece el principio de la autonomía de la voluntad para la modificación del contrato en su sección 17.01. Adicionalmente, la sección 17.02 prevé el caso de modificación unilateral del contrato a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el procedimiento por seguir para tal efecto. Las secciones siguientes 17.03 a 17.06 establecen las reglas sobre terminación del contrato, sus consecuencias y las reglas procesales aplicables. En cumplimiento de lo estipulado en esta cláusula, se suscribieron sendos adenda al contrato destinados a proteger la vigencia del factor productividad para la aplicación de las tarifas tope, redefinir el área geográfica de demarcación territorial para las llamadas de larga distancia (departamentalización) y adelantar el fin del período de concurrencia limitada; todo ello fue aprobado por el decreto supremo 021-98-MTC. Véase *Contratos de concesión con CPT y ENTEL Perú S.A. (hoy, Telefónica del Perú S.A.A.)*. Lima: OSIPTEL, 1994.

[10] García Toma, Víctor. *Análisis Sistemático de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1988, p. 129.

tos últimos garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica». En este sentido, la doctrina entiende por contrato de Estado o contrato-ley[11] aquel acuerdo celebrado entre un Estado y una empresa nacional o extranjera en condiciones de igualdad, y destinado a otorgar seguridades y garantías especiales e intangibles a favor del inversionista. Dicho acuerdo somete, además, las diferencias relativas a su interpretación y aplicación a una instancia arbitral.[12]

Este tipo de acuerdos no existió siempre. De hecho, a pesar del antecedente señalado en el Código Civil de 1984, no tienen precedentes en la Constitución histórica del Perú ni en el constitucionalismo comparado.[13] Antiguamente, la inversión nacional o extranjera tenía como único recurso de protección internacional la institución conocida como *protección diplomática*. De acuerdo con esta figura, cuando un inversionista extranjero se veía afectado por una medida adoptada por el Estado receptor de la inversión, reclamaba ante los tribunales nacionales de este y, si no obtenía satisfacción, solicitaba la protección diplomática de su Estado nacional a efectos de obtener una reparación.[14] Esta medida fue muy utilizada por los inversionistas en la década del setenta en América Latina ante la ola de expropiaciones desatada.

---

[11] En el presente artículo, se emplearán, de manera indistinta, ambas expresiones. La primera es la denominación empleada por el Derecho Internacional; la segunda, la utilizada por el Derecho Civil y, en general, por los derechos nacionales. Sin embargo, se trata, en ambos casos, de la misma figura jurídica.

[12] Novak, Fabián. *La contratación entre Estados y empresas transnacionales*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 1995.

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre del 2003: «32. Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los cocontratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada».

[14] *Cf.* Novak, Fabián y Luis García-Corrochano. *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Volumen 1: «Sujetos de Derecho Internacional». Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 334; KISS, A. «La protection diplomatique». En *Enciclopédie Dalloz*. Tomo II. París: Dalloz, s./a., pp. 690-696; Gonzales Campos, Julio, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 1998, p. 373; y Thierry, Hubert, Jean Combacau, Serge Sur y Charles Vallée. *Droit International Publique*. París: Montchrestien, 1986, p. 436.

Sin embargo, a fines de los años ochenta, la apertura de la mayor parte de las economías a la empresa privada y la creación de un sistema de mercado que permite la concesión de garantías al capital nacional o extranjero marcan una nueva etapa en las relaciones entre el Estado y los inversionistas. Así, la vieja concepción de los inversionistas extranjeros de que «los Estados latinoamericanos eran tradicionalmente sostenedores de sus tribunales nacionales»[15] o de que la doctrina Calvo[16] era el antídoto latinoamericano contra la protección diplomática de las empresas extranjeras[17] quedó definitivamente atrás.

Se ha llegado aún más lejos. Estados como el peruano han suscrito convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones[18] —por ejemplo, el suscrito por el Gobierno del Perú con el reino de España o con el Gobierno de Chile, por mencionar solamente dos— que prevén, más allá del ámbito contractual, la protección a los inversionistas frente a tratos discriminatorios, confiscatorios o expropiatorios. Así, se garantiza al inversor la opción de recurrir a

[15] GRAIG, W.L., W. PARK y J. POULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana, 1984, p. 108. En virtud de la denominada cláusula Calvo, cualquier persona extranjera (natural o jurídica) que celebra un contrato con el Estado, relativo a obras públicas o concesiones, entre otras, se somete expresamente a las leyes y a los tribunales de dicho país y renuncia a solicitar protección diplomática. *Cf.* NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Op. cit.* Tomo II. Volumen 2: Sujetos de Derecho Internacional..., 2002, p. 383.

[16] Es una cláusula que, en ocasiones, insertan los gobiernos latinoamericanos en contratos públicos celebrados con extranjeros. Implica que, en caso de que surjan diferencias derivadas de esos contratos, el extranjero deberá agotar los recursos locales antes de recurrir a la protección diplomática de su gobierno. Por su importancia llegó a consagrarse constitucionalmente en la Constitución mexicana artículo 27 fr. I. *Cf.* INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México D.F.: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 475.

[17] RINKER, J. «The future of Arbitration in Latinoamerica» *Western Reserve Journal of International Law*, n.° 480, 1970, p. 18.

[18] Al respecto, Vítolo señala: «Los países en desarrollo han tratado por todos los medios de estimular inversión directa, considerándola más ventajosa que los préstamos comerciales e imprescindibles para su crecimiento sostenido». Este autor sustenta esta afirmación en los postulados del Sistema Económico Latinoamericano (SELA). Describe, asimismo, el sistema se seguros ante riesgos políticos consagrados por medio de la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), promovida por el Banco Mundial y la Overseas Private Investiment Corporation, compañías aseguradoras especializadas en estos temas. No obstante, son estos sistemas de seguros los que exigen, como paso previo, la suscripción de un convenio bilateral de protección y promoción, conocido por sus siglas en inglés BIT (Bilateral Investment Treaties). VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual económico jurídico de la empresa y de las inversiones extranjeras*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, pp. 63-65.

tribunales internacionales, como los de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). [19]

Los Estados receptores de la inversión comprobaron que, en el mundo actual, la única manera de establecer y conservar un flujo internacional adecuado de capitales era a través de la fijación y mantenimiento de reglas claras, equilibradas, equitativas e institucionalizadas que crearan un clima satisfactorio para las inversiones. Asimismo, lo entendió la Corte Internacional de Justicia de La Haya cuando en el asunto Barcelona Traction señaló que la mejor vía para proteger las inversiones extranjeras era mediante la celebración de acuerdos entre Estados y empresas transnacionales.[20]

Es, entonces, cuando surge la idea de crear los contratos de Estado, más conocidos en los derechos nacionales como contratos-ley. Estos comenzarían a incorporarse, progresivamente, en las legislaciones —entre ellas, la del Perú— a nivel constitucional.[21] Estos contratos de Estado o contratos-ley comenzarían, efectivamente, a ser regulados por los derechos nacionales. Para ello, comprenderían tres características esenciales: concertación en plano de igualdad, sometimiento a una jurisdicción arbitral y evasión del derecho interno del Estado contratante. La primera característica apunta a que el Estado contratante no pueda prevalerse de su calidad de ente soberano para modificar unilateralmente su derecho interno y, con ello, alterar directa o indirectamente los derechos y las obligaciones pactadas en el acuerdo. Para lograr este efecto, se incorporarían en los derechos nacionales ciertas técnicas de estabilización, destinadas a garantizar el carácter intangible de estos contratos. La segunda característica se refiere a

---

[19] *Cf.* el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el reino de España, suscrito en Madrid el 17.11.94 y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 22.04.96 y en cuyo artículo 9 se consagra la opción «a elección del inversor» de recurrir a los tribunales nacionales o al arbitraje ad hoc establecido por el reglamento de arbitraje de UNCITRAL o al CIADI, creado mediante convenio abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio sobre Arreglos Relativos a Deferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados). El CIADI, sin embargo, es una institución autónoma con personalidad jurídica internacional.

[20] Corte Internacional de Justicia. *Recueil*, 1970, párrafo 90. *Cf.* Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 23.

[21] *Cf.* el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993.

que, en los contratos de Estado, la solución de cualquier diferencia sobre su aplicación o interpretación debe ser sometida a la decisión de un árbitro, sea este único o colegiado. Por último, aunque no reconocida en el artículo 62 de la Constitución ni en la legislación peruana, la tercera característica se ha creado con el propósito de someter el contrato a la ley de un tercer país en sustitución de la del Estado receptor.

Todas estas características han llevado a un sector de la Doctrina del Derecho Internacional a considerar estos contratos como convenios casi internacionales. Incluso, algunos les asignan la naturaleza de tratados. Este es el caso de White, quien señala que los contratos de concesión o contratos-ley no tienen mayor diferencia con los acuerdos celebrados entre Estados soberanos;[22] o De Barberis, quien los denomina «ratados concertados con sociedades comerciales extranjeras».[23] Este es, también, el caso de Rizzo Romano, quien entiende que «los pactos entre un Estado con individuos o compañías extranjeras, pese a la opinión en contrario de Rousseau, [...] son verdaderos tratados internacionales».[24]

Aunque no hay rastro de ello en el marco constitucional peruano, cabe mencionar que un sector de la Doctrina extranjera entiende que estos convenios casi internacionales no son simples contratos privados ni contratos de Derecho Público sino convenios de una categoría jurídica superior, equivalente a la de un tratado internacional. Según parece, esta es la naturaleza jurídica del contrato-ley celebrado por la empresa Telefónica del Perú con el Estado peruano.

3. Alcances y contenido de los contratos-ley

A propósito de la demanda de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 26285 —Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios de Telefonía Fija Local y Portadores de Larga Distancia—, se ha suscitado la discusión sobre los

---

[22] White, Eduardo y Carlos Correa. «El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados». En *Derecho Económico Internacional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 187 y ss.

[23] Barberis, Julio. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Platense, p. 171.

[24] Rizo Romano, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 57.

alcances admisibles de los contratos-ley en el marco constitucional vigente. Al respecto, el supremo intérprete de la Constitución analiza la interpretación restrictiva que plantean los demandantes en dicha acción que conduce a limitar el ámbito de los contratos-ley únicamente a seguridades jurídicas, tributarias o laborales y que excluye otro tipo de contenidos —como en el caso bajo *litis*— de los contratos de concesión de servicios públicos. Ante ello, dice textualmente la sentencia:

> El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandante. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que «mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades», sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el telos de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.[25]

Y concluye a continuación:

> De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de sus suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.[26]

Un caso a considerarse en materia de contratos-ley en nuestro país está sustentado en el artículo 3[27] de la ley 26285, que ha sido objeto del reciente pronunciamiento de los jueces constitucionales que se comenta. Dicha ley autoriza, expresamente, la celebración de contra-

---

[25] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre del 2003. Fundamento 34.

[26] *Ibid.*

[27] «Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley».

tos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía. Respecto del caso, es necesario destacar que, en términos generales, la habilitación para brindar un servicio público está contenida en un contrato administrativo —al decir de Mareinhoff—[28] sustentado en una licitación pública,[29] que autoriza al concesionario a gestionar el servicio domiciliario por su cuenta y riesgo para recibir una compensación, establecida en una tarifa, en retribución del consumo que hacen de dicho servicio los usuarios. Por ello, Parada[30] prefiere considerarlos como contratos de gestión de servicios, en tanto que Ariño Ortiz hace un interesante deslinde entre el servicio público propiamente y la gestión económica de este.[31]

Sin embargo, en el caso del Perú, en virtud de la norma citada y de la existencia de contratos-ley que ofrecen seguridades y garantías a las inversiones extranjeras, la concesión de telefonía fija ha sido habilitada por medio de un contrato de esta especial naturaleza suscrito con el Estado. Resulta, en consecuencia, necesario detallar qué implicancias trae consigo esta naturaleza especial de la relación entre Estado y concesionario establecida mediante un contrato-ley. La más saltante de ellas es que se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. En otras palabras, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente el contrato, fuera de los términos pactados. En este caso, el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares.

4. Garantías y seguridades a la inversión como sustento de los contratos-ley

En este marco, cabe preguntarse ¿bajo qué circunstancias y con qué propósitos debe el Estado ofrecer garantías especiales y comprometerse a la inmodificación que suponen los contratos-ley? Aunque el texto

---

[28] Mareinhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970 , p. 577.

[29] Véase Dromi, Roberto. *Derecho Telefónico*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

[30] Parada, Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Barcelona: Mariano Pons, 1998, pp. 420-421.

[31] *Cf.* Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, 2001, pp. 501-502.

constitucional es escueto y no hace expresamente referencia a ello, se admite que, en el marco autoritativo de los contratos-ley —que, evidentemente, solo puede estar contenido en una ley del Congreso de la República— ha de declararse de necesidad y utilidad pública el otorgamiento de las garantías y seguridades por medio de dicha modalidad contractual en el marco de la razonabilidad que debe regir a toda decisión de la autoridad estatal en el manejo de la cosa pública.

Sin embargo, el correlato práctico de tal declaración se ubica en la necesidad de atraer inversiones privadas, nacionales o extranjeras a sectores de la economía que así lo requieren. Ello resulta particularmente necesario en el caso de países que, como el Perú, han alcanzado los límites admisibles de endeudamiento externo, hecho que los obliga a modelar métodos atractivos y seguros de inversión directa, sobre todo, en áreas de la economía que requieren de cuantiosos recursos para su modernización y gestión, como los servicios públicos.

Nuevamente, la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre es particularmente ilustrativa al considerar que la aparición de los contratos-ley «[...] y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada».[32] Asimismo, el Tribunal precisa lo siguiente:

> Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en el prestación de actividades de derecho público.[33]

---

[32] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 32, segundo párrafo

[33] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34, tercer párrafo

El mismo Tribunal concluye que

> [...] una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el telos de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad.[34]

5. Blindaje constitucional: la no modificación de los contratos-ley

Sin duda, uno de los riesgos que corre una empresa extranjera que contrata con un Estado y somete dicho contrato al derecho interno de este último es el del cambio unilateral de ese ordenamiento estatal. El Estado podría, efectivamente, intentar alterar los términos del contrato mediante la modificación de su legislación interna. Precisamente, la forma que la empresa tiene para evitar este riesgo es mediante la celebración de los denominados contratos-ley, que, por estar jurídicamente blindados, evitan que el Estado contratante varíe su ordenamiento interno en contra de los intereses del inversionista que contrata; por lo demás, si lo modificase, los efectos de esta nueva regulación no se aplican al contrato-ley preexistente, que debe continuar regido por las normas vigentes en el momento de su firma y por las cláusulas en él acordadas.

Por medio de las denominadas técnicas de estabilización, incorporadas en los contratos de Estado, los inversionistas logran eliminar la inestabilidad de las políticas económicas y la variabilidad de las normas jurídicas, posibilidad que se conoce como riesgo político. Aunque estas técnicas de estabilización varían de una legislación a otra, pueden distinguirse, principalmente, tres tipos.[35] En primer lugar, se en-

---

[34] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34, último párrafo

[35] Chueca Sancho, Ángel. «Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho Internacional Público». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1990, p. 330.

cuentra la técnica de la congelación del derecho interno. En virtud de esta primera técnica, el Estado voluntariamente limita su competencia legislativa y se compromete a la no modificación del ordenamiento jurídico mientras dure el contrato; así, no pueden perjudicarse los intereses de la otra parte. A veces, esta congelación se completa con la promesa del Estado contratante de no nacionalizar ni expropiar a la empresa. Esta técnica implica, por tanto, una clara limitación de la competencia legislativa del Estado contratante y, por ende, de su soberanía, aunque ciertamente se trata de una limitación voluntaria.

Una segunda técnica consiste en incorporar y estabilizar las normas. Como consecuencia de esta técnica, el Estado estabiliza ciertas normas jurídicas que son expresamente señaladas en el contrato-ley; de esta manera, dichas normas no pueden ser modificadas por el Estado. Aquí, entonces, la limitación del Estado para legislar es menor, pues está ceñida a las normas taxativamente referidas en el contrato.

Por último, está la técnica de la *inoponibilidad* de normas modificatorias. A diferencia de las dos técnicas anteriores, en esta, el Estado no se encuentra limitado en su capacidad legislativa. Lo que sucede es que, en caso se dé una ley que, de alguna manera, entre en conflicto con lo dispuesto en un contrato de Estado, dicha ley no le será aplicable y sus efectos no le alcanzarán.

Independientemente de cual sea la técnica estabilizadora que cada Estado asuma en su ordenamiento jurídico interno, el resultado es básicamente el mismo: un contrato-ley no puede ser modificado ni alterado, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que, eventualmente, efectúe el Estado contratante, de manera directa, por medio del órgano representativo que suscribe como parte el contrato o de manera indirecta, mediante cualquier otra institución que pertenezca al Estado o actúe como su agente.

Como ya se dijo, el carácter intangible de los contratos-ley ha sido expresamente consagrado en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, que tiene como antecedente inmediato el artículo 1357 del Código Civil peruano de 1984. A su vez, este artículo tuvo su origen en el artículo 157 de la Ley General de Minería (decreto legislativo 109). Según este, el poder ejecutivo estaba autorizado para asegurar contractualmente un régimen de beneficios a favor del inversionista que, entre otras cosas, incluía estabilidad tributaria, reducción de la tasa del impuesto a la renta, ampliación de la tasa anual de castigos, reevaluación, etc.

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento jurídico interno y, más específicamente, la Constitución Política de 1993, son claros en dos afirmaciones. Por un lado, el Estado peruano posee competencia para brindar especiales garantías a la inversión extranjera mediante este tipo de contratos. Así, el Estado, en virtud del artículo 62, se encuentra constitucionalmente habilitado para consagrar, mediante contratos, tratamientos especiales destinados a atraer al inversionista extranjero. Por otro lado, el artículo 62 trascrito consagra también que estas garantías y tratamientos preferenciales incluidos en el contrato-ley «son inmodificables por el plazo que en ellos se establezcas». Y es que la finalidad de estos contratos —como lo hemos señalado— «consiste en dar garantía a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan».[36]

5.1. Posición de nuestra doctrina civil y constitucional

Sobre esto último, existe clara coincidencia en la doctrina civil y constitucional peruana. Así, entre los civilistas peruanos, no existen dudas sobre esta característica de los contratos-ley. Al respecto, Arias Schreiber señala:

> Una de las más novedosas instituciones del nuevo Código es el llamado contrato-ley o ley-contrato, en virtud del cual y mediante normas preestablecidas, el Estado otorga garantías y seguridades a través de una relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las Partes.
>
> Si bien existieron dudas, en cuanto a la incorporación de este precepto, pues se sostuvo que la materia era de Derecho Administrativo, pesaron en el ánimo del legislador consideraciones de interés para el país, como son las de crear alicientes para la inversión interna y externa. Por lo demás, es válido que una vez dictada la ley que contiene las seguridades y garantías específicas (acto de Derecho Público) la ejecución del contrato que se celebre a mérito de sus normas esté inmersa en el Derecho Privado, sea de cumplimiento forzoso para los otorgantes y no pueda modificarse

[36] Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 294.

> ni extinguirse de un modo unilateral, todo lo cual supone la necesaria intervención de los jueces, si no hay acuerdo entre las partes.[37]

En el mismo sentido, De La Puente y Lavalle se pronuncia:

> Si la personalidad jurídica del Estado es una sola, respecto de lo cual hay unanimidad en la doctrina moderna, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad, desde que no puede partirse en dos ni quitar con una mano lo que legítimamente ha dado con la otra. Es el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual [...] la que determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *ius imperium*, en lo que es materia del contrato. No olvidemos que todo contratante, aun el Estado, por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateral e injustificadamente de la relación jurídica.[38]

Cárdenas Quirós, en trabajo reciente, ha añadido elementos singulares a la exégesis del artículo 62 de la Constitución al opinar a favor de lo que ha llamado una isla normativa singular, que coincide con el concepto de blindaje constitucional que utilizamos en este trabajo y que ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia tantas veces citada que se comenta. Así, este autor precisa que

> [...] si los contratos pueden celebrarse libremente, si bien con sujeción a las normas imperativas y de orden público, es razonable pensar que si tales normas son alteradas, las nuevas normas, en la medida en que tengan también carácter imperativo o de orden público, resulten aplicables a la relación obligatoria en ejecución. Se trataría de un caso de simple aplicación inmediata de la ley.
>
> Es de advertirse que, de modo excepcional, sólo tratándose de los contratos-ley, la suspensión, derogación, modificación o sustitución de las normas legales no operan con efectos plenos. Se crea así una «isla normativa singular», perfectamente identificable.[39]

---

[37] Arias Schreiber Pezet, Max. *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. Contratos: Parte General*. Tomo I. Lima: Studium Ediciones, 1987, p. 105.

[38] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General*. Parte I. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 370.

[39] Cárdenas Quirós, Carlos. «Autonomía privada, contrato y Constitución». En

En lo que toca a la doctrina del Derecho Constitucional, existe también plena conciencia del carácter intangible de estos contratos. Como ejemplo, además del ya citado García Toma, tenemos la opinión de Bernales, quien señala: «Los contratos-ley no pueden ser modificados legislativamente porque en ellos el Estado ha comprometido su voluntad de mantener un tratamiento fijo por el plazo establecido».[40] La misma conclusión fluye del siguiente párrafo de Marcial Rubio cuando nos dice, en relación a los contratos-ley, que «su finalidad consiste en dar garantía a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan».[41]

La expresión «al margen», empleada por Rubio en el párrafo precedente, traduce el carácter inoponible de las leyes dictadas por un Estado contratante a los contratos-ley. En la misma dirección, García Toma señala lo siguiente: «Dichos contratos ley no pueden ser modificados legislativamente; ergo, existe la imposibilidad de que el Estado modifique unilateralmente los convenios de estabilidad jurídica celebrados al amparo de los decretos legislativos 662 y 757».[42]

5.2. Voz de la jurisprudencia ordinaria del Perú

Sin embargo, la coincidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno no se limita al ámbito doctrinario, sino que también se extiende al ámbito jurisprudencial, incluso antes de la vigencia del artículo 1357 del Código Civil peruano de 1984 y del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993. Al respecto, merece citarse el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1982, que se pronunció sobre la fuerza y alcances del contrato-ley en el asunto planteado por la Sociedad Anónima Fábrica Nacional Textil El Amazonas contra la resolución 6225 del Tribunal de Aduanas. En buena cuenta, se pretendía desconocer los beneficios otorgados a favor de la referida empresa en un contrato-ley suscrito por el Estado peruano el 19 de marzo de 1979. La Corte Suprema, basada en el dictamen del fiscal supremo en lo contencioso administrativo, doctor Álvaro Rey de Cas-

---

BULLARD, Alfredo y Gastón Fernández. *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 55

[40] BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS Editores, 1996, p. 318.

[41] RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 294.

[42] GARCÍA TOMA, Víctor. *Op. cit.*, p. 129.

tro López de Romaña, ordenó el cumplimiento del contrato y desestimó la pretensión del Tribunal de Aduanas de desconocer los beneficios pactados. El referido dictamen señaló, específicamente, lo siguiente:

> Este contrato era y es ley entre las partes y su cumplimiento tal y como fue concebido, es ineludible.
>
> Doctrinalmente se trata de la figura jurídica llamada «contrato-ley o ley-contrato», en la que el Estado se encuentra dentro de la esfera de la contratación privada. Estos contratos leyes no pueden modificarse en forma unilateral. Por lo tanto, es a mérito de ese contrato basado en esa ley y en el solemne compromiso que fluye de todo convenio, que la demandante tiene un derecho adquirido que no puede suprimirse ni recortarse.
>
> En virtud del artículo n.º 1328 del Código Civil, dada la respetabilidad de los contratos que son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Este Ministerio Público OPINA: Que se DESAPRUEBE la Resolución N.º 6225 del Tribunal Fiscal Sala de Aduanas de 30 de marzo de 1981; salvo mejor parecer.[43]

Asimismo, cabe hacer mención a los laudos arbitrales expedidos en los procesos de Edelnor S.A.A. contra el Ministerio de Energía y Minas (laudo por unanimidad), Luz del Sur S.A.A. contra el Estado Peruano y Edegel S.A.A., también, contra el Estado Peruano, representado, en ambos casos, por la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras —CONITE— (laudos en mayoría). En ellos, se dispone que el Estado peruano debe respetar y cumplir las obligaciones pactadas con las citadas empresas en los convenios de estabilidad jurídica. Además, se consagra el principio de *inoponibilidad* de la ley posterior a las relaciones regidas por los contratos-ley por los cuales el Estado garantiza, durante diez años, la estabilidad del régimen del impuesto a la renta. Las opiniones discrepantes minoritarias en dos de los mencionados laudos admitieron ese criterio, aunque consideraron a favor del Estado que los efectos de operaciones extraordinarias como fusiones o escisiones de empresas se encontraban fuera del blindaje establecido por el contrato-ley. En la misma línea, el Tri-

[43] Dictamen 056-82-MP-FS-CA.

bunal Fiscal ha emitido, respecto a estos casos, tres resoluciones, con fecha 15 de noviembre de 2002, en las que trata sobre las consecuencias tributarias de los mencionados actos (fusión y escisión) sobre la base del reconocimiento de tales contratos-ley y de la validez de los laudos arbitrales aludidos (resoluciones 06628-1-2002, 06604-5-2002 y 06619-4-2002). Dicha conclusión del Tribunal, sin embargo, no ha impedido que este ordene a la Administración Tributaria el cumplimiento pleno de las funciones que por ley le competen.

5.3. Voz de la jurisprudencia constitucional del Perú

En estos momentos, contamos con una expresión indubitable de la jurisprudencia constitucional peruana, que, en la línea de lo que la Corte Suprema había dejado sentado respecto a los contratos-ley sustentados en el Código Civil, ha interpretado en toda su amplitud el artículo 62 de la Constitución. Mediante su sentencia de 3 de octubre de 2003, el Tribunal Constitucional ha optado por admitir el blindaje constitucional que este brinda y derivar de allí la inmodificabilidad tanto de las cláusulas contractuales cuanto del estatuto jurídico que las sustenta.[44]

En síntesis, el respeto a los contratos-ley y la imposibilidad de que, por acto de una autoridad, puedan estos ser modificados son, además de un imperativo legal y constitucional, una parte de nuestra tradición jurídica, evidenciada en la doctrina y en los fallos de nuestros tribunales nacionales. Independientemente de cual sea la técnica de estabilización que cada Estado asuma en su ordenamiento jurídico interno, el resultado es básicamente el mismo: un contrato-ley no puede ser modificado ni alterado, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que eventualmente efectúe el Estado contratante.

---

[44] En el cuarto párrafo del fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003 se señala: «Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado [...] El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley [...]; únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial».

5.4. Carácter intangible de los contratos-ley en el Derecho Internacional

El carácter intangible de los contratos de Estado o contratos-ley ha sido ampliamente consagrado por la normatividad internacional (costumbre), así como por la Doctrina y jurisprudencia del Derecho Internacional Público. La Doctrina de los publicistas resalta el carácter inmodificable de estos contratos, salvo, por supuesto, que medie acuerdo entre las partes. Es el caso de Chueca Sancho, quien manifiesta que «la intangibilidad [de los contratos de Estado] pretende salvaguardar la integridad del contrato, no permitiendo ninguna modificación unilateral [...] si hay acuerdo de las partes, las modificaciones resultan ser perfectamente admisibles y no unilaterales».[45] En el mismo sentido, se pronuncian Leboulanger,[46] Mayer,[47] Weil[48] y Barberis,[49] entre otros.[50] En el caso de Barberis, este señala: «La segunda característica [de estos contratos-ley] es la obligación que asume el Estado de no modificar su orden jurídico interno de modo tal que afecte los derechos de la sociedad extranjera derivados del convenio suscrito».[51] Esta posición unánime de la Doctrina ha sido también confirmada por la jurisprudencia arbitral internacional, que, en ningún caso y bajo ningún supuesto, ha aceptado la modificación unilateral de los contratos de Estado mediante ley.

Así, en primer lugar, puede citarse la sentencia dictada en el asunto Texaco-Calasiatic por el profesor René-Jean Dupuy. En este caso, las autoridades del Estado libio procedieron a nacionalizar las concesiones petroleras otorgadas a favor de las empresas americanas California Asiatic Oil Company y Texaco Overseas Petroleum Company; no obstante, la posibilidad de nacionalización estaba expresamente prohibida en los contratos-ley de concesión celebrados entre

---

[45] Chueca Sancho, Ángel. *Op. cit.*, p. 330.

[46] Leboulanger, Philippe. *Les contrats entre Etats et entreprise étrangères*. París: Economica, 1985, p. 93.

[47] Mayer, P. «La neutralisation du pouvoir normative de l´etat en matière de contrats d´etat». *Journal du droit international*, n.º 5, 1986, p. 5.

[48] Weil, Prosper. «Les clauses de Stabilisation ou d´intangibilité inserées dans les accords de développment économique». En *Mélanges offertes à Charles Rousseau*. Pédone: La Communauté Internationale, 1974, p. 301.

[49] Barberis, Julio. *Op. cit.*, p. 168.

[50] Olavo Baptista, Luiz. *Dos contratos internacionais. Una visão teórica e práctica*. São Paolo: Saraiva, 1994, p. 123.

[51] Barberis, Julio. *Op. cit.*, p. 172.

1955 y 1971. Precisamente, por esta razón, el árbitro Dupuy, basado en el principio del *pacta sunt servanda*, señaló la ineficacia de estas medidas estatales y precisó que, si en un contrato-ley el Estado renuncia a su derecho de expropiación o nacionalización, este luego no podrá hacerlo.[52]

Otro caso fue el de la Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée contra Grecia. En dicho caso, el Estado griego otorgó una concesión para el suministro de electricidad y servicios de transporte a la empresa referida; para ello, celebró un contrato-ley, cuyo artículo 25 contenía una exención general de impuestos a favor de los concesionarios. Ante el incumplimiento de este artículo por parte del Estado griego, ambas partes sometieron su diferencia a un tribunal arbitral, el mismo que afirmó, en su laudo, que el contrato-ley prevalecía sobre cualquier disposición del derecho griego. En este sentido, el tribunal se declaró competente para declarar la inaplicabilidad de las normas internas griegas que pretendían modificar los términos del contrato y en particular el artículo 25.[53]

También, merece citarse el asunto de la Sapphire International Petroleums Limited contra Irán. En este asunto, Irán celebró un contrato-ley con la sociedad canadiense antes referida, en virtud del cual le otorgaba la concesión para cateo y explotación de petróleo. Tiempo después, y por razones desconocidas, el Estado iraní negó toda colaboración a la concesionaria y buscó trabar su actuación. Incluso, pretendió rescindir unilateralmente el contrato-ley. El caso fue sometido a un tribunal arbitral en el que se afirmó el respeto que deben las partes a los contratos-ley que celebran y la imposibilidad de estos de darle término unilateralmente.[54]

En el asunto Losinger & Cie contra Yugoslavia, un distrito yugoslavo celebró un contrato-ley con la empresa norteamericana American Oriental Construction Syndicate. Mediante este, le encargaba la construcción de ciertas obras ferroviarias en su territorio. Con motivo de una crisis financiera general, Yugoslavia dictó, el 19 de julio de 1934, una ley que entró en vigor tres meses después. Según dicha ley, las acciones contra el Estado no podrían iniciarse ante tribunales arbitrales (no obstante esta cláusula arbitral había sido expresamente pactada en el artículo 16 del contrato) y, pocos días después, resolvió el con-

---

[52] Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 26.

[53] Barberis, Julio. *Op. cit.*, pp. 223-225.

[54] *Ibid.*, p. 221.

trato-ley. Por diversas razones, el caso fue finalmente sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional. En ella, se dejó en claro, en cuanto a la ley del 19 de julio, que Yugoslavia no podía liberarse unilateralmente de una cláusula contractual dictando una ley.[55]

En el asunto Lena Goldfields Limited contra la Unión Soviética, la referida empresa británica suscribió un contrato con el gobierno soviético para una concesión de cateo y explotación minera. Sin embargo, el gobierno soviético adoptó unilateralmente una serie de medidas administrativas y legislativas que perjudicaron las actividades de la empresa. Debido a ello, esta última pidió una indemnización por las perturbaciones ocasionadas. Así, el tribunal arbitral, constituido por ambas partes, admitió la aplicabilidad al caso de los principios generales del Derecho Internacional y, fundándose en el principio de enriquecimiento sin causa, condenó a la Unión Soviética a abonar una indemnización a la empresa británica,[56] al entender que las disposiciones legales adoptadas por este habían violentado el contrato y perjudicado a la empresa.

Uno de los casos más antiguos que se conoce sobre esta materia es el asunto de la Compañía Universal del Canal de Suez, ocurrido a mediados del siglo XIX. La compañía, fundada por Ferdinand de Lesseps, suscribió un contrato de concesión con el entonces virrey de Egipto para la construcción del canal de Suez. Posteriormente, ambas partes, de común acuerdo, dictaron un reglamento que establecía los derechos y obligaciones de Egipto y de la compañía, entre los cuales se encontraba el relativo al trabajo de los indígenas en las obras. Luego de transcurrido un tiempo, Egipto pretendió dejar sin efecto el régimen de trabajo de los indígenas y que la compañía renunciara a ciertos beneficios acordados en el reglamento. Después de arduas negociaciones, el emperador Napoleón III resolvió el caso mediante un laudo arbitral en el que se afirmaba que el reglamento de 1856, que pretendía ser modificado unilateralmente por Egipto, era, en realidad, un contrato-ley entre las partes; por lo tanto, debía ser respetado como tal.[57]

Asimismo, se tiene la sentencia dictada en el asunto de la BP Exploration Company, en el que se señaló que la ley libia de naciona-

---

[55] *Ibid.*, pp. 189-190.

[56] *Ibid.*, p. 182.

[57] LA PRADELLE-POLITIS. *Recueil des Arbitrages Internationaux*. Vol. II. S./e.: s./a., pp. 362 y ss.

lización constituía una clara ruptura del contrato-ley suscrito con la empresa norteamericana, hecho que violaba, claramente, el Derecho Internacional Público.[58] Igualmente, en el asunto Aminoil, el Tribunal Arbitral, presidido por el profesor Paul Reuter, reconoció la intangibilidad de los contratos de Estado y la imposibilidad del Estado nacional de modificarlos mediante ley.[59]

Sin embargo, con esto no concluye la jurisprudencia internacional favorable a la intangibilidad de los contratos de Estado. Otro ejemplo —entre muchos más que podrían citarse— lo constituye la sentencia arbitral dictada en el asunto Agip contra República Popular del Congo[60] o aquella dictada en el asunto Letco contra Liberia.[61] En este último caso, el Tribunal señaló que la intangibilidad es corriente en los contratos de Estado de larga duración, como los contratos de concesión, ya que, con ella, se busca evitar las acciones arbitrarias del gobierno contratante. Asimismo, el tribunal señaló, en este caso, que la intangibilidad de estos contratos debe ser respetada, pues, en caso contrario, el Estado contratante eludiría sus obligaciones contractuales, hecho que implicaría una clara violación del Derecho Internacional.[62]

De todo lo expuesto, puede concluirse que, no solo para nuestro ordenamiento jurídico interno sino, también, para la doctrina del Derecho Internacional Público y la jurisprudencia internacional, los contratos-ley resultan intangibles.

6. Acuerdo entre partes y límites al *ius variandi* del Estado

En el caso particular de los servicios de telefonía, Dromi considera el carácter intangible del contenido de los contratos como una limitación al *ius variandi* que, tradicionalmente, le corresponde al Estado en el ámbito administrativo. Dicho límite, consagrado en un contrato-ley, no es ciertamente absoluto, pues siempre queda la posibilidad de modificación por acuerdo suscrito entre las partes (en este caso, el Estado concedente y la empresa concesionaria) o por cualquier forma

---

[58] Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 26.
[59] *Ibid., loc. cit.*
[60] *Ibid.*, p. 27.
[61] *Ibid, loc. cit.*
[62] *Ibid., loc. cit.*

de modificación, inclusive unilateral, que pueda estar convenida en el contrato.[63] Añade que, en este caso, el de los servicios públicos,[64] encuentra plena coherencia con el origen del concurso público que acompaña a los contratos telefónicos, supuesto que genera un derecho a la no modificación de los contratos de concesión telefónica por voluntad unilateral de quien lo concede. Ello supone, a juicio de este autor argentino, que «las modificaciones que se introduzcan, en la medida en que varíen las condiciones de contratación, en principio, deben surgir de las voluntades acordadas por las partes, en tanto y cuando ello influye y altera la ecuación económico-financiera de la relación contractual».[65]

---

[63] *Cf.* al respecto EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Los contratos de concesión de los servicios públicos y su resolución por razones de interés público». En EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales.* Lima: Ara, 2002, pp. 465-485. Como se señaló en la nota n.° 9, la posibilidad de modificaciones contractuales por acuerdo entre las partes e, incluso, la facultad de tomar decisiones unilaterales al respecto están contenidas en los contratos y han sido previamente utilizadas en relación al servicio de telefonía.

[64] En principio, la referencia a servicios públicos señala una relación con aquellos que se brindan a través de una red única que conecta la prestación a nivel domiciliario. Se les conoce como servicios públicos domiciliarios o servicios en red. *Cf.* FERNEY MORENO, Luis. *Servicios públicos domiciliarios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Evidentemente, el concepto de servicios públicos que se utiliza en este trabajo difiere del usado en el artículo 119 de la Constitución, que señala que la dirección y gestión de estos está confiada al Consejo de Ministros y a cada ministro de Estado en los asuntos que competen a la cartera a su cargo; en este caso, la Constitución se está refiriendo a los servicios que brinda la administración del Estado directa o indirectamente (salud, transporte, seguridad, justicia, etc.). En el Perú, Bacacorzo distingue entre los servicios públicos propios, que son a los que se refiere el artículo 119 citado; y los impropios, puesto que también tienen por finalidad satisfacer las necesidades sociales, pero la administración, en lugar de asumirlo, permite que la iniciativa privada sea titular de él. BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo.* Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 287. Al respecto, cabe citar el comentario del maestro español Ariño Ortiz: «Es éste el trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos, finalmente, definido y configurado el concepto de «servicio público» cambia radicalmente el marco socio-político a aquél que respondía y hay que volver a empezar. Y es que los conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. imperantes en la vida social». ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op. cit.*, p. 559. Finalmente, este último maestro español concluye definiendo el concepto estricto de servicio público como «aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continuada, por organización pública o por delegación, de un servicio indispensable para la vida social». *Ibid.*, p. 503.

[65] DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 334.

Aparte de señalar que una modificación unilateral del contrato de esta naturaleza puede llevar a figuras expropiatorias que justifiquen el reclamo de una indemnización, Dromi añade:

> Por lo demás, la modificación unilateral de los derechos contractuales de las licenciatarias también genera una inseguridad en la futura ejecución de la relación contractual, mutando su naturaleza en una relación aleatoria.
>
> Adviértase que este tipo de contratos también produce efectos respecto de terceros, comenzando por los usuarios, que quedan en la misma situación de inseguridad frente a estas alteraciones que inciden sobre la calidad de los servicios que reciben y el precio que deben pagar por ellos.
>
> Pero éstos no serían los únicos afectados, sino que, en sectores de la economía como el de las telecomunicaciones, que requieren de constantes e ingentes inversiones, las empresas deben conformarse de tal manera que nucleen los capitales necesarios para su desarrollo, por lo que aparecen en escena los inversores y los accionistas.[66]

Sin embargo, las consecuencias de una modificación unilateral pueden llegar tan lejos como este autor lo anticipa: «De ahí que la modificación unilateral por parte del Estado de los contratos de licencia puede afectar especialmente a los que adquirieron en la Bolsa las acciones, que además les vendió el mismo Estado, y que lo hicieron dentro de un marco normativo y contractual previamente establecido. Por lo que una medida de tal naturaleza puede incidir en las cotizaciones bursátiles, de modo que directamente se les afectaría esa propiedad».[67]

7. Alcances de la no modificación y técnicas de *inoponibilidad*

Resulta fundamental determinar cuál es la posición del derecho nacional y, particularmente, de nuestra Constitución en relación con las técnicas de estabilización analizadas en acápites anteriores. Si bien la Constitución de 1993 es clara cuando consagra, en su artículo 62, el principio de intangibilidad de los contratos-ley, no lo es en relación

[66] *Ibid.*, p. 335.
[67] *Ibid.*, p. 336.

con la técnica de estabilización por la cual opta. En otras palabras, si bien la Constitución prescribe que estos contratos no pueden ser unilateralmente modificados por el Estado, no precisa la extensión y alcances de esta prohibición.

En relación con este tema, debemos señalar nuestra opinión contraria a cualquier intento de interpretar que nuestra Constitución asume la técnica de la congelación del derecho interno. Según esta —como ya lo hemos señalado—, el Estado limita su capacidad legislativa y, con ello, su soberanía, supuesto que lo obliga a no modificar su ordenamiento interno mientras tenga vigencia el contrato-ley. Ello supondría imponer al Congreso una obligación de no hacer, de no legislar, que no tiene asidero en nuestro ordenamiento. En primer lugar, no tiene ningún asidero, porque no existe ninguna disposición, constitucional o legal, que expresa o implícitamente lo establezca. Al contrario, la Constitución y la ley postulan que el Congreso y sus miembros no solamente gozan de plena autonomía como corresponde al todo legislativo, sino que precisa que sus miembros no están sujetos a mandato imperativo.[68] La posibilidad de pactar una limitación a la soberanía del Estado como esta tendría que estar expresamente señalada en la Constitución. En segundo lugar, no tiene ninguna justificación, porque nuestra doctrina nacional ha entendido que la técnica de la congelación resulta exagerada y hasta innecesaria para garantizar al inversionista el respeto a las cláusulas por él pactadas con el Estado. Descartada, entonces, esta primera técnica, nuestro ordenamiento jurídico se adscribe, más bien, a la técnica de la inoponibilidad; según ella, resultan inaplicables aquellas leyes dictadas por un Estado destinadas a modificar los términos de un contrato-ley. En este sentido, el Estado peruano es libre de legislar sobre cualquier materia, pero ella resultará inaplicable a los contratos-ley preexistentes en la medida en que sean incompatibles.

En esta situación, una norma legislativa que pretenda modificar un contrato-ley no le será aplicable a este; en consecuencia, se mantendrán inalteradas sus cláusulas en todos sus extremos y alcances. Max Arias Schreiber, encargado de elaborar el libro de contratos del Código Civil peruano de 1984, señala, claramente, que las modificaciones legales que puedan realizarse en un ordenamiento jurídico no alcanzan a los contratos-ley, es decir, no le son oponibles. Textualmente, plantea:

---

[68] Artículo 93 de la Constitución

> El contrato-ley confiere, en suma, seguridad para quien invierte grandes capitales, generalmente en operaciones de alto riesgo, de lenta maduración o larga amortización y su mayor significado está en el hecho de que cualquier incumplimiento debe sujetarse a las normas generales de la contratación civil y no a las administrativas, que no le son aplicables.
>
> [...]
>
> Su fundamento reposa en la estabilidad que confiere al inversionista, pues a éste no le alcanzan los efectos de posteriores modificaciones legales que alteren las seguridades y garantías otorgadas y que varían entre la estabilidad tributaria, la remisión libre de moneda extranjera, la repatriación de capitales, el régimen especial de amortizaciones y castigos, etc., en tanto no se cumpla el plazo previsto en el contrato.[69]

8. Proyección de las responsabilidades asumidas mediante contratos-ley en el ámbito internacional

La pretendida modificación por ley de un contrato-ley no solamente conduciría a la *inoponibilidad* de la que extensamente se ha tratado, sino que daría lugar a la reclamación judicial por parte del inversionista contratante. De haberse pactado una cláusula arbitral, como es cada vez más frecuente y está expresamente permitido por el artículo 62 de la Constitución, se llegaría a un planteamiento de arbitraje nacional[70] o, alternativamente, a la reclamación prevista en los conve-

---

[69] Arias Shreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, p. 105.

[70] En relación con el arbitraje, se admite que, en América Latina, la cultura arbitral viene ganando terrero, especialmente, como resultado de cambios legislativos en la región y los convenios suscritos que sustituyen la doctrina Calvo por la protección a las inversiones. *Cf.* Grigera Naón, Horacio A. *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America.* Documento presentado durante la Primera Conferencia Anual de Arbitraje Internacional en América Latina (Miami, 15-17 de enero de 2003). En particular, respecto al arbitraje internacional en el marco del CIADI y los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones (conocidos por sus siglas en inglés BIT), cabe destacar que, hasta la década de los años ochenta, el volumen de casos litigados era bastante modesto. En el presente, existen más de cien casos que están registrados en el CIADI para ser resueltos, 35% de los cuales incluyen a países latinoamericanos. La mayoría de estos se derivan de los convenios bilaterales de inversión. *Cf.* Vinuesa, Raúl Emilio. *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience.* Documento presentado en la citada primera conferencia anual de arbitraje internacional en América Latina.

nios de protección y promoción de inversiones suscritos por el Perú. Ello, no obstante, dependerá de dos hechos. Por un lado, si los efectos de la ley modificatoria emanada del Congreso se consideran una modificación que afecta únicamente el cumplimiento del contrato,[71] se llegaría al arbitraje en él establecido. Por otro lado, si se llega a considerar que afectan propiamente a la inversión, se aplicaría el Convenio bilateral para reclamar una posible compensación. Esto último se aplicaría sobre la base de la conclusión de Dromi: «el contratista tiene el derecho a que esa prerrogativa no signifique el desconocimiento liso y llano de sus derechos contractuales y que lleguen al grado de desnaturalizar o desfigurar las condiciones pactadas, ya que de ellas derivan derechos subjetivos para el contratista».[72]

Los conflictos que pudieran presentarse entre el Estado y la empresa inversionista que es parte de un contrato-ley, relacionados con su interpretación o ejecución, son derivados a un tribunal arbitral, previo intento de conciliación o solución amistosa.[73] La decisión del árbitro único y tribunal arbitral tiene carácter de cosa juzgada, pues las partes, por lo general, renuncian, expresamente, a interponer un recurso de apelación ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el tema, sea nacional o extranjero.

De acuerdo con el Derecho Internacional, la conducta de un Estado que intenta, mediante su legislación, modificar un contrato-ley, puede calificarse como contraria a dicho ordenamiento, pues se considera que dicho acuerdo, independientemente de las normas internas que rigen el contrato (perspectiva del Derecho Privado), está también regido por los principios generales del Derecho Internacional Público. Esto último es sostenido, por ejemplo, por autores como Regli[74] o Carreau,[75] quienes apoyan la tesis de que el Derecho Internacional es el ordenamiento jurídico base de estos contratos. La misma posición es señalada por Mello[76] y Weil. Este último sostiene que, más allá

---

[71] Para conocer la manera en que las decisiones arbitrales, en el marco del CIADI, han interpretado las violaciones a los contratos como violaciones a las garantías a la inversión *cf.* Vinuesa, Raúl Emilio. *Op. cit.*

[72] Dromi, Roberto. *Op. cit.*, p. 336.

[73] Vitolo, Daniel Roque. *Op. cit.*, p. 65 señala que «para el inversor extranjero resulta más rápido el procedimiento en un tribunal internacional que en uno local».

[74] Regli, J.P. *Contrats d'Etat et arbitraje entre Etats et personnes privées*. Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

[75] Carreau, Dominique. *Droit International*. Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

[76] Mello de Albuquerque, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Tomo II. Río de Janeiro: Renovar, p. 466.

de las disposiciones de Derecho Privado que le sean aplicables, este contrato está basado en el Derecho Internacional y, por ello, «debe ser considerado como un verdadero acto jurídico internacional, constituyendo una categoría específica de estos».[77]

Aún más interesante resulta la posición de la jurisprudencia internacional. Entre sus fallos destaca el laudo arbitral dictado en el asunto Texaco-Calasiatic. En él, se señaló la conexión existente entre los contratos-ley o contratos de Estado y el Derecho Internacional al afirmar lo siguiente:

> El orden jurídico del que depende el carácter obligatorio del contrato [se refiere a un contrato-ley] es el mismo Derecho Internacional [...] la vieja jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha sido superada y en la nueva concepción los tratados no son el único tipo de acuerdos regidos por el Derecho Internacional. Aun cuando no se confunden con los tratados, los contratos entre Estados y particulares pueden, sin embargo, cumpliendo ciertas condiciones, depender de una rama particular y nueva del Derecho Internacional.[78]

Una postura similar parece desprenderse de la opinión individual del juez Gros en la Corte Internacional de Justicia en el asunto Barcelona Traction, cuando advirtió que «la representación de las relaciones entre inversores privados y un Estado como simples relaciones de Derecho interno, tanto respecto al Estado del que procede la inversión como al Estado en el que se realiza, no está de acuerdo con los hechos económicos».[79] Finalmente, en el laudo arbitral dictado en el asunto Revere, se indicó que «los acuerdos de desarrollo económico a largo plazo, aunque no son acuerdos entre gobiernos [...], son básicamente internacionales [...]».[80]

Como se puede apreciar, para la Doctrina y jurisprudencia internacional, los contratos-ley, al ser regulados por el Derecho Internacional, se encuentran protegidos por este ordenamiento. En consecuencia, si por acto unilateral del Estado se alteran sus condiciones y alcances, dicha conducta será contraria al ordenamiento jurídico internacional. Esto último ha sido confirmado por la jurisprudencia in-

---

[77] Weil, Prosper. *Op. cit.* Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 57.
[78] Asunto Texaco-Calasiatic. Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.
[79] C.I.J. *Recueil*, 1970, p. 270.
[80] *International Legal Materials*. 1978. Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

ternacional en el asunto Amco-Asia y otras contra Indonesia, en el que el tribunal arbitral señaló: «Es una regla generalmente admitida de Derecho Internacional, claramente expresada en las decisiones y sentencias internacionales y generalmente aceptada por la doctrina, que un Estado tiene el deber de proteger a los extranjeros y sus inversiones contra los actos ilegales de sus nacionales. Cuando estos actos son cometidos con la asistencia activa de órganos estatales se produce una violación del Derecho Internacional».[81]

9. El sistema regulatorio y su relación con los contratos-ley

En materia de servicios públicos, las limitaciones reconocidas a la modificación del contrato-ley por acto legislativo no implican la renuncia del Estado a tomar en consideración la defensa de los consumidores y usuarios.[82] Ello encuentra espacio en el marco del contrato por medio de las cláusulas 9.08, 9.04 y 9.05, relativas al procedimiento de regulación de tarifas, a la revisión del régimen tarifario y a la regulación máxima fija para servicios de categoría II, respectivamente.

9.1. Privatizaciones y postprivatizaciones

A inicios de la década de los noventa, nuestro país vivió un proceso de privatizaciones, por el cual empresas estatales fueron transferidas al sector privado. Este proceso alcanzó a aquellas empresas encargadas de prestar servicios públicos fundamentales y de carácter domiciliario, esto es, servicios que cubren una necesidad básica de la población mediante conexiones a una red, como luz, gas, agua y alcantarillado, así como telefonía. En consecuencia, estos servicios de interés general, que antes los prestaba el Estado, pasaron a estar a cargo de empresas privadas.[83] Esta tendencia, que se había iniciado

---

[81] *International Legal Material*. 1985. Cit. por Novak, Fabián. *Op. cit.*, p.59.

[82] *Cf.* Cuadro comparativo internacional de tarifas de telefonía local para abonados residenciales. En <www.osiptel.gob.pe>.

[83] *Cf.* la Lección Decimocuarta de Ortiz Ariño sobre «El fenómeno privatizador». Ortíz Ariño, Gaspar. *Op. cit.*, pp. 445-484; Nallar, Daniel. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1999, pp. 31-52; y Pinero, Alicia. «Desregulación en Telefonía». En *Cuadernos de Época. Serie Servicios Públicos*, n.° 1. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, pp. 13-75. Para el caso del Perú, el tema de las

en Europa y, luego, trasladado a Latinoamérica, ya se venía observando en varios países.[84]

Evidentemente, el Derecho debió normar esta nueva realidad.[85] Sin embargo, a la par que se configuró una normativa destinada a enmarcar las privatizaciones, que garantizaba la correcta transferencia de las empresas del Estado al sector privado,[86] también se vio la necesidad de regular el período postprivatizaciones, esto es, la forma en que las empresas privadas concesionarias explotarían los servicios públicos que ahora estaban a su cargo con la finalidad de evitar los posibles abusos y arbitrariedades, y así proteger el interés de los usuarios.

Inmediatamente, se hizo evidente que la nueva realidad de servicios públicos prestados por particulares no podía regularse por las normas de Derecho Privado, diseñadas principalmente para normar relaciones privadas paritarias y, en general, para establecer reglas sobre la base de la simetría entre las partes de la relación contractual. Por el contrario, los servicios caracterizados por una conexión a una red llevan, inherentemente, una relación asimétrica entre el proveedor único, caracterizado como monopolio natural, y los usuarios dispersos. No obstante, al admitirse la privatización de los proveedores de dichos servicios y ponerse en práctica un sistema de *desregulación*, tampoco era concebible que todo ello estuviera regido por normas de Derecho Público. Así, el Derecho Administrativo tradicional ya no se

---

privatizaciones desde el Derecho Administrativo lo tratan Cervantes Anaya y Gustavo Bacacorzo en Cervantes Anaya, Dante. *Manual de Derecho Administrativo.* Chiclayo: Rhodas, 2001, pp.319-327; y Bacacorzo, Gustavo. *Op. cit.*, pp. 447-458.

[84] Resulta interesante mencionar que, durante la década de los años ochenta, la industria telefónica experimentó un gran avance privatizador en el ámbito mundial. Su mejor ejemplo, por los resultados alcanzados, fue el caso de la compañía británica British Telecom. Este avance privatizador, que luego se extendió por muchos países, llegó a Latinoamérica a mediados de la década de los ochenta y se acentuó a inicios de la década de los noventa cuando ya un fenómeno mundial. Más del 80% del mercado mundial de las telecomunicaciones se encuentra *desregulado* o en vías de desregulación, proceso que se viene desarrollando por medio de la privatización de los monopolios estatales y la posterior *desregulación* de los mercados (Beker, Víctor A. *et al. La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación.* Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001, p. 21).

[85] «Mientras los economistas diseñan los modelos de regulación aplicables a un mercado determinado, los juristas tienen la competencia para normativizar esos modelos dentro del Estado de derecho» (Ferney Moreno, Luis. *Servicios públicos domiciliarios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 37).

[86] *Cf.* Rodríguez Chirillo, Eduardo J. *Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 279-322.

encontraba ante entidades estatales ni ante administrados sino ante usuarios. Por ello, al ser insuficientes las normas de Derecho Privado y Público vigentes a efectos de tutelar el interés de los usuarios de dichos servicios públicos, hubo necesidad de diseñar un nuevo sistema legislativo. En el fondo, lo que se hizo fue adaptar a nuestra realidad un sistema que se venía aplicando con éxito en países que, con anterioridad, habían adoptado el modelo de economía social de mercado. Dicho sistema suponía una convergencia entre las normas de Derecho Público y Privado.

9.2. Características del sistema regulatorio

En este sistema, el Estado concede a particulares la prestación de servicios públicos con fines lucrativos, pero, a la vez, establece diversos mecanismos de control, destinados a evitar una explotación abusiva de dichos servicios. De esta forma, se tutela el interés de los usuarios.[87] Esta es la línea trazada por el artículo 6 del decreto legislativo 602 en materia de telecomunicaciones, al establecer que

> [...] el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los defectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente fomenta la participación de los usuarios de los servicios de telecomunicación, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de los servicios.

El sistema regulatorio supone la creación de una normativa especial destinada a regular la forma como serán prestados los servicios públicos, con la principal característica de que se crea una entidad estatal o ente regulador destinado a hacer efectiva dicha normativa. Así, se controlan, directamente, las actividades de las empresas conce-

---

[87] Además, la regulación responde a objetivos económicos. Ferney Moreno considera que el objetivo de la regulación, en el aspecto macroeconómico, es lograr un equilibrio macro, en el que se controlen los niveles de inflación, se propenda por una tasa de cambio estable y a la promoción del comercio exterior. Por su parte, los objetivos en el aspecto microeconómico son la promoción y organización de los mercados, la promoción de la competencia, la distribución de las rentas, la corrección de externalidades, etc. (Ferney Moreno, Luis. *Op. cit.*, pp. 38-39).

sionarias.[88] Lo anterior no implica, sin embargo, la existencia de estipulaciones normativas y contractuales destinadas solo a tutelar los intereses de los usuarios del servicio, toda vez que las empresas concesionarias efectúan una inversión sobre la base de sus expectativas económicas. Por ello, debe garantizárseles un esquema normativo único y estable. Por tanto, un elemento fundamental del sistema regulatorio es la seguridad jurídica que ofrece, debido a que las reglas de juego no serán variadas unilateralmente por el Estado, quien es, también , parte de la relación contractual en el contrato de concesión.

La seguridad jurídica significa, primariamente, protección de la confianza con la que se desenvuelven las operaciones económicas, puesto que «las decisiones acerca de los procesos económicos regularmente no son adoptadas por las autoridades administrativas sino por los particulares».[89] En esa línea, un importante mecanismo para ofrecer seguridad jurídica son —como hemos visto— los contratos-ley y el sistema de reclamación arbitral. Este hecho se debe a que los contratos-ley generan certeza respecto del régimen jurídico en el que la empresa desarrollará sus operaciones, ya que hacen previsible los márgenes de recuperación de la inversión efectuada y la obtención de utilidades.

Otra manifestación del principio de seguridad jurídica está en la solución de las divergencias o conflictos que se susciten en la interpretación de los términos contractuales o de la normativa aplicable. Di-

---

[88] Tal como lo señala Bielsa: «En el control de servicios públicos prestados por concesionarios, el relativo funcionamiento del servicio tiene una gran importancia. La potestad reglamentaria (policía de servicio) tiene por objeto comprobar la eficiencia, la regularidad, continuidad y seguridad de los servicios, lo que debe ser estrictamente observado porque concierne a miles o millones de usuarios» (Bielsa, Rafael. *Significación de la burocracia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965).

[89] Basedow, Jürgen. «La seguridad jurídica en el Derecho Económico europeo». *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 3, n.º 182, 1998, p. 307. La seguridad jurídica actúa como un principio general, orientado a dirigir la interpretación del derecho positivo y a llenar sus lagunas, como lo menciona un importante representante de la doctrina alemana (*ibid.*, p. 299). Adicionalmente, es una norma jurídica, esto es, una regulación con pretensión de validez autónoma. Refiriéndose a este tema, Basedow señala que la Corte Europea, en una decisión de 1975, llegó a afirmar que el principio de seguridad jurídica es una norma de alto rango. Este hecho supone que el principio de seguridad jurídica no solo es un principio general del Derecho, aplicable de manera supletoria en tanto no existan normas específicas que regulen determinado supuesto de hecho, sino que, dicho principio, en realidad, informa el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por lo tanto, constituye una premisa fundamental para la interpretación de este último. Es, en suma, una norma jurídica que debe ser aplicada en todos los casos y no solo de manera subsidiaria (*ibid.*, p. 306).

cha solución es trasladada a entidades o personas preestablecidas, es decir, de antemano quedan fijadas las competencias para el conocimiento de cualquier conflicto que se suscite en ejecución del contrato de concesión. En el sistema regulatorio, en principio, dicha competencia corresponde al ente regulador, dentro de sus facultades; en segundo término, correspondería al Poder Judicial. Sin embargo, en este último caso, se ha preferido fijar mecanismos alternativos de solución de conflictos, principalmente el arbitraje.

9.3. Contratos de concesión de servicios públicos en el marco del Derecho Regulatorio

En el esquema del sistema regulatorio, la prestación del servicio público se hace por sujetos privados o por medio de una concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación otorgada por el Estado, en tanto dichos sujetos reúnan las condiciones exigidas por la legislación pertinente y aseguren la eficiente prestación del servicio.[90] En el caso peruano, la transferencia al sector privado de la prestación de los servicios de telefonía se efectuó vía contratos de concesión en aplicación del artículo 22 del decreto legislativo 702.[91]

Los contratos de concesión son ciertamente complejos y si bien se ha dicho que, en su ejecución entre el Estado y el concesionario, se rigen por el Código Civil, en la relación del concesionario con los usuarios caen en la esfera de lo que se denomina el ámbito regulatorio de la administración. Así, pues, su régimen prevé la existencia de un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular (que es el caso que nos interesa) para satisfacer necesidades públicas y, en particular, proteger los derechos del consumidor o usuario en el marco de lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución. Además, son contratos que están sujetos a un control minucioso por parte de entidades específicas encargadas de la verificación de la correcta ejecución de las cláusulas contractuales y la protección al usuario.

---

[90] Dromi, Roberto. *Op. cit.*, p. 30.

[91] Decreto legislativo 702. Sus artículos declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la promoción de la inversión privada. A continuación se cita el artículo 22:

«Artículo 22°.- Para prestar servicios públicos de difusión se requiere de concesión. Para prestar servicios privados de difusión y de radiodifusión se requiere de autorizaciones, permisos y licencias».

Como consecuencia de la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos domiciliarios o en red, se traba una relación tripartita entre Estado, prestadoras y usuarios, la misma que debe ser resguardada en su equilibrio. Entonces, debe distinguirse entre el marco de la relación bipartita en la noción de servicio público clásica (empresa estatal-cliente) y la nueva evolución en una relación tripartita de servicios públicos (empresa concesionaria, Estado concedente y regulador, y consumidor o usuario).[92]

Si bien inicialmente el usuario no es parte del contrato de concesión, ingresa a esta relación contractual cuando celebra el contrato de prestación de servicio público con la empresa concesionaria del servicio que se va a prestar o, automáticamente, si existió un contrato previo celebrado con la empresa estatal que prestó el servicio antes de la privatización. Como lo precisa Dromi,[93] en esta relación se entrelazan derechos y deberes que vienen establecidos en forma imperativa a partir del pliego de bases y condiciones que rigió la privatización; los contratos celebrados en su consecuencia; y el marco regulatorio legal, general y específico que rige la prestación.

Por consiguiente, si bien debe entenderse que el contrato de servicio público telefónico entre el usuario y la empresa concesionaria es de derecho privado, en tanto es una relación entre dos sujetos privados, se trata de un contrato sumamente regulado en el que la autonomía de la voluntad se reduce al mínimo al existir una minuciosa reglamentación legal de su contenido. Precisamente, la regulación establece, de un lado, el marco de prestaciones cauteladas por el ente regulador y, del otro, los mecanismos de defensa del consumidor o usuario que se desprenden del artículo 65 de la Constitución. Ello tiene por finalidad compensar —a favor de quien recibe el servicio de manera dispersa— la relación asimétrica que se presenta entre el único proveedor del servicio (la empresa concesionaria) y los miles de personas que lo reciben por medio de conexiones domiciliarias.[94] Por ello, este contrato se celebra sobre la base de cláusulas generales de contrata-

---

[92] Dromi, Roberto. *Op. cit.*, p. 32. Asimismo, este autor considera que, para el tercero (usuario), carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del servicio público telefónico, ya que su estatus garantizado debe permanecer —en lo sustancial— en una situación no inferior a la originaria, garantizada por el Derecho Público en general y el Derecho Administrativo en particular.

[93] *Ibid.*, pp. 32-33.

[94] Khan, Alfred. *The Economics of Regulation, Principles and Institutions.* Cambridge: The MIT Press, 1995.

ción aprobadas administrativamente o mediante contratos de adhesión, con lo que el marco de negociación es mínimo o nulo.

Según el artículo 1390 del Código Civil, el contrato es por adhesión «cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar». En opinión del jurista Manuel de la Puente y Lavalle, son dos los elementos típicos del contrato por adhesión: «El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Por otro lado, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral».[95]

10. Los entes reguladores de los servicios públicos

El control de la prestación de los servicios públicos, antes de su transferencia al sector privado, se efectuaba al interior de la misma empresa estatal; de esta forma, se dejaba un margen de actuación a los órganos de la administración central, a efectos del ejercicio del poder de policía correspondiente. Sin embargo, este diseño no produjo resultados positivos, pues no impidió que se produjeran importantes desequilibrios financieros, además de abusos y arbitrariedades. Adicionalmente, la tendencia a subvencionar las tarifas de los servicios domiciliarios descapitalizó a las empresas prestadoras en manos del Estado. Estas, en esa condición, se veían impedidas de llevar a cabo las grandes inversiones que exigen tanto el acceso universal a los servicios como la actualización tecnológica para ofrecerlos con calidad y precio accesible.

Con la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos, se buscó atraer inversión,[96] eliminar deficiencias y poner en

---

[95] De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 652-653. Este mismo autor señala que el contrato por adhesión no se caracteriza porque la voluntad del aceptador se pliegue a la del oferente, pues ello ocurre en todo contrato.

[96] Resulta interesante señalar que, según es de verse en <http://www.adepsep.com/web/beneficios_inversion_privada_introduccion.asp>, el crecimiento acumulado en la economía peruana entre 1991 y 1998, ascendió a 45%. De esto, 23,4 puntos fueron

práctica adecuados mecanismos de regulación y control. Asimismo, se hizo indispensable evitar que las empresas concesionarias de los servicios públicos incurran en los mismos abusos y arbitrariedades del pasado, en desmedro de los intereses de la comunidad. Por ello, simultáneamente a la privatización de la gestión de los servicios públicos, y junto con los marcos regulatorios, aparecen entes autónomos creados por el Estado para aplicar las regulaciones y controlar, así, las operaciones de las empresas concesionarias en defensa de los derechos de los usuarios. A estos se les denomina entes reguladores.

Como lo precisa Neyra, con prescindencia de la denominación de ente regulador,[97] la función que cumplen estos organismos es el control público del servicio con arreglo a las normas legales aplicables que instrumenten las políticas del gobierno nacional. Asimismo, deben asegurar la continuidad y regularidad de los servicios y garantizar la existencia de un mercado competitivo en la prestación de los mismos en tanto no se hallen sujetos a regímenes de exclusividad mediante la fiscalización permanente.[98] Cassagne añade que son una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o *licenciatarias* de los servicios y los usuarios.[99]

---

explicados por la inversión privada, gran parte de la cual estuvo vinculada al proceso de privatización de empresas estatales. Asimismo, entre 1994 y 1998, la mayor parte del crecimiento del PBI se explica por la inversión privada.

Para una evaluación de los efectos de la privatización —que el presente trabajo de carácter puramente jurídico, por cierto, no se propone— *cf.* OSIPTEL. «La Regulación de las Telecomunicaciones Peruanas» y «El Papel de la regulación en el Desarrollo de las Telecomunicaciones» En *El libro blanco de OSIPTEL* (<www.osiptel.gob.pe>); TORERO, Máximo y Alberto PASCO FONT. «El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú». *Cuadernos de Trabajo*, n.° 35, 2000; y GALLARDO, José. «Privatización de los monopolios naturales en el Perú: economía, política, análisis institucional y desempeño». *Documento de Trabajo*, n.° 188, 2000. Una visión opuesta y crítica del proceso de privatización se encuentra en COMISIÓN INVESTIGADORA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS COMETIDOS ENTRE 1990 -2001. Javier Diez Canseco Cisneros (comp.). *Balance de la Inversión Privada y Privatización 1990-2001. Objetivos/Resultados.* Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002.

[97] BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica.* Tomo I. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2001, pp. 214-237.

[98] *Cf.* NEYRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 28.

[99] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Tomo I. Buenos Aires: Lexis – Nexis - Abeledo-Perrot, 2002, p. 370.

En el caso de los servicios públicos en el Perú, la ley 27332 precisa las funciones que corresponden a los entes reguladores dentro de su ámbito de competencia.[100] A continuación, se explicará en qué consiste cada una de dichas funciones.

a) Función supervisora. Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas. Asimismo, contiene la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.
b) Función reguladora. Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
c) Función normativa. Comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos y normas que regulen los procedimientos a su cargo; otras normas de carácter general; y mandatos o normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones, y derechos de las entidades o de sus usuarios. Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas normas derivadas de los contratos de concesión que se encuentran bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, los entes reguladores aprueban su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos legales.
d) Función fiscalizadora y sancionadora. Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

---

[100] No debe perderse de vista que las potestades de los entes administrativos derivan, necesariamente, del ordenamiento jurídico que las delimita y acota, por el que la actuación de dichos organismos no debe escapar de dicho marco regulatorio. No obstante, en doctrina se admite que, por excepción fundada en la concurrencia de graves circunstancias de necesidad y de urgencia, proceda la llamada auto atribución de potestades, hecho que resulta lógico si se tiene en cuenta la situación de sujeción que genera la propia potestad aun antes de ser ejercida por el ente regulador (CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 376).

e) Función de solución de controversias. Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, y entre estas y sus usuarios. Asimismo, contiene la facultad de resolver los conflictos suscitados entre ellos mismos mediante el reconocimiento o la desestimación de los derechos invocados.

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. En estos casos, los organismos reguladores cuentan, además, con un tribunal de solución de competencias como última instancia administrativa, cuyas resoluciones tienen carácter vinculante (artículo 9 de la ley 27332).

Las funciones que se acaban de enumerar delinean el papel que juegan los entes reguladores dentro del sistema regulatorio peruano ya explicado.[101] Así, se evidencia que dichos entes autónomos constituyen el elemento fundamental del sistema regulatorio, pues son ellos los que deben garantizar la vigencia de este último. En otras palabras, su función es adoptar las medidas pertinentes (normativas, fiscalizadoras, correctivas, etc.) dirigidas a eliminar todo aquello que distorsione o atente contra el sistema, para que, así, se resguarde la seguridad jurídica de las operaciones y los intereses de los usuarios de los servicios. Son, entonces, los entes reguladores quienes, en ejercicio de sus facultades, deben velar por la libre competencia en la prestación de los servicios; regular el mercado de forma que se asegure su nor-

[101] Es interesante traer a colación la posición del administrativista argentino Agustín Gordillo sobre el papel de los entes reguladores. Señala que ,como muchas cosas en el campo del Derecho, hay diversos criterios y orientaciones: desde quienes piensan que la función de los entes reguladores es tutelar los derechos e intereses del usuario como manda el artículo 42 de la Constitución argentina —entre los que se encuentra, junto con Guillermo Andrés Muños, Gordillo— hasta quienes afirman, más bien, el compromiso que poseen los entes reguladores con un deber de armonización, equilibrio y recomposición de intereses en juego (entre los que cita a Cassagne). En todo caso, deberían procurar evitar el abuso del *incumbente* o de quien ocupa una posición dominante en la prestación del servicio (mencionando a Mairal). Véase Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VII-18. Estas últimas consideraciones parecerían las más cercanas al sistema peruano de regulación a la luz de la ley marco citada y de la denominación de los reguladores como organismos supervisores de la inversión privada en algunos de ellos. Esto no excluye, a nuestro juicio, su papel primigenio en defensa del interés y los derechos de los usuarios al amparo del artículo 65 de la Constitución.

mal desenvolvimiento; evitar prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado; y, principalmente, resguardar los intereses de los usuarios en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de los servicios.

Tal es el grado de importancia que tienen los entes reguladores en el marco del sistema regulatorio vigente en el Perú que, en el proyecto de la nueva Constitución, a dichos organismos se les otorga rango constitucional y se les reconoce, además, su autonomía.[102] En otras palabras, se les considera un pilar fundamental de la organización política del Estado, garantía del estado de derecho y, fundamentalmente, del régimen económico.[103]

11. Solución de reclamaciones de usuarios

Como ya se señaló, una manifestación principal de la seguridad jurídica que ofrece el sistema regulatorio es la predeterminación de los mecanismos destinados a la solución de los conflictos que pudieran darse entre la empresa concesionaria, el Estado y el consumidor o usuario. Por consiguiente, cualquier divergencia en la aplicación o interpretación de las cláusulas contractuales o de la normativa que

---

[102] Con relación a los servicios de telecomunicaciones, la autonomía del ente regulador está garantizada por el artículo 10 del decreto supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL):

«Artículo 10.- Principio de Autonomía

El OSIPTEL no se encuentra sujeto en su actuación funcional a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado. Su accionar se sujetará estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados».

[103] Proyecto de Constitución Política del Estado:

«Artículo 108.- La ley califica las actividades esenciales para satisfacer las necesidades de interés colectivo que constituyen servicios públicos.

La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado.

Los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público son personas jurídicas de derecho público, con autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Son funciones de estos organismos supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios y la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y de cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y el Estado.

Artículo 109.- Cada organismo regulador de los servicios públicos es gobernado por un Consejo Directivo integrado por cinco (05) miembros. El Poder Ejecutivo los designa. El Senado ratifica al Presidente del Consejo Directivo».

regula la prestación de un servicio público debe ser dilucidada por la autoridad competente ya fijada.

A estos efectos, el ente regulador es el encargado de solucionar los conflictos que se den entre los usuarios y la empresa concesionaria, y los que se den entre dos o más empresas concesionarias. Asimismo, se debe contar con un tribunal de solución de competencias como última instancia administrativa. Frente a las resoluciones de este tribunal, cabe interponer una acción contencioso-administrativa, por la que se puede recurrir a la tutela jurisdiccional del poder judicial.

En cuanto a los conflictos que pudieran presentarse entre el Estado y la empresa concesionaria relacionados con la interpretación o ejecución de los contratos de concesión celebrados y de la normativa aplicable, dichas controversias son derivadas a un tribunal arbitral, previo intento de conciliación o solución amistosa. En el caso específico de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, el arbitraje es conocido por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Lima. La decisión de esta entidad tiene carácter de cosa juzgada, pues las partes han renunciado expresamente a interponer un recurso de apelación ante cualquier tribunal que tuviere jurisdicción sobre el tema, sea nacional o extranjero.

Complementariamente, es necesario advertir que la inversión por medio de la que se realizan las concesiones o privatizaciones suele estar calificada como inversión extranjera protegida por convenios bilaterales o multilaterales, hecho que, generalmente conduce, en caso de ser afectada, a otro ámbito de litigación internacional de carácter arbitral. En este caso, el Estado peruano constituye parte responsable que puede ser obligada a asumir compensaciones reparativas e indemnizaciones por daños causados.

12. Sistema regulatorio *garantista*

De todo lo expuesto en relación con el sistema regulatorio, esto es, del análisis de sus características y de sus diversos componentes, se puede concluir que dicho sistema es cerrado y *garantista*. Es cerrado, porque cuenta con todos los mecanismos necesarios para resolver cualquier conflicto o controversia derivado de la ejecución de la interpretación o ejecución de las cláusulas contractuales y de la normativa sobre servicios públicos. En ese sentido, no se requiere de la injerencia de entes extraños al sistema. Asimismo, es *garantista*, por-

que los elementos que forman parte del sistema regulatorio (contratos de concesión, contratos ley, entes reguladores y mecanismos de solución de conflictos) están diseñados para garantizar el pleno respeto de los intereses de los usuarios de los servicios públicos, así como la seguridad jurídica indispensable para el desarrollo de sus operaciones por parte de las empresas concesionarias, sin requerirse de algún elemento adicional para garantizar dichas finalidades.[104]

En relación con el carácter cerrado del sistema regulatorio, se advierte cómo el ente regulador, además de ser el encargado de efectuar la regulación y el control de la prestación de los servicios públicos, resuelve las controversias que se dan entre las empresas concesionarias o frente a los usuarios. Del mismo modo, ha quedado establecido que, en el caso de un conflicto entre el propio Estado y las empresas concesionarias, el mecanismo preestablecido para la solución de la controversia es el arbitraje. Asimismo, al ser inapelable la decisión del tribunal arbitral, esta goza de la autoridad de cosa juzgada.

Respecto al carácter *garantista* del sistema regulatorio, se advierte cómo los diversos componentes del sistema están revestidos de características específicas que garantizan la mejor tutela de los intereses involucrados en la prestación de servicios públicos. Así, por un lado, los contratos de concesión están revestidos con el blindaje jurídico de los contratos-ley, característica que otorga plena seguridad jurídica a las empresas concesionarias, pues sus inversiones se hacen con certeza de la regulación aplicable al resultar esta inmodificable. Se elimina así uno de los principales factores de riesgo a los que se haya expuesta toda inversión económica. De otra parte, el contenido de los contratos de prestación de servicio público que celebra la empresa concesionaria con el usuario es objeto de una regulación minuciosa, hecho que tiene por finalidad garantizar la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del servicio.

---

[104] En este sentido, hay que diferenciar la protección y defensa del consumidor, como sistema garantista y cerrado, de la protección al administrado que opera en la relación del ciudadano frente al Estado, que ha tomado la última decisión administrativa y permite que ella sea cuestionada ante el órgano jurisdiccional. En este caso, nace el procedimiento contencioso administrativo normado en el Perú mediante ley 27584. *Cf.* Sarmiento García, Jorge *et al. Protección del administrado.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, pp. 13-79; y Urritigoity, Javier. «¿Hacia dónde va (o debiera ir el proceso administrativo ras la reforma constitucional?» En Sarmiento García, Jorge *et al. Op. cit.*, pp. 81-110.

Finalmente, es el ente regulador el que cumple el papel principal a efectos de garantizar la tutela de los intereses de los usuarios y la seguridad jurídica requerida por las empresas prestadoras de servicios públicos. Para ello, cuenta con facultades suficientes para efectuar su labor de regulación y control —tal como ya se ha explicado—.

13. Protección constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios

El artículo 65 de la Constitución eleva a rango constitucional la protección y defensa de los derechos de los consumidores. En ese sentido, el referido dispositivo constitucional dispone que «el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

Pues bien, un primer aspecto a tener en cuenta es que la tutela constitucional de los consumidores no se agota en el texto del indicado artículo 65 de la Constitución, pues el desarrollo de este dispositivo constitucional se da en el decreto legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Quiere decir, entonces, que los derechos fundamentales de los consumidores alcanzan tutela constitucional, no obstante estar explicitados en la referida Ley de Protección al Consumidor. Para efectos del presente informe nos interesa detenernos en el análisis de dos de dichos derechos: el principio pro consumidor y el derecho del consumidor a la protección de sus intereses económicos.

14. Principio pro consumidor

Una de las principales garantías de los derechos de los consumidores lo constituye el denominado principio pro consumidor. En el fondo, este principio es una derivación del ya citado artículo 65 de la Constitución, pero, a su vez, tiene una regulación específica en el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor. Esta última norma señala que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en la Constitución Política del Perú y debe ser interpretado en el sentido más favorable al consu-

midor.[105] La doctrina se ha encargado de interpretar los alcances de este dispositivo y ha señalado, de forma casi unánime, que el principio pro consumidor tiene tres manifestaciones. Primero, la creación de una norma jurídica deberá hacerse procurándose garantizar el mayor beneficio para los consumidores y usuarios. Segundo, las cláusulas de los contratos de consumo y la normatividad vigente deben ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor y usuarios. Finalmente, ante un vacío legal, la integración normativa debe hacerse en el sentido que más favorezca al consumidor y usuario.[106]

14.1. Protección a los intereses económicos de los consumidores y usuarios

Además de las prerrogativas que se derivan del principio pro consumidor, el consumidor o usuario goza del derecho a la protección de sus intereses económicos. Este derecho tiene un contenido amplio, pero, fundamentalmente, supone el trato equitativo y justo en toda transacción comercial. Asimismo, importa la protección del usuario o consumidor contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios. De esta forma, lo establece literalmente el artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor. Igualmente, los consumidores y usuarios no pueden ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

Pues bien, tal como se puede desprender del dispositivo antes citado, la protección de los intereses económicos de los usuarios comprende la exigencia de calidad y eficiencia de los productos y servicios; la existencia de organismos administrativos y judiciales que

---

[105] Decreto legislativo 716.- Ley de Protección al Consumidor

«Artículo 2°.- La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor».

[106] El artículo 1401 del Código Civil establece que «las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra parte».

apliquen, sin demora, una verdadera justicia contractual; y los mecanismos de compensación idónea en casos de reparación de daños. En este sentido, la tutela de los legítimos intereses económicos y sociales exige que, cuando el consumidor o usuario adquiere un producto o servicio, lo haga en condiciones equitativas. Para ello, se exige que se preserve la ecuación económica entre las prestaciones de las partes. En otras palabras, no puede haber desproporciones injustas e injustificadas respecto a las obligaciones de los usuarios.

14.2. Posición del Tribunal Constitucional del Perú

Por lo demás, la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en relación con el régimen regulatorio de los servicios públicos, en especial el de la telefonía, se enmarca dentro de los conceptos vertidos. En su sentencia del 3 de octubre de 2003, los magistrados comienzan por advertir que, por tratarse de un proceso de inconstitucionalidad en el que actúan como jueces de la ley, no se debería permitir tratar asuntos de hecho como el régimen tarifario u otros aspectos relacionados con servicios que caen en el ámbito del ente regulador. No obstante, el Tribunal indirectamente lo hace al remitirse al marco regulatorio y sustentar que es, en el seno de este, que dichos asuntos deben resolverse.

Asimismo, el Tribunal Constitucional es lo suficientemente explícito al concluir, coincidiendo con la posición expresada en el proceso por la Defensoría del Pueblo, que

> [...] ahora bien, a pesar de que dicho control corresponde por mandato legal a los órganos reguladores, es evidente que hay una percepción de que éstos no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores. Evidentemente, no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional disponer de las medidas necesarias y adecuadas para revertir una situación como la descrita. Se trata, por el contrario, de una competencia del Poder Ejecutivo —a cuya esfera pertenecen ambos órganos—, y aun al Poder Legislativo, los que a través de la ley, y dentro de los términos de esta sentencia, pueden y deben dictar la legislación que permita una efectiva actuación de tales órganos administrativos. En este contexto, el Tribunal Constitucional, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas que permitan que entidades como OSIPTEL o INDECOPI, puedan funcionar y actuar adecuadamente

en pro de la defensa de derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.[107]

Concluye, reiterando el deber de protección del Estado, en los siguientes términos:

> En esa orientación, no está demás recordar que de la proclamación de los derechos fundamentales, como sistema material de valores del ordenamiento constitucional peruano, se deriva, entre otras muchas consecuencias, un «deber especial de protección» de dichos derechos por parte del Estado (Expedientes N.os 0964-2002-AA/TC y 0976-2001-AA/TC). No sólo en el ámbito legislativo, dentro de los límites que la Constitución impone y de los que aquí se ha dado cuenta, sino también en el plano de la actuación de los órganos administrativos.[108]

15. Conclusiones

1) Los contratos-ley celebrados por el Estado peruano e inversionistas particulares, nacionales o extranjeros, no son contratos de Derecho Público ni simples contratos privados. Por el contrario, son contratos especiales por su reconocimiento en la norma fundamental y que se caracterizan porque se benefician con un blindaje constitucional de conformidad con el artículo 62 de la Carta. Su interpretación tiene reglas expresas y normas que admiten solución de controversias por vías especiales como alternativas a los tribunales nacionales en los que se ejecutan.
2) Los contratos-ley no pueden ser modificados ni alterados, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que eventualmente efectúe el Estado contratante. Esta característica no solo es un imperativo legal y constitucional, sino que es un principio que forma parte de nuestra tradición jurídica, evidenciada en la doctrina nacional y en los fallos de nuestros tribunales, a la que ha contribuido, significativamente, la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003.

---

[107] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 41, último párrafo

[108] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 43, último párrafo

3) El carácter intangible de los contratos-ley ha sido también afirmado por la doctrina del Derecho Internacional Público, así como por una abundante jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial.
4) Las inversiones que se llevan a cabo en el marco de los contratos-ley suelen estar, a su vez, protegidas por convenios bilaterales de promoción y protección de las inversiones que garantizan —a elección del inversionista— recurrir a instancias arbitrales internacionales para resolver controversias derivadas del tratamiento a las inversiones.
5) En el campo de los servicios públicos, se admite que los contratos de concesión suponen —por virtud de su no modificación— una limitación al *ius variandi* del Estado, hecho que genera, a favor del contratista, un derecho a la intangibilidad de las cláusulas contractuales, salvo acuerdo entre las partes, en el marco de la ejecución del contrato y el respeto a la autonomía de la voluntad.
6) El blindaje constitucional —admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de octubre de 2003— que supone la inmodificación tanto de lo pactado en un contrato-ley cuanto del sustento legal sobre el cual se erige el contrato no supone inamovilidad absoluta de las posiciones de las partes en relación con la ejecución de las obligaciones contractuales. No supone, en consecuencia, la cancelación de la posibilidad de modificar los contratos-ley por acuerdo entre la partes ni excluye iniciativas unilaterales en su ejecución. Efectivamente, si bien el Estado en ejercicio del *ius imperium* limita sus atribuciones para imponer el *ius variandi* en materia de servicios públicos, puede, en cumplimiento de las cláusulas contractuales y en respeto del principio de autonomía de la voluntad, llegar a convenir modificaciones expresas —como efectivamente se ha producido en la ejecución del contrato-ley de concesión de los servicios de telefonía—.
7) Basados en la Doctrina del Derecho Civil y Constitucional peruano, nuestro ordenamiento jurídico interno asume la técnica de la *inoponibilidad* en materia de contratos-ley. En consecuencia, no resultarán aplicables a este las eventuales modificaciones legislativas decretadas unilateralmente por el Estado contratante. Estas modificaciones solo tendrán efecto a futuro y fuera del ámbito de aplicación del contrato-ley preexistente.

8) El derecho peruano ha incorporado, en su ordenamiento, un sistema que regula la prestación de servicios públicos, en virtud del cual el Estado concede a particulares la gestión para la prestación de servicios públicos con fines lucrativos. Sin embargo, en este contexto, establece, a la vez, diversos mecanismos de control, destinados a evitar una explotación abusiva de dichos servicios; así, se tutela el interés de los usuarios. Este sistema regulatorio de carácter trilateral debe ser fortalecido en beneficio del servicio público y de los usuarios.

9) El sistema regulatorio supone la creación de una normativa especial destinada a establecer la forma como serán gestionados los servicios públicos para su prestación a la población. Esta normativa presenta, como principal característica, que se cree una entidad estatal o ente regulador destinado a hacer efectiva dicha normativa y la aplicación del marco regulatorio. De esta manera, se supervisan y se controlan, directamente, las actividades de las empresas concesionarias.

10) El sistema regulatorio es cerrado, porque cuenta con los mecanismos necesarios para resolver cualquier conflicto o controversia derivado de la ejecución, interpretación o ejecución de las cláusulas contractuales y de la normativa sobre servicios públicos que, por lo demás, cae bajo el ámbito de la supervisión y defensa de la Defensoría del Pueblo al amparo del artículo 162 de la Constitución. No es recomendable la injerencia de entes extraños al sistema sino, por el contrario, su fortalecimiento. Esto último le permite funcionar en interés del servicio y de los usuarios, y evita el fenómeno de la captura del regulador.

11) El sistema regulatorio concebido en el marco de las privatizaciones y desarrollado en el periodo postprivatizaciones es definido por la Doctrina como un sistema autosuficiente, caracterizado por sus funciones de supervisión, imposición de sanciones y resolución de reclamaciones mediante una intervención casi jurisdiccional. Dentro de este ámbito, debe exigirse a los entes reguladores que cumplan con su función de velar por el interés del consumidor y del usuario. Para ello, deben servirse del marco complementario de protección de derechos que compete a la Defensoría del Pueblo. Las garantías de estabilidad convenidas en los contratos-ley en ningún modo pueden interpretarse como limitativas de la facultad regulativa del OSIPTEL, del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía

(OSINERG) y de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para el presente caso; por lo tanto, el apoyo y la fiscalización del Congreso en defensa del usuario debe orientar sus valiosos esfuerzos a exigir al regulador el cumplimiento de sus funciones y la estricta aplicación del principio pro consumidor.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
Teléf. 424-8104 / 332-3229 Fax: 424-1582
Junio 2004 Lima - Perú

Colaboradores del Tomo I

Javier de Belaunde López de Romaña
Domingo García Belaunde
Mario Pasco Cosmópolis
Martín Belaunde Moreyra
Alfredo Bullard González
Graciela Fernández Baca de Valdez
Róger Guerra-García Cueva
Armando Zolezzi Möller
Raúl Vargas Vega
Verónica Ferrero Díaz
Francisco Avendaño Arana
Gonzalo Figueroa Yáñez
Andrés Cuneo Macchiavelo
Rogelio Pérez Perdomo
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
César Luna-Victoria León
Shoschana Zusman Tinman
Aníbal Quiroga León
Beatriz Boza Dibos
José Daniel Amado Vargas
José Hurtado Pozo
Valentín Paniagua Corazao
Francisco José Eguiguren Praeli
Baldo Kresalja Rosselló
Jorge Santistevan de Noriega

Para entender los homenajes, no solo hay que valorar su espontaneidad, sino el medio por el que se reconocen los méritos de una persona. A veces hacemos ceremonias, otras entregamos recuerdos o platos recordatorios, dedicamos una obra o le ponemos un nombre a una calle. En este caso hemos escogido un libro.

La elección de la modalidad del homenaje refleja lo que piensan del homenajeado quienes le rinden tributo. Resulta difícil escoger un mejor medio que un libro en el caso de Jorge Avendaño. Un libro recoge y perpetúa a la persona a la que se reconoce. Pero, también, tiene vida propia y se incorpora a la vida de los hombres de una manera dinámica. Un libro recorrerá las aulas en las que Jorge Avendaño enseña; estará en las bibliotecas de los estudios de abogados que litigaron del mismo lado o contra él; será citado en dictámenes de leyes en el Congreso que conoció de su trabajo y de su aporte a la actividad pública; estará en la mesa de noche de sus hijos o amigos, incluso de los que no son abogados; será citado en debates académicos análogos a los que Jorge sostuvo por años. En síntesis, vivirá en los lugares en los que vive Jorge Avendaño, en los lugares que ama y en los que él siempre estará presente.

Un libro es a su vez una forma de convertir las ideas en conceptos tangibles. Permite hacer concreto lo abstracto, algo que Jorge Avendaño hace muy bien. Para quien se ha caracterizado por su capacidad de participar en el mundo de las ideas, no hay mejor homenaje que recopilar ideas y pensamientos en los que, de alguna forma u otra, participó o inspiró.

El Comité Editor

ISBN 9972-42-646-7