

jurídica

Año 2, miércoles 31 de agosto de 2005 / Número 61

"Sólo hay derecho objetivo donde una fuerza se imponga y se haga obedecer; otra cosa es el problema de la justicia o injusticia del ordenamiento jurídico."

Francesco Messineo

Especial de *Justicia Viva*: La selección de magistrados

Los avatares del último (y desierto) proceso de selección de magistrados supremos

Págs. 3 y 4

Sara Esteban Delgado / Cruz Silva del Carpio

Concurso en marcha para selección de vocales y fiscales supremos

Pág. 5

Equipo profesional de *Justicia Viva*

Las reformas pendientes en el CNM

Págs. 6 y 7

Alfredo Villavicencio Ríos

"La descentralización latinoamericana es fragmentada"

Pág. 8

• ENTREVISTA A ALFREDO CALONGE

El proceso penal, su reserva y el derecho de defensa

Pág. 10

• LUIS SUÁREZ VARGAS

Niveles de gobierno y asuntos competenciales

Pág. 11

• MARTÍN D'AZEVEDO GARCÍA



Nulidad e impugnación en la Ley General de Sociedades

Gonzalo Zabarburu



Especial: El problema de la selección de magistrados

• Elaborado por el Consorcio *Justicia Viva*

MARIO SOLÍS CÓRDOVA
Editor



EDITORIAL

¿Quiénes imparten justicia?

EN más de una oportunidad, esta columna se ha ocupado, con especial interés, del tema de la función jurisdiccional en nuestro país y, particularmente, del ya conocido estado crítico de quienes la ejercen: los magistrados. Por eso, consideramos nuestro deber dedicar nuestras páginas a tan importante asunto.

Ser magistrado en el Perú resulta una experiencia sin duda particular. Las diferencias culturales, los abismos sociales y los problemas económicos y logísticos convierten al ejercicio de la magistratura en un oficio de múltiples inconvenientes. Es evidente que nuestros jueces sufren de las carencias que la administración de justicia de un país del Tercer Mundo puede mostrar, que no sólo radican en los aspectos remunerativos o en ciertos anacronismos del derecho positivo, sino también en la intromisión política como la mostrada en la década pasada. En la otra vereda, los ciudadanos –sujetos pasivos del ejercicio jurisdiccional– suelen enfrentarse a una muralla burocrática lenta y parsimoniosa, cargada con la impronta de la corrupción, ante la cual colisionan sus pretensiones.

Por esta razón, *Jurídica* dedica esta edición al delicado tema de la selección de magistrados del Poder Judicial, ofreciendo sus páginas a las opiniones de una de las instituciones más prestigiosas en esta materia: el Consorcio Justicia Viva, que cuenta con el apoyo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En las siguientes páginas se analizan los problemas planteados por los recientes procesos de selección de magistrados, haciendo especial hincapié en las deficiencias de los mecanismos de evaluación, la reforma del Consejo Nacional de la Magistratura, las recomendaciones del Ceriajus, la profesionalidad de nuestros magistrados, etcétera.

Confiamos en que estas críticas sean recibidas con interés por la comunidad jurídica nacional, a fin de contribuir a un debate longevo, cuyo objeto principal radica en la consecución de una sólida administración de justicia que aporte al desarrollo general de nuestro país ■

Es evidente que nuestros jueces sufren de las carencias que la administración de justicia de un país del Tercer Mundo puede mostrar.”

BiblioIuris

DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO
REVISTA INTERNACIONAL

Legis: Bogotá,
N° 11, abril - junio de 2005

Se encuentra a la venta la edición número 11 de la Revista de Derecho Penal Contemporáneo, notable publicación de carácter científico-técnico orientada a la divulgación de estudios, ponencias, ensayos en materia penal tratados con destacado rigor conceptual y metodológico.

Este ejemplar dedica sus páginas a temas puntuales del derecho penal, tales como: "Una visión en perspectiva de la tensión entre derecho natural y derecho positivo" por Alejandro Apon-te, "Castigo, control social y nueva modernidad" por David Garland, "La investigación en los sistemas acusatorios reformados" por Luis María Chichizola. Por su parte Jaime Enrique Granados Peña escribe sobre la "Prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia", Jaime Canestrari diserta sobre "La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo"; y, "La protección del futuro y los daños acumulativos" es analizada por Refael Alcácer Guirao.

Mayores informes para adquirir esta publicación al teléfono 712-2424



ForoIuris

CONFERENCIA

"Interoceánica con Brasil: Implicancias para el Perú"

El Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica y la Coordinación del Área Andina de la Red Latinoamericana de Política Comercial (LATN) presentan la conferencia magistral Interoceánica con Brasil: Implicancias para el Perú. El desarrollo de la conferencia estará a cargo del Dr. Guillermo Vega Alvear, asesor de la Alta Dirección de la Corporación Andina de Fomento (CAF). El evento está dirigido a funcionarios del sector público, gremios y asociaciones del sector privado, representantes del sector académico, así como a toda persona interesada en el tema.

El evento se realizará el Jueves 1 de setiembre, a las 6:30 p.m., en la Facultad de Ciencias Sociales, campus PUCP. El ingreso es libre previa inscripción al email: mecomejo@pucp.edu.pe



Director: Gerardo Barraza Soto
Subdirector: Hernán Zegarra Obando
Editor: Mario Solís Córdova
Editor Gráfico: Mariano Vásquez Reyes

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores.
Sugerencias y comentarios: msolis@editoraperu.com.pe

El último concurso para elegir a magistrados, el 002-2004-CNM, buscaba nombrar 3 vocales y 2 fiscales supremos. No obstante la necesidad de contar con magistrados titulares en la máxima instancia del Poder Judicial y el Ministerio Público, el concurso, el cuarto en su tipo, fue declarado desierto. ¿La razón? Todos los postulantes desaprobaron el examen de conocimientos y, el único que pasó a la etapa de entrevista personal gracias al puntaje obtenido en su currículo, presentó cuestionamientos que le valieron su no nombramiento. Ante tal resultado, se emprendió una investigación para entender un poco más a fondo las razones del bajo rendimiento de los postulantes en el examen escrito, así como para saber quiénes eran los que se habían animado a aspirar a una plaza suprema, a partir de un análisis de los currículos presentados.

LA PRUEBA DE CONOCIMIENTOS

¿El bajo rendimiento en el examen escrito se debió a la dificultad del mismo? Del análisis de las pruebas de conocimientos, resulta que el examen rendido por los postulantes a vocales supremos fue sencillo: i) versó sobre temas generales del Derecho (90 %), es decir, que no se necesitaba tener un conocimiento especializado para responder correctamente; ii) la mayoría de las preguntas fueron de conocimiento o de concepto (70%); es decir, que para salir airoso de ellas era necesario conocer definiciones (sin exigirse mayor análisis) o estar informados sobre líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (TC) en materias de conocimiento público; y iii) las preguntas fueron en un 91%, claras; en otras palabras, muy difícilmente la opción correcta era diferente a la que luego el CNM indicó en el solucionario del examen. Esta situación se repite con algunas variantes en el examen para los postulantes a fiscales supremos.

Otro posible argumento, que justifique el bajo rendimiento conseguido por los postulantes, es que la prueba psicotécnica que conforma el 40% de la nota final del examen escrito fue inadecuada (la prueba de conocimientos tiene un peso del 60%). Lamentablemente el CNM no ha hecho público el contenido de dicha prueba; sin embargo, de las desarrolladas por postulantes a otros niveles de la magistratura y que sí fueron publicadas en la página Web del CNM, se advierte su bajo nivel de exigencia (incluso también se refieren a conocimientos básicos como el uso de los términos jurídicos más comunes). Asimismo, del resultado final se deduce con certeza que la nota obtenida por casi todos los postulantes en esta evaluación es mucho mayor a la obtenida en el examen de conocimientos.

Entonces, con una prueba de conocimientos sencilla, y mejores notas alcanzadas en la prueba psicotécnica, parece ser que la nota del examen escrito que obtuvieron los postulantes se debe a su baja formación jurídica; lo que nos hace concluir que simplemente no responden al tipo de funcionario que exige el examen, que por cierto sólo evalúa los conocimientos mínimos.

Sin embargo, este bajo nivel mostrado por los postulantes no se condice con las altas calificaciones que obtuvieron muchos de ellos en la evaluación de su currículo, que es precisamente lo que les permite aumentar su puntaje final, y llegar eventualmente hasta la entrevista personal, última etapa del concurso. Habida



ILUSTRACIÓN: TITO PIQUE

Los avatares del último (y desierto) proceso de selección de magistrados supremos

SARA ESTEBAN DELGADO

CRUZ SILVA DEL CARPIO

Consortio Justicia Viva

cuenta que la valoración en el currículo es fundamentalmente cuantitativa, ésta no parece garantizar la calidad de los postulantes.

EL ANÁLISIS DE LOS CURRÍCULOS

¿Pero quiénes fueron los que se presentaron al concurso? ¿De dónde provenían? ¿Qué grados académicos tenían? Del análisis hecho a los currículos, se puede saber del grupo de abogados que optan por acceder a la máxima instancia del Poder Judicial y el Ministerio Público:

Fueron en su mayoría varones.

Un porcentaje representativo llevó estudios de post grado (el 74% tenía estudios completos de maes-

tría y el 46%, de doctorado), pero se reduce si nos referimos sólo a quienes han obtenido el título (32% y 21%, respectivamente). La universidad en que la mayor cantidad de postulantes ha llevado maestría es la Universidad San Martín de Porres.

De los 50 postulantes que llegaron a rendir el examen escrito, 30 declararon haber publicado libros.

El 53% de los postulantes tenían ya alguna experiencia laboral en instituciones cercanas al sistema de justicia.

Además, 41 de los 50 postulantes que rindieron el examen escrito (82%) ya tenían una experiencia anterior en concursos a magistrados supremos titulares y en los que no habían sido seleccionados.

TIPOS DE PREGUNTAS EN EL EXAMEN PARA VOCALES SUPREMOS 002-2004-CNM

Por la forma de plantear la pregunta		Nº	%
Caso		18	30
Conocimiento	Principios	6	10
	Jurisprudencia	8	13.33
	Otros (teoría, disposiciones legales)	28	46.66
Total		60	100%

Por su claridad	Nº	%
Clara	55	91.67
Ambigua	5	8.33
Total	60	100

Por su carácter general o específico	Nº	%
De conocimiento general	54	90
De conocimiento específico	6	10
Total	60	100

Además de estos méritos, que por cierto son debiles por el resultado obtenido en el examen escrito, es necesario indicar que algunos de los postulantes mostraron cuestionamientos en relación a las obras que declararon y sobre su trayectoria. Sobre lo primero, según la búsqueda bibliográfica realizada de ciertos postulantes escogidos al azar, resultó que de tres, sólo se hallaron algunos libros (y no todos los declarados), mientras que de otros 3, ninguno. Es más, 10 de los 22 investigados incumplían de una forma u otra con la Ley del Depósito legal vigente en ese entonces (al mes de agosto del 2004). Una situación que asombra sobremedera al tratarse de personas que persiguen un lugar en el nivel máximo de nuestra judicatura.

Sobre lo segundo, algunos de los postulantes que mostraron cuestionamientos graves en su carrera profesional: procesados por tráfico de menores (según una denuncia publicada por el diario El Comercio); abogados de líderes de organizaciones de narcotráfico; postulantes que declaran como de su autoría trabajos de otro autor, entre otros.

Como podemos ver, lo sucedido en el Concurso 002-2004-CNM para magistrados supremos distó mucho de lo que se necesitaba: postulantes con recono-

TIPOS DE PREGUNTAS EN EL EXAMEN PARA FISCALES SUPREMOS 002-2004-CNM

Por la forma de plantear la pregunta		Nº	%
Caso		21	35
Conocimiento	Principios	4	6.66
	Jurisprudencia	7	11.66
	Otros (teoría, disposiciones legales)	28	46.66
Total		60	100%

Por su claridad	Nº	%
Clara	56	93.33
Ambigua	4	6.66
Total	60	100

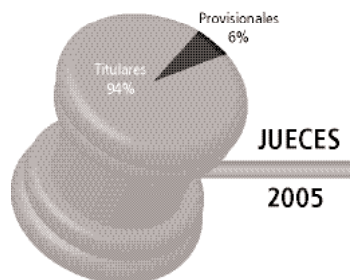
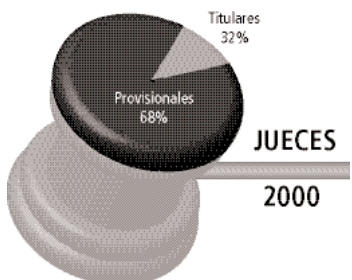
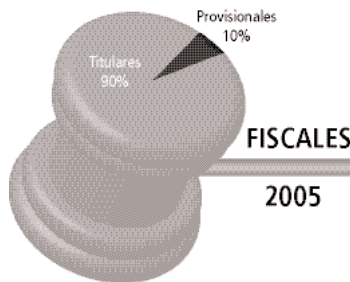
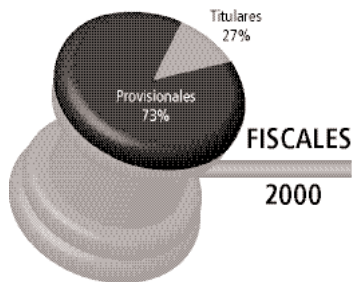
Por su carácter general o específico	Nº	%
De conocimiento general	46	76.66
De conocimiento específico	14	23.34
Total	60	100

cida trayectoria académica y moral, que respondan con criterio a una evaluación que haga ver su potencial. En lugar de ello, asistimos a una convocatoria donde el grupo de quienes se animaron a postular, no rindieron con éxito un examen a todas luces sencillo, con cuestionamientos en los méritos que indicaban

sus currículos y con graves cuestionamientos en su haber. Por tanto, es necesario y urgente que el CNM reforme el régimen de selección y nombramiento de magistrados supremos, pues sólo así podrá asegurarse la calidad de los nombrados, como la participación de mejores postulantes ■

"Provisionales versus titulares"

OCTUBRE DE 2000 A JULIO DE 2005
SEGÚN EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA



Lo ocurrido con la provisionalidad de magistrados, nos permite recurrir al clásico de "hay dos noticias, una buena y una mala". La buena: en 4 años, hemos pasado de una mayoría de jueces y fiscales provisionales, a una de titulares. La mala: el nombramiento masivo de titulares se ha hecho: **1)** sin un sistema de selección adecuado, **2)** sin transparencia y **3)** por personas, en muchos casos, con criterios cuestionables.

En la medida que vayamos viendo la actuación de los nuevos magistrados podremos saber si hemos pasado a tener mejores, peores o iguales jueces y fiscales. ¿Qué hacer? Nombrar bien a los que faltan, y diseñar un buen sistema de evaluación permanente y de control disciplinario para los ya nombrados.

Ernesto de la Jara, Director General del Consorcio Justicia Viva

COMISIÓN INTEAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, junio 2000
Jueces "provisionales"

14 (...) En virtud de que el 80% de los jueces en el Perú son provisionales, esto es, que no gozan de la garantía de estabilidad y pueden ser removidos sin causa, aunado a las demás acciones limitativas adoptadas por el Gobierno y el Poder Legislativo, el Poder Judicial ha visto limitada severamente su independencia y autonomía. (...)

Cabe destacar que la Comisión Interamericana ha recibido reiteradas denuncias sobre el nombramiento de determinados jueces en cargos superiores, debido a sus conexiones políticas antes que a sus méritos para ocupar esos cargos. (...)

15 Los jueces "provisionales" están previstos en la Constitución peruana con carácter de excepción y sólo para llenar vacantes, pero esta excepción se ha convertido en regla ■

SIN lugar a dudas, la Corte Suprema juega un papel verdaderamente relevante en la conducción y calidad del servicio de justicia. Y ello, entre otras cosas, porque resuelve definitivamente las materias más importantes, sienta jurisprudencia vinculante, tiene trascendentales facultades de gobierno del Poder Judicial y su ejemplo marca pautas en la conducta de todos los integrantes y en la imagen de este poder del Estado.

Estamos, pues, ante un paradigma de la judicatura que está obligado a sostener sus bases en las elevadas cualidades de sus integrantes. Tiene que tratarse de personas éticamente irreprochables, que cumplen sus funciones con eficiencia, equilibrio y sabiduría, cuya independencia no cede un ápice ante ningún poder y cuya conducta, en general, no tiene mancha alguna.

Con estas convicciones debemos volver a la realidad. En septiembre de 2004 terminó declarándose desierto el cuarto concurso para vocales y fiscales supremos, convocado por el CNM. En esta ocasión, como en otras anteriores, más de la mitad de los postulantes ya había participado en algún proceso de selección anterior.

Nueve meses después, el 6 de junio pasado, el CNM convoca el quinto concurso con la misma finalidad, nombrar las plazas vacantes en nuestros máximos órganos del Poder Judicial y el Ministerio Público. ¿Qué hechos justificaban esta trascendental decisión? ¿Qué cambio se había producido que conducía a creer que en esta ocasión los postulantes que se presentaran aprobarían las evaluaciones?

Pasando revista al periodo aludido, sólo encontramos dos hechos vinculados con el tema:

- el 26 de abril de 2005, el CNM envió al Congreso un proyecto de ley de reforma de su Ley Orgánica, modificando el sistema de evaluación de magistrados supremos pues lo considera inadecuado para evaluar a quienes postulen a tales cargos; y,

- el 3 de junio de 2005 se aprobó el nuevo Reglamento de Concurso de Selección y Nomenclario de Jueces y Fiscales, que, al respecto, modificaba los pesos en los componentes de la evaluación para supremos, en los siguientes términos:

Calificación curricular: se incrementó de 3 a 4

Examen escrito: se mantuvo en 2

Entrevista personal: se redujo de 3 a 2

Tras cerrarse el período de postulación en el actual concurso, tenemos que hay 20 candidatos para las cuatro vacantes de vocales supremos y tres candidatos para las dos de fiscales supremos. Si vemos quienes postulan, tenemos que en el primer caso, hay 15 candidatos (75%) que participaron en el concurso anterior. En tanto que para el Ministerio Público, los tres postulantes (100%) ya lo fueron en convocatoria anterior declarada desierta.

Asimismo, si tenemos en cuenta que hay cuatro vacantes para vocales supremos y contrastamos este hecho con los resultados del examen que se declaró vacante y a la luz de los nuevos pesos, veremos que el primero de los postulantes habría aprobado y los otros tres quedarían a menos de 1 punto de los 65 necesarios para aprobar (ver cuadro adjunto). Ello debido a que las notas de currículo superan largamente la nota aprobatoria (van de 76.90 a 87.80), en tanto que las

¿Por qué dejar sin efecto concurso en marcha para selección de vocales y fiscales supremos?



ILUSTRACIÓN TITO PIQUE

Equipo profesional del Consorcio Justicia Viva

del examen están muy por debajo de la misma (van de 23.46 a 38.96).

Con lo que queda claro que el haber modificado los pesos para que el currículo valga el doble que el examen, se favorece al tipo de aspirante que ha desaprobadado en postulaciones anteriores.

Como era de esperarse, muchas veces se han pronunciado en contra y a favor de la convocatoria en trámite. Al respecto, lo más saltante ha sido la posición crítica formulada en el seno mismo del CNM por los tres representantes de los colegios profesionales. El doctor Aníbal Torres informó que conjuntamente con los doctores Max Cárdenas y Efraín Anaya habían presentado una moción para que se suspenda el concurso aludido.

Se ha abierto, pues, un compás de espera respecto del resultado de tal discusión. Además de ello, la mínima diferencia entre ambas posiciones (un voto) genera un grave entrapamiento que debe resolverse buscando

una solución de consenso que no puede ser otra que eliminar el objeto de disputa y generar las condiciones para atraer la postulación de reconocidos juristas.

En tal dirección, resulta imprescindible que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República se avoque a la discusión del proyecto de ley presentado por el CNM, en abril pasado, dirigido a modificar la evaluación escrita de los postulantes a magistrados supremos, sustituyendo el inconducente examen objetivo de respuestas múltiples por la sustentación de una ponencia a fin de medir la capacidad de los postulantes para resolver controversias complejas o el conocimiento de la realidad judicial de nuestro país. De esta forma, se levantarían las observaciones de los consejeros que defienden la continuidad del concurso, sosteniendo que la lentitud del trabajo en el Congreso llevaría a que dentro de un año o más se tenga que celebrar el concurso bajo las inadecuadas reglas actuales ■

POSTULANTES A VOCALES SUPREMOS

ORDEN	APELLIDOS Y NOMBRES	EX	CV	POND 2-3	POND 2-4
1	BLOSSIERS HÚME, Juan José	23.46	87.80	62.07	66.35
2	FALCONI PICARDO, Marco Tulio	38.96	76.90	61.73	64.25
3	CHANDUVI CORNEJO, Víctor Hugo	29.79	82.00	61.11	64.60
4	PRADO SILDARRIAGA, Víctor Roberto	32.5	80.00	61.00	64.17

ES incontrastable la percepción de cualquier litigante respecto a que el servicio de justicia mejoraría sustantivamente si como regla general los jueces fueran incorruptibles, independientes y manejaran de manera aceptable el ordenamiento jurídico.

Ello tiene una unánime consideración entre los especialistas: el factor humano adquiere un rol clave cuando lo que está en juego es el patrimonio, los vínculos familiares, la libertad, es decir, la vida misma de las personas. Por eso, todos hemos escuchado y compartido expresiones como las de que un buen juez imparte justicia aun con malas leyes y un mal juez no lo hará ni con las mejores leyes posibles, o, más metafóricamente, que más vale un centímetro de juez que diez metros de leyes.

De allí que el tema del ingreso (selección) a la judicatura y de la permanencia (evaluación) de los magistrados se encuentra en el área medular de la administración de justicia. No son, por supuesto, los únicos problemas, pero si se dejan de lado no habrá forma de mejorar el sistema de justicia. O, dicho de otro modo, la justicia no puede progresar de manera sensible si descuidamos el componente humano, y puede hacerlo más o menos rápida y económicamente si centramos los esfuerzos en su atención.

SIN NOVEDADES, AUNQUE CASI TODOS SEAN TITULARES

En este contexto, cuando Fujimori nos dejó un 80 por ciento de jueces provisionales, además de lamentarnos por las penosas consecuencias de tal situación que todos advertimos en los vladivideos, algunos vimos una extraordinaria ventana de oportunidades, en la medida en que si se emprendía una enjundiosa labor de selección, poco a poco se iría redefiniendo el servicio de justicia a partir de su protagonista principal: el juez. A esto lo llamamos en su momento la reestructuración silenciosa.

Para ello, nuestra Constitución había creado el CNM, acabando con el histórico sistema de nombramiento político de los jueces, y generando las condiciones institucionales para que se construya un modelo basado en los méritos y capacidades de los postulantes. Por tanto, guardábamos una razonable expectativa de cambio de la judicatura a partir de la redefinición del factor humano; sin embargo, culminado casi totalmente el proceso de selección y nombramiento de jueces titulares (los provisionales sólo son el 6.4%), vemos que el cambio esperado no es sentido ni defendido por nadie, en la medida en que, más allá del dato cuantitativo de haber nombrado jueces en casi todas las plazas ocupadas por suplentes y provisionales, las propias autoridades del CNM así lo expresan.

En tal sentido, el actual presidente de este órgano constitucional, doctor Daniel Caballero, reconoció que "si ya la titularidad alcanza tales niveles, sin embargo, no se percibe un cambio significativo en su tarea de impartir justicia" (*El Comercio*, 9 de mayo de 2005), y el actual presidente de la Comisión de Selección y Nombramiento del CNM, doctor Ricardo La Hoz, afirmaba que "en realidad, la labor que realizan jueces y fiscales no satisface las exigencias mínimas de la población" (*El Comercio*, 21 de



ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Profesor de Derecho en la PUCP.
Miembro del Consorcio Justicia Viva

agosto de 2005). Es cierto que en ambos casos, tras tales expresiones, venía una explicación de los males endémicos de la justicia, pero también lo es que sigue pendiente en gran medida la asignatura de la idoneidad profesional de la judicatura.

Después de un lustro de funcionamiento del CNM y con los ojos puestos en la situación descrita, corresponde, pues, formular algunos ajustes imprescindibles para fortalecer la labor cardinal de este órgano constitucional. Habida cuenta de que se acaba de renovar la totalidad de consejeros provenientes de la sociedad civil, veamos primero los cambios en la esfera funcional del CNM para luego proponer las modificaciones concernientes a la composición del mismo.

CAMBIOS EN LAS FUNCIONES DEL CNM

El CNM tiene constitucionalmente como funciones seleccionar y nombrar magistrados, ratificarlos cada siete años y aplicar la sanción de destitución a los vocales y fiscales supremos, y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, a los magistrados de las demás instancias.

En el campo de la selección y nombramiento de magistrados, la tarea mayor ya se ha desarrollado, aunque queda pendiente el tema central de las vacantes de nivel supremo. De allí que resulte vital impulsar el propio proyecto de ley presentado por el CNM para sustituir la evaluación escrita de carácter objetivo por la elaboración de una ponencia que puede ser un proyecto de sentencia en un caso complejo o la formulación de una propuesta respecto de un problema concreto del sistema de justicia. A lo

ILUSTRACIÓN: TITO PIQUE



que debería agregarse que la ponencia debe elaborarse en el acto del examen.

Asimismo, resulta imprescindible modificar el Reglamento de Selección y Nombramiento vigente, con el fin de que la evaluación curricular (que debería incluir criterios que evalúen también la calidad y no sólo la cantidad de los méritos) y el examen escrito no se promedien para determinar si se supera o no la nota mínima, sino que cada uno debe ser salvado con nota aprobatoria. Así evitarse-

ÁMBITOS DE LA EVALUACIÓN PERIÓDICA DEL DESEMPEÑO DE LOS JUECES PROPUESTA DE LEY DE CARRERA JUDICIAL DEL CONSORCIO JUSTICIA VIVA

Los aspectos del desempeño de los jueces que serán evaluados:

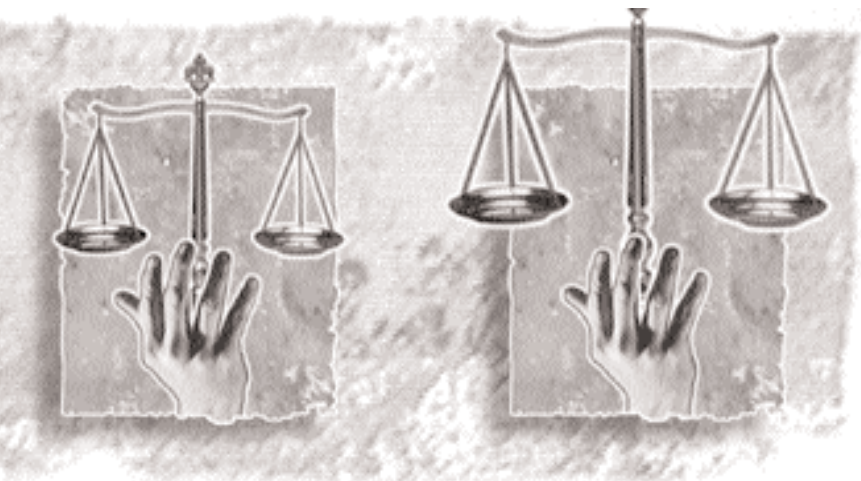
- (i) calidad de sus resoluciones,
- (ii) calidad en la gestión o dirección del proceso,
- (iii) organización de las labores en su despacho,
- (iv) eficiencia y rendimiento,
- (v) capacitación, y
- (vi) publicaciones.

Escala de rendimiento luego de la evaluación:

- (i) excelente,
- (ii) bueno,
- (iii) deficiente (que por ello requiere de la implementación de urgentes medidas correctivas), e
- (iiii) insuficiente (que establece un nivel inaceptable de rendimiento).

ESTA EN EL FUTURO:

Formas en el CNM



mos que pasen a la entrevista personal e incluso puedan ser nombrados quienes no obtuvieron ni la mitad del puntaje aprobatorio en el examen escrito pero tienen un buen currículo.

Del mismo modo, hay que establecer en tal norma que una vez conformado el cuadro de méritos tras las tres etapas de la evaluación, el nombramiento de los jueces debe realizarse con apego total a tales resultados, ya que si no estaríamos desnaturalizando totalmente el modelo de mérito y capacidad, al dejar en la discrecionalidad pura (convertida en arbitrariedad al no requerir de fundamentación alguna) de los consejeros tal nombramiento, puesto

que bastaría con que tres de ellos voten en contra por cualquier razón para que, por ejemplo, quien obtuvo el primer puesto en el cuadro de méritos no sea nombrado. Y eso es inaceptable en un estado de derecho, dado que la proscripción de la arbitrariedad es uno de sus principios.

En el campo de función ratificatoria creemos que se encuentra actualmente el eje de las nuevas regulaciones, ya que, de un lado, hay que modificar la Constitución para sustituir íntegramente esta función por la de evaluación periódica, y, paralelamente, hay que comenzar a caminar por esa senda, aprobando la Ley de Carrera Judicial, de manera que se pueda sustituir

el componente subjetivo de las actuales ratificaciones por los resultados de una evaluación objetiva y razonable que permita conocer quiénes cumplen su función adecuadamente (y deben ser promovidos), quiénes tienen algunas deficiencias (y deben ser apoyados y reforzados) y quiénes lo hacen de manera insatisfactoria (y deben ser removidos).

Afortunadamente, al respecto la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus) aprobó unánimemente unas muy detalladas Bases para la Regulación de la Carrera Judicial (elaboradas por el Consorcio Justicia Viva), que luego han dado lugar a tres proyectos de ley que se encuentran listos para su discusión en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. Si en la actualidad es impensable que el más pequeño cuerpo social pueda sobrevivir sin una evaluación de su personal, ello se vuelve un imperativo absoluto e impostergable cuando se trata del ejercicio de la función jurisdiccional. Así, además, salvaremos las deficiencias del proceso de selección, llevando a que los mejores esfuerzos de la Academia de la Magistratura se dirijan a consolidar la formación de los magistrados actuales.

Por último, hay que darle un trato sistemático al tema del control disciplinario, por lo que ratificamos la necesidad de que la Ley de Carrera Judicial se encargue de este tema extrayéndolo del ámbito interno y llevándolo a formar parte integralmente de las funciones del CNM.

LOS CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN DEL CNM

Con los resultados de la labor del CNM en el lustro pasado y teniendo a la vista los problemas suscitados en la elección de los nuevos consejeros representantes de la sociedad civil, consideramos que hay que emprender una reforma constitucional en este campo con las siguientes consideraciones.

Es necesario que el sistema actual que privilegia únicamente el componente cuantitativo (número de votos de los postulantes) sea sustituido por otro en el que primen los elementos cualitativos. En tal sentido, hay que apoyar la propuesta de reforma constitucional de la Ceriajus, que establecía que los representantes de las universidades sean profesores principales de las facultades de Derecho y sean elegidos con el voto de las facultades que tengan al menos 30 años de antigüedad a la fecha de la elección. De esta manera, se salvaría, entre otras cosas, el problema actual de que los representantes de las universidades no son siquiera abogados y ha llevado a que por los próximos cinco años, cuatro de los siete consejeros no tengan formación jurídica reconocida (y tienen que seleccionar nada menos que a seis magistrados supremos).

Asimismo, en el caso de los representantes de los Colegios Profesionales, habría que redefinir los pesos, de manera que uno sea del Colegio de Abogados de Lima, otro del resto de colegios de Abogados y el tercero de los demás colegios profesionales. Pero, a su vez, es necesario exigir que todos los postulantes sean profesionales de reconocida trayectoria y que acrediten una especial versación en el sistema de justicia ■

Concluyendo

Como se ha visto, la tarea es ardua y compleja, por lo que exige de una concertación de voluntades a todo nivel. Un primer gran esfuerzo en este sentido se llevó a cabo a lo largo de los seis meses que duraron las labores de la Ceriajus, en la que estuvieron representados todos los actores. Queda, entonces, la labor de desarrollo legal de muchas iniciativas, comenzando por la Ley de Carrera Judicial, por lo que el Congreso tiene una responsabilidad histórica que asumir. Pero, también, cada integrante del sistema de justicia debe llevar a cabo las medidas que le competen exclusivamente. Veamos si por una vez dejamos de lado la maldición de la historia de nunca empezar y construimos la justicia que nuestra sociedad reclama y merece.

El doctor Antonio Calonge participará como uno de los expositores internacionales en el próximo seminario *Hacia la Reforma de la Administración Pública: La Descentralización del Estado Peruano* que se llevará a cabo en el auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP, los días 16 y 17 de setiembre del presente año. Para mayores informaciones contactarse con el siguiente correo: idd_ong@terra.com.pe.

LA descentralización es un proceso sobre el que existe un consenso general en nuestro país, pues se ha convertido en una irreversible política de Estado incluida en el Acuerdo Nacional. No obstante ello, este proceso tiene diversas aristas que aún faltan definir y algunas divergencias por salvar, sobre todo en el campo de los conflictos de competencia con el gobierno central. Por esta razón, *Jurídica* converso con Antonio Calonge, destacado profesor de la Universidad de Valladolid y toda una autoridad en el tema.

¿Cómo ve el avance del tema de la descentralización, sobre todo en su aspecto jurídico, en los países de América Latina?

– El proceso de descentralización que se está desarrollando en los países latinoamericanos lo sigo, de manera fragmentaria, pero con interés y esperanza. Debe reconocerse, no obstante, que su implantación es muy desigual y, desde este punto de vista, es difícil hablar de un proceso de descentralización latinoamericano, pues, mientras algunos países han optado por establecer y aplicar una política general de descentralización en su gobierno, otros no llevan a cabo más que una mera descentralización administrativa o, incluso, otros, por mucho que se proclamen hasta federal no dejan sino de hacer una política descentralizadora puramente nominalista.

Entre los aspectos jurídicos de la descentralización conviene incidir en el principio de rendición de cuentas o, más ampliamente, el principio de responsabilidad pública, pues sin éste no existe verdadera descentralización, ya que la descentralización supone acercar el gobierno al ciudadano y si ya hablamos, claramente, de autonomía no es sino el autogobierno de la comunidad que conlleva la responsabilidad en sus decisiones.

¿Cuáles son las noticias acerca de cómo se lleva a cabo la regionalización en el Perú? ¿Conoce usted el problema originado por las ordenanzas que emitieron algunos gobiernos regionales y que presuntamente no estarían de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional (casos de Cusco y Huánuco)?

– Debo reconocer que las noticias que nos llegan, en general, de los países latinoamericanos son escasas. Lamentablemente, no hemos sabido crear desde uno y otro lado del Atlántico una comunidad jurídica como sería algo natural en la comunidad de pueblos que por historia y cultura formamos. Dicho esto, las noticias que llegan son muy esporádicas y fragmen-

ENTREVISTA AL DOCTOR ANTONIO CALONGE

“La descentralización latinoamericana es fragmentada”



tarias para hacerse una idea cabal del proceso de regionalización iniciado.

En cuanto a las ordenanzas regionales del Cusco y de Huánuco y su posible contradicción con el ordenamiento jurídico nacional me parece un episodio –al que seguirán, sin duda, muchos otros– propio de un Estado políticamente descentralizado. Es decir, los conflictos jurídicos por cuestiones de competencia entre los distintos niveles territoriales de poder se producirán con asiduidad como la experiencia demuestra que se producen entre regiones y Estado, co-

munidades autónomas y Estado central o entre Lander y Federación.

Para la resolución de los conflictos de competencia, en todos estos ordenamientos, se ha creado un órgano: el Tribunal Constitucional, al que hemos otorgado un papel de primera magnitud en la definición del modelo. Sin embargo, sería conveniente la creación de órganos políticos de prevención de este tipo de conflictos o, si se quiere, se instaure un diálogo permanente para evitar que este tipo de conflictos siempre se acaben judicializando.

La ficha

El doctor Antonio Calonge es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Actualmente es profesor titular de Derecho Administrativo de esta casa de estudios. Ha sido secretario del Instituto de Estudios Europeos y recibió el premio sobre investigaciones en materias de administración local por la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta de Castilla y León en 1995.

¿Qué distinguiría jurídicamente al proceso de descentralización peruano de otros de regionalización, como el sucedido en España?

– Un elemento importante que distingue al proceso de regionalización peruano del seguido en España viene expresado, a mi juicio, en el llamado principio dispositivo o de voluntariedad. En España, las Comunidades Autónomas se han constituido porque las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes –por seguir la terminología constitucional– decidieron ejercer el derecho a la autonomía reconocido a nacionalidades y regiones en el artículo 2º de la Constitución. Asimismo, las Comunidades Autónomas han asumido, a través de sus Estatutos de Autonomía, el nivel competencial que voluntariamente han querido.

En Perú, este principio dispositivo sólo existe en cuanto a la conformación de las regiones, pero no respecto del ámbito competencial de cada una de éstas.

Pero, son muchos más los elementos que diferencian y singularizan los procesos regionales que se siguen en el mundo por la lógica razón de que cada uno se acomoda a su coyuntura, su historia, su entorno, etc.

La descentralización en España, a pesar de su calificación como "Estado regional", ha sufrido ciertos cambios en los últimos años ¿podría explicarnos las afirmaciones que sostienen que el estado español se inclina hacia el federalismo?

– El Estado español fue definido ya por los primeros analistas de la Constitución de muchas maneras y muchas voces ponían el acento en el carácter federalizante o cuasi federal del modelo que se acababa de diseñar.

Han transcurrido 25 años de la implantación de este modelo y parece que para algunos ha supuesto el pistoletazo de salida para su reforma, algunos con la finalidad de mejorarlo, pero otros con la intención de destruirlo en un sentido disgregador de España.

España tiene un amplísimo grado de descentralización política, de autonomía política. Las Comunidades Autónomas disponen de una vasta gama de competencias, de poderes que ya la quisieran para sí muchos Estados miembros que forman parte de los constitucionalmente reconocidos como Estados federales.

¿Qué es aquello que en su experiencia es indispensable para garantizar la irreversibilidad de un proceso de descentralización?

– Me parece que la respuesta a esta pregunta no se encuentra en ningún instrumento o instituto jurídico, sino en algo más político como es creer en el sistema que nos hemos dado y tener voluntad para llevarlo a la práctica. Esta es, a mi juicio, la base para hacer irreversible el proceso de descentralización. Y, después, conseguir un funcionamiento eficiente y eficaz del modelo, es decir, que el ciudadano perciba de manera clara que sus problemas se resuelven y, además, con más celeridad y eficacia que desde el centro ■

Concepto

TEORÍA DE LA CAUSALIDAD VIRTUAL

Jorge Beltrán Pacheco
Profesor de Derecho Civil en la Amag y PUCP

La aplicación de la teoría de la responsabilidad adecuada, consagrada en nuestro Código Civil, ha reconocido un criterio técnico para la determinación de la causa del daño, pero en algunos casos ha generado problemas en el ámbito de la probanza.

Como se establece en el ámbito procesal: "Todo aquel que alegue un hecho debe probarlo"; por ende, es la víctima quien debe probar el daño y la relación causal. Actualmente se presentan daños producto de innovaciones tecnológicas, así como de la realización de nuevas actividades humanas. Ello ha conllevado nuevos retos a los estudiosos de la Responsabilidad Civil, a fin de que determinen nuevas salidas para lograr una adecuada indemnización para la víctima, es así que VÁSQUEZ FERREYRA nos indica lo siguiente:

"... Es que frente a la aparición de nuevos tipos de daños (v. gr. sida, daño ambiental, etcétera) muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que de hecho se frustre la indemnización pretendida. Adviértase que en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada, por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas."

Ante estos nuevos estudios se ha postulado la aplicación de dos teorías desarrolladas por la autora francesa GENEVIEVE VINEY: la Teoría de la causalidad virtual y la Teoría de la creación de un riesgo injustificado. En esta oportunidad, nos ocuparemos de la primera:

La Teoría de la causalidad virtual

La presente teoría ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica. Según sus lineamientos, se hace inicialmente responsable al médico de la "perte d'une chance (de survie, de guérison)", por parte del paciente. En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones), pero sí consta que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobrevivir o de curar por parte del paciente. Pues bien, sobre la base de esta causalidad aleatoria, el médico se presume autor del daño: ahora bien, como la causalidad con este daño final (muerte, lesiones) no consta, los tribunales se limitan a indemnizar un daño abstracto que sustituye el daño concreto sufrido: el valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida. (VÁSQUEZ FERREYRA).

Según VÁSQUEZ FERREYRA, esta teoría tiene su origen en un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble del 24 de octubre de 1962. Así nos señala:

"El origen de esta teoría se remonta a un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble del 24 de octubre de 1962. Los hechos fueron los siguientes: herida una persona en una muñeca, hace unas radiografías de la mano, no descubriendo el médico ninguna fractura, por lo que dicha persona reanuda inmediatamente sus actividades normales. Sin embargo, en el año 1959, al manejar un objeto pesado, sintió un fuerte dolor y el médico consultado descubrió, al examinar las radiografías realizadas con motivo del primer accidente, que en ellas se podía ver una fractura sin desplazamiento. Sin embargo, exculpó al colega diciendo que el estado actual del herido debe ser considerado no como la evolución normal e ineluctable de la herida de 1952 y menos aún el resultado del error de diagnóstico y de falta de cuidados eventuales que de aquel resulta, sino más bien de un nuevo accidente sobrevenido sobre una muñeca debilitada por el primer accidente. Por el contrario, el accidentado sostenía que el error de diagnóstico le había privado de los cuidados que normalmente son aplicados en tales casos y que si tales cuidados le hubieran sido administrados, todo permite pensar que no se habría visto afectado por una invalidez. El Tribunal de Grenoble adoptó una posición intermedia: si el diagnóstico hubiera sido correcto, se habría practicado una inmovilización susceptible de producir una consolidación de la fractura evitando así, en este caso, la formación de la pseudoartrosis con la persistencia de la fragilidad de la muñeca. En tal caso, el perjuicio, cierto y directo, causado al paciente está constituido por la pérdida de una chance de curación. La Corte de Casación consagró esta noción de la pérdida de la chance en la sentencia del 14 de diciembre de 1965."

Según lo establece JORDANO FRAGA, nos encontramos ante un artificio judicial que responde a la repetida orientación protectora del paciente: no se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente, pero tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización alguna; por ello se opta por una vía intermedia: indemnizar, sí, pero parcialmente.

FRANCOIS CHABAS, uno de los principales críticos de la presente teoría, establece que la jurisprudencia francesa está confundiendo el problema del daño (pérdida de la chance) con el de la relación de causalidad. Para sustentar su posición, postula el siguiente ejemplo:

"Supongamos a un enfermo muy grave, el cual está en peligro de muerte. Una negligencia cierta, probada, del médico hace perder toda posibilidad de curación. El paciente fallece, pero, por hipótesis, la causa de la muerte queda en el misterio. Los peritos no llegan a un resultado. Nunca se sabrá si la causa exacta de la muerte proviene de la culpa médica, porque esta causa hubiera podido ser natural..."

Si bien es óptimo que el enfoque indemnizatorio sea desde la perspectiva de la víctima, consideramos que todos los elementos de la Responsabilidad Civil, a fin de permitir la indemnización de un determinado daño, deben verificarse teniendo que realizarse su estudio en forma independiente. Por ende, no podemos confundir –en el ámbito probatorio– el análisis del daño y el de la relación causal ■

I. ANTECEDENTES. – La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, proclamó como garantías judiciales en su artículo 8, inciso 2, que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas siguientes:

I.1) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

I.2) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

I.3) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por su defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

I.4) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculpado no se defendiese por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley. Entre otros.

Nuestra Carta Magna de 1993, en vigencia, reconoce como derecho fundamental de la persona a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2).

Son principios y derechos de la función jurisdiccional no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad (artículo 139, inciso 14).

Pues bien, lo preluado servirá de marco conceptual para el lacónico análisis que a continuación detallamos.

II. ACTUACIÓN DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN LO PENAL.

– Es práctica común, y los abogados de esta especialidad darán fe de estos comentarios, que al concurrir para ejercer la defensa de cualquier inculpado e informarse de los cargos que sustenta la imputación no le permiten examinar el expediente. Siempre el mismo estribillo: apersónese. Y si el inculpado no ha rendido instructiva, con mayor razón son rechazados. En buen romance, no pueden leer los actuados en tanto no se den las circunstancias acotadas.

Lo contradictorio es que, por un lado, en cualquier estado de la causa, sin apersonarse ni prestar instructiva, puede deducir excepciones contra la acción penal y apelarse el auto apertorio de instrucción, en el extremo de la detención. Sin embargo, por otro, no se permite analizar el expediente, lo cual es un absurdo. Esto nos conduce a inferir con algunas preguntas: ¿cómo pueden interponerse excepciones y apelar el mandato de detención sin estudiarse el caso?, ¿por qué razón, procesalmente, se obliga a fundamentar el recurso de ape-

El proceso penal, su reserva y el derecho de defensa del inculpado



lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". A pesar de ello, jamás proporcionar respuesta coherente, y los secretarios, auxiliares jurisdiccionales e incluso jueces mecánica e inquisitivamente precisan que la instrucción es reservada, demostrando con ello, pues, un claro desconocimiento de las normas supranacionales, lo cual se desdice con el cargo ostentado. Consideramos que tal actuación debe corregirse, tanto más si próximamente entrará en vigor el Código Procesal Penal (así lo esperamos).

IV. RESERVA DE LA INSTRUCCIÓN.

– El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la investigación y el juzgamiento. La primera es la instrucción de carácter reservado; su finalidad es la búsqueda y recopilación del material probatorio. La segunda es pública, evalúa el caudal probatorio acumulado, lo somete al debate y concluye con sentencia condenatoria o absolutoria. Ahora bien, la reserva es una de las características de la instrucción, entre otras. Sin embargo, ésta no es secreta ni absoluta, funcionando únicamente para los que no son partes, no así para los involucrados y termina cuando el juez pone los autos a disposición de las partes. En este extremo, consideramos que no existe impedimento legal para que al inculpado, parte civil, Ministerio Público y tercero civilmente responsable se les proporcione copias de la sentencia y de resolución apelable, a efectos de que sustenten con precisión el agravio, como se ha referido anteriormente; contrario sensu, lo enumerado en el epígrafe sería meramente lírico.

V. REFLEXIONES FINALES. – Nuestra legislación procesal penal, por intermedio de los magistrados, deben adecuar el proceso a lo pactado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser norma interna en nuestro país y rechazarse los estribillos de promulgación de nuevas leyes para la celeridad procesal y juzgamiento.

El trabajo es un deber y derecho, por cuya razón los operadores del Poder Judicial y demás estamentos relacionados con esta actividad (Ministerio Público, Policía, etcétera) deben facilitar el ejercicio del abogado, por su contenido constitucional, y no obstaculizarlo.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial deberá remitir circulares a los presidentes de la corte de los distritos judiciales a escala nacional, para que terminado un proceso ordinario, sumario y especiales, de oficio, entreguen a los justiciables copia de los fallos y autos apelables, por las razones precedentes ■

lación, indicándose el error de hecho y de derecho incurrido en la resolución recurrida?, cuando en realidad se dan estas incoherencias, lo cual constituye a todas luces recorte al sagrado derecho de defensa por violación de las normas internacionales ya invocadas.



LUIS SUÁREZ VARGAS

Egresado de la Maestría Civil y Comercial de la UNMSM. Magistrado cesante de la Corte Superior de Lima Licenciado en Filosofía y Ciencias Sociales con posgrado en Psiquiatría Forense

III. SIGNIFICADO DEL APERSONAMIENTO.

– Es el recurso autorizado por abogado que presenta el procesado ante el juzgado que lo investiga, designando defensor y señalando domicilio procesal. Empero, si aún el inculpado no ha rendido instructiva, tampoco le facilitan el expediente. Al respecto, surgen otras interrogantes: ¿cuál es la norma procesal vigente que limite el ejercicio profesional de tal manera?, ¿qué disposición legal obliga al abogado a que previamente se le designe para estudiar el expediente? Presumo que algunos operadores de justicia han olvidado el derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente: "Nadie está obligado a hacer

PARA todos es claro que la Constitución establece que el Gobierno de la República del Perú es unitario, representativo y descentralizado; a pesar de ello, en los últimos días, se ha debatido públicamente el asunto de las competencias que tienen los distintos niveles de gobierno que existen actualmente en el Perú, los que a su vez están reconocidos en la Constitución en la parte referida a la estructura del Estado y definidos como gobiernos: nacional, regional y local.

El debate se origina en la década pasada cuando los gobiernos locales reclamaban legítimamente contra el intervencionismo y la interferencia del Gobierno Central en asuntos de naturaleza y competencia municipal o local. Posteriormente, la misma lucha se convirtió en disputas entre gobiernos regionales y locales, en menor grado; entre los propios gobiernos locales provinciales contra los distritales, de ida y vuelta; y, ahora, entre el gobierno nacional y algunos gobiernos regionales, con énfasis en el asunto de la hoja de coca, y con menor relevancia –focalizada en Tacna– en el asunto de la libre importación de la ropa usada.

El problema radica, también, en lo debatible que resulta la base legal existente en el tema de asignación de competencias, a pesar de que existen sendas leyes orgánicas, como las de regiones o de municipalidades, que se han esforzado por tratar de acalarar diversas indefiniciones.

Por lo mismo, y tratando de aclarar la confusión existente al respecto, empecemos fijando algunos conceptos respecto al tema objeto del presente artículo:

1. **COMPETENCIA:** Es la atribución propia e inherente, asignada a un nivel de gobierno, proveniente del mandato constitucional y/o legal;
2. **FUNCIÓN:** Es la acción que desarrolla un nivel de gobierno para ejecutar las competencias que se le tienen asignadas por mandato constitucional y/o legal. Las funciones de los gobiernos regionales y locales, son aquellas que están normadas en sus respectivas leyes orgánicas;
3. **FACULTAD:** Es el derecho que está concedido por un ente rector nacional, para que un gobierno regional y/o gobierno local desarrolle una actividad o conjunto de actividades referidas a una función determinada;
4. **DELEGACIÓN:** Es la capacidad que tienen los gobiernos locales o regionales para ceder, entre ellas o a otras entidades del Estado, competencias y funciones específicas y exclusivas, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar un servicio público oportuno y eficiente, o por economías de escala;
5. **AVOCACIÓN:** Facultad que tienen las municipalidades distritales para solicitar excepcionalmente a las municipalidades provinciales, asumir de manera temporal un determinado servicio público municipal, sin afectar la calidad ni el costo del mismo; y
6. **TRANSFERENCIA DE FUNCIONES:** Es el proceso de entrega por parte del gobierno nacional, y de recepción por parte de los gobiernos regionales y locales, según corresponda, de las funciones que les han sido otorgadas por sus respectivas leyes orgánicas, conjuntamente con los recursos asignados para la ejecución de las mismas.



Niveles de gobierno y asuntos competenciales



MARTÍN
D'AZEVEDO
GARCÍA

Consultor
de Gobiernos
Locales

A pesar de estas definiciones, tampoco se ha terminado de comprender que las competencias han sido asignadas por la legislación vigente, partiendo de la premisa o del Principio de Subsidiariedad, también conocido como Principio de Cercanía, que consiste en asignarle competencias y funciones a aquellos niveles de gobierno o autoridad que se encuentran más próximos o más cerca de la población, y que cuentan con la posibilidad real o potencial de ejecutar con eficiencia la obra y/o el servicio público que necesita un determinado departamento, provincia, distrito o ciudad. Esto supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del estado a la comunidad.

Ahora bien, la Ley de Bases de la Descentralización sostiene, por su parte, entre sus principios generales, que la descentralización se sustenta, rige y ejecuta adicionalmente por otros principios, tales como: 1. Integralidad; que consiste en abarcar e interrelacionar a todo el conjunto del Estado en el espacio nacional, así como a las actividades privadas en sus diversas modalidades, mediante el establecimiento de reglas jurídicas claras que permitan el desarrollo integral del país; 2. Gradualidad; que consiste en garantizar que el proceso de descentralización se realice por etapas, en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan una adecuada y clara asignación de competencias y transferencias de recursos del gobierno nacional hacia los

gobiernos regionales y locales, evitando la duplicidad.

Esta misma Ley de Bases, cuando desarrolla el carácter y efecto de las normas, sostiene que la normatividad que aprueben los distintos niveles de Gobierno en el marco de sus atribuciones y competencias exclusivas, son de cumplimiento obligatorio en sus respectivas jurisdicciones; que las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, por su naturaleza, son también de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno; y, que el ordenamiento jurídico es único y está normado constitucionalmente; en tal sentido, la normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno se sujeta a dicho ordenamiento preceptuado por la Constitución y las leyes de la República.

En virtud de lo explicado, y contra nuestra voluntad de ver una mejor distribución de las competencias y su ejecución a favor de la población del país, nos parece que irremediamente vamos a tener que asistir, no a una discusión de Contienda de Competencia –que dicho sea de paso nadie quiere poner en tela de juicio la suya, o la supuesta como suya–; sino más bien que, y al amparo de lo normado en el artículo 200°, de la Constitución, acudiremos a sucesivos procesos de inconstitucionalidad, los cuales como se sabe proceden contra normas que, teniendo rango de ley, como las ordenanzas municipales o regionales, contravienen la Constitución en la forma o en el fondo. Es decir, que buscarán básicamente el respeto de la regularidad del ordenamiento jurídico ■

¿Por qué llegan notificaciones a mi antigua casa?

Implicancias legales de la variación de domicilio frente a los acreedores

La elección del domicilio (considerado como el lugar habitual de residencia de una persona) es un derecho constitucional que sólo puede restringirse por razones de sanidad, por mandato judicial o por la aplicación de la ley de extranjería, conforme lo establece el artículo 2º inciso 11 de nuestra Carta Magna. En este sentido, queda claro que, en principio, las personas son libres de establecer su domicilio en el lugar que mejor les convenga y de variar el mismo.

Sin embargo, el ejercicio irresponsable de este derecho puede conllevar a graves consecuencias de índole civil (si tenemos en cuenta que la fijación del domicilio no sólo sirve para ejercer derechos, sino también para cumplir obligaciones), penal (cuando no se comunica a determinadas instituciones castrenses y judiciales), y tributaria (por el tan conocido domicilio fiscal), etcétera. En este caso, haremos algunas precisiones sobre el tema desde la perspectiva civilista.

Según nuestro ordenamiento legal "el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar" (artículo 33 del Código Civil –CC–, domicilio material o general), esto sin dejar de reconocer que para la realización de determinados actos se pueda establecer un domicilio especial (artículo 34 del CC). Así, por ejemplo, una persona puede constituir su domicilio en Calle Los Pastores N° 777, Urbanización El Descanso, distrito de Bella Vista, pues es el lugar donde vive de común acuerdo con su cónyuge e hijos; sin embargo, para efectos de los contratos, que firma con sus clientes y con las entidades financieras con las que realiza sus operaciones, señala como domicilio el inmueble donde queda su oficina, sito en Avenida Larco N° 351, Oficina 301, lugar al que le llegarán todas las comunicaciones respectivas (cartas, requerimientos, estados de cuenta, demandas por incumplimiento, etcétera) en el entendido que es el domicilio especial señalado por dicha persona. Hasta este punto todo se encuentra dentro de sus cauces normales y sin inconvenientes a la vista. Los problemas se inician cuando existe la necesidad de cambiar de domicilio y/o lugar de trabajo.

CAMBIO DE DOMICILIO

En efecto, es frecuente que las personas se muden de su casa o cambien de oficina, por uno u otro motivo. Ante este hecho es necesario que exista un mecanismo por el cual se pueda hacer valer dicha modificación de domicilio ante los acreedores.

El mecanismo está previsto en el artículo 40 del CC, que señala: "El deudor deberá comunicar al acreedor



el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiera lugar (...). La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable".

1 En principio, pongamos en claro que la norma establece una obligación a los ciudadanos que hayan decidido mudarse y que consiste en comunicar el hecho a sus acreedores en el plazo de 30 días de ocurrido el cambio de domicilio. Decimos que es una obligación no sólo por el verbo utilizado "debera", sino, y sobre todo, porque existen consecuencias ante el incumplimiento, es decir, responsabilidades que van desde las civiles hasta las penales.

2 Por otro lado, la norma simplemente hace mención al domicilio sin señalar expresamente si se trata sólo del domicilio general o también del especial, por lo que se debe entender que el artículo se aplica para la variación de cualquiera de ellos. Sin embargo, cabe señalar que la norma toma mayor relevancia cuando se deja de habitar, tener o poseer el domicilio consignado en contratos, relaciones comerciales o bancarias (generalmente se consigna domicilio especial –trabajo, oficina, negocio, etcétera–), pues

es en estos casos donde la persona se le puede perjudicar económicamente en mayor grado.

En efecto, las personas que varíen de domicilio sin comunicar a sus acreedores no tomarán conocimiento de las solicitudes y requerimientos de pago, protestos de títulos valores, resoluciones de contratos e incluso de eventuales demandas, que les presenten sus acreedores, perdiendo la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho a defensa mediante oposiciones, observaciones, tachas, contradecir, etcétera.

3 Revisemos el caso más común, las empresas del sistema financiero (bancos, banca de consumo, etcétera), remiten los estados de cuenta de tarjetas de crédito, cuentas corrientes, entre otros, al domicilio señalado por el cliente. Estos saldos pueden ser objeto de observaciones por los clientes dentro de los 15 días de recibidos. La observación al estado de cuenta puede suceder porque éste consigna un monto no consumido, los intereses no se ajusten a lo convenido, no consigna el pago a cuenta realizado o simplemente existe un error de cálculo, entre otros. Al respecto, cabe preguntarnos: ¿cómo se podría verificar la existencia de uno de estos errores cuando los documentos siguen llegando al anterior domicilio del obligado, pues éste no comunicó el cambio del mismo a sus acreedores?

4 El daño al obligado se profundiza cuando a raíz de la deuda impaga se inicia un proceso judicial de obligación de dar suma de dinero (con la perspectiva de interposición de una medida cautelar de embargo u otra), cuyas notificaciones se realizarán en el inmueble signado como domicilio. Ahora, si eventualmente el deudor tomara conocimiento del proceso, su defensa se dificultaría por el hecho que consintió tácitamente (por mandato normativo o por contrato) el saldo deudor comunicado por el acreedor, sin observarlo en el plazo establecido.

5 Por ello es importante comunicar el cambio de domicilio, a efectos de poder tomar pleno conocimiento efectivo de las comunicaciones remitidas por los acreedores, pues, según la norma citada, el deudor asume todas las responsabilidades civiles y penales de su omisión (en caso de variar domicilio sin comunicarlo a su acreedor), estando entre las primeras el de darse por bien notificado, cuando los actos fueron efectuados en el domicilio señalado por el mismo deudor.

6 Finalmente, la comunicación del cambio de domicilio debe realizarse de forma indubitable, es decir por carta remitida por conducto notarial (en la que el despacho notarial da fe del debido diligenciamiento del documento, la dirección en la que se entregó, con quién se entendió el trámite, la fecha cierta del acto, así como cualquier contingencia que ocurra en el acto de notificación). En el caso de las instituciones financieras y cuando existan títulos valores de por medio, el nuevo domicilio debe estar circunscrito en la misma ciudad que el anterior, de lo contrario dicha variación no surtirá efectos conforme a lo establecido en el artículo 66 de la Ley N° 27287 (Ley de Títulos Valores) ■