

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Aarón Oyarce Yuzzelli

Lima - 2009



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FONDO
EDITORIAL

FACULTAD DE DERECHO

Perú. Universidad de San Martín de Porres
Facultad de Derecho

**NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA**

Aarón Oyarce Yuzzelli

Edición N° 1, Lima 2009
256 pp.

Derecho Ambiental / Derecho Anglosajón / Empresa
Áreas Protegidas / Cortes Comerciales / Derecho Comparado

**NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA**

Aarón Oyarce Yuzzelli

© Aarón Oyarce Yuzzelli
Primera edición, noviembre 2009

© Universidad de San Martín de Porres
Fondo Editorial

Facultad de Derecho
Alameda del Corregidor N° 1865 Urb. La Ensenada. La Molina
Teléfono: (511) 365-6943
Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.edu.pe
Página web: www.usmp.edu.pe
Diseño de carátula: Orlando Gonzales S. / Fondo Editorial - USMP
Diagramación: FIMART SAC

Año 2009 - Impresión 1,000 ejemplares

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluidos reprografía y el tratamiento informático.

Impreso en el Perú
FIMART SAC
Av. Del Río 111 Pueblo Libre
Noviembre 2009

ISBN: 978-9972-607-68-4
Registro del Proyecto Editorial N° 31501370900851
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-13840

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón LL.M.

Lima-2009



Dedicatoria

A mis padres, Zarina y Luis por su ejemplo. A Shura y Sandro por su paciencia y ayuda, a Santina, Eleonora y Edoardo por sus ganas de aprender y de luchar.

AARÓN.

ABSTRACT

Las nuevas tendencias del derecho obligan a los investigadores a estudiar aspectos del derecho aplicables a la realidad actual y a los nuevos cambios estratégicos de las familias jurídicas, entre los temas trascendentales podemos mencionar: el tema ambiental, el tema empresarial con el desarrollo sostenible, las minorías, la solución de conflictos comerciales y conflictos interestatales. Los trabajos realizados tratan de abarcar las corrientes actuales de discusión utilizando el método histórico comparativo y siguiendo los estándares internacionales.

Se trata de demostrar las distintas características de las familias jurídicas que existen en el mundo y su influencia en las legislaciones, sean nacionales e internacionales. Tratando de crear un sistema supranacional.

Los artículos publicados en el presente libro son fruto de un análisis selectivo de artículos publicados en libros y revistas nacionales e internacionales de prestigio mundial, tales como: *El Consiglio Nazionale delle Ricerche d'Italia*, editorial Giuffrè; *Gazzeta Ambiente* de Italia; el *Istituto di Studi Giuridici Internazionali di Roma*; el *Vox Iuris* de la Universidad San Martín de Porres.

Entre los artículos publicados se encuentran: *El Derecho Internacional en Roma "El Ius Fetiale"*; *Análisis Histórico Comparatístico de la Empresa*; *El Ambiente y el Derecho Empresarial*; *Nuevas Tendencias en el Derecho Comercial en la Unión Europea*; *Genetically Modified Organisms (GMO) and the European Union, Study Case*; *La Tutela della Biodiversità e le Aree Protette in Perú*; *Legislazione sulla Popolazione Indigena Peruviana*; *Perú and the Environmental Protection of Antarctica*; *Cortes Especializadas de Comercio*; *Realidad y Perspectivas del Poder Judicial y de los Juzgados Comerciales*; *Análisis sobre la Creación de un Juzgado Comercial para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio con las Características de las Cortes de Delaware y Carolina del Norte*; *Requerimientos para la Creación y Regulación del Juzgado para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio*; *Las Variantes en la Solución de Conflictos: El Arbitraje, Los Juzgados Comerciales y el Futuro Juzgado para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio*; *La Familia del Common Law - Introduction To -*; *Distinción entre las Cortes de Derecho y las Cortes de Equidad*; *Concepto de Ius en Roma*.

Esperando contribuir en el desarrollo del derecho nacional, el autor busca estimular a los lectores a desarrollar investigación científica con estándares internacionales. Para lo cual continúa desarrollando artículos para la próxima publicación: *Las Familias Jurídicas y la Codificación Mundial*; *El Derecho y Religión y Evolución de los status personae y los derechos humanos*.

Especial agradecimiento a:
Carmen Luna Rodriguez y
Angela Crespo Peña

PROLOGO

Nuestro distinguido ex alumno y actualmente profesor universitario Aarón Oyarce Yuzzelli, nos solicita algo a lo que no podemos negarnos: redactar el prólogo de su libro *Nuevas Tendencias del Derecho – Investigación Científica*.

De la lectura del texto se desprenden varias líneas de pensamiento que resultan importantes para su exploración: *a)* la necesidad que se experimenta de acompañar a la tradicional formación profesional en las Facultades de Derecho, de un complemento visionario derivado de la interdependencia entre los países, que cada vez se profundiza más y se globaliza y que une al género humano; *b)* al significar la globalización, un libre desplazamiento de personas, de mercaderías, de capitales y de ideas lleva a cuestionar antiguos paradigmas, desinstitucionalizando la política, transformando radicalmente el derecho, desapareciendo la soberanía de los Estados nacionales. Como analiza Giuseppe Bacceli¹: aparece un derecho global diferente junto al derecho internacional; *c)* Estas características llevan a plantear otras inquietudes académicas respecto de los sujetos privados y públicos del derecho global, a los principios básicos o fundantes, a los modelos de gobernabilidad a las fuentes de producción, es decir, a las familias del *Common Law* y del *Civil Law* derivando en una gran pregunta: es la integración del modelo anglosajón con el romano germánico.

Considera el autor, que la construcción de un orden jurídico apto a éstas condicionantes, constituye un tema que debe de ser resuelto desde las Universidades investigando y alertando a las autoridades nacionales, asimismo, en nuestra opinión la gestión debe hacerse extensiva a otros actores involucrados: intelectuales, políticos, empresarios, juristas, organizaciones comunitarias.

El libro presenta temas actuales como el referido al crucial derecho ambiental, al derecho empresarial, internacional, derecho comparado. Hace un *excursus* histórico comparativo, sin dejar de lado un estudio de la legislación nacional e internacional. En suma, cómo deben ser los trabajos de investigación, nos muestra nuevas teorías y sugiere propuestas para la mejora de nuestro sistema legal y judicial.

Finalmente, damos la muy especial bienvenida a este esfuerzo intelectual y meritorio de AARÓN, como miembro de su *Alma Mater*, quién no nos deja de sorprender con nuevos aportes muy importantes. Su juventud, su preparación profesional, su dominio de idiomas, y su proyección asimismo lo prometen.

Dr. Roberto Keil Rojas

1. BACCELLI, Giuseppe, *Microeconomia e Analisi Economica del Diritto*, Mondadori, Varesi 2006, pp. 316-327. Se sugiere además: BALDASARE, A., *Globalizzazione contro Democrazia*, Laterza Roma, Bari 2002. OHMAR, K., *La Fine dello Stato-Nazione*, Baldini e Cattolici, Milano 1996.

ÍNDICE

- *El Derecho Internacional en Roma “El Ius Fetiale”*
- *Análisis Histórico Comparatístico de la Empresa.*
- *El Ambiente y el Derecho Empresarial.*
- *Nuevas Tendencias en el Derecho Comercial en la Unión Europea.*
- *Genetically Modified Organisms (GMO) and the European Union, Study Case.*
- *La Tutela della Biodiversità e le Aree Protette in Perú.*
- *Legislazione sulla Popolazione Indigena Peruviana.*
- *Perú and the Environmental Protection of Antarctica.*
- *Cortes Especializadas de Comercio.*
- *Realidad y Perspectivas del Poder Judicial y de los Juzgados Comerciales.*
- *Análisis sobre la Creación de un Juzgado Comercial para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio con las Características de las Cortes de Delaware y Carolina del Norte.*
- *Requerimientos para la Creación y Regulación del Juzgado para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio.*
- *Las Variantes en la Solución de Conflictos: El Arbitraje, Los Juzgados Comerciales y el Futuro Juzgado para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio*
- *La Familia del Common Law - Introduction To -*
- *Distinción entre las Cortes de Derecho y las Cortes de Equidad.*
- *Concepto de Ius en Roma.*
- *Derecho de Guerra, Alzados en Armas y Terrorismo, Evolución y Legislación.*

ÍNDICE

Abstract	7
Prólogo	9
EL DERECHO INTERNACIONAL EN ROMA EL “IUS FETIALE”	17
1. Introducción.	17
2. Etimología.	17
3. Origen.	17
4. Constitución.	18
5. Funciones.	19
6. Analogía entre el ius fetiale y el derecho internacional.	23
ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA	27
1. Introducción	27
2. La empresa en Roma.	28
3. Evolución del concepto de empresa.	33
4. La empresa en los Estados Unidos.	35
5. Conclusiones.	37
EL AMBIENTE Y EL DERECHO EMPRESARIAL	39
1. Introducción.	39
2. Noción jurídica del ambiente.	39
3. Noción científica de ambiente.	40
4. El principio de desarrollo sostenible.	41
5. Escenario Internacional.	43
6. La tutela del ambiente en el derecho consuetudinario.	44
7. El derecho convencional en el tema del ambiente.	45
8. La conferencia de Estocolmo y las sucesivas convenciones.	46
9. La conferencia de Rio de Janeiro.	46
10. Zonas no sujetas a soberanía.	47
11. Desarrollos en temas de tutela ambiental.	47
12. Perú y el medio ambiente.	48
13. Los Organismos Genéticamente Modificados.	51
14. El medio ambiente y el comercio.	53
15. Conclusiones.	54
NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO COMERCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA	57
1. Introducción.	57
2. Europa y empresa.	58
3. Perspectivas del derecho contractual europeo.	58
4. La Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional.	59

5. Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.	59
6. Principios que rigen la Unión Europea.	60
7. Directiva de los Consumidores.	61
8. Contratación Internacional.	62
9. Conclusiones.	62

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS (GMO) AND THE EUROPEAN UNION CASE STUDY **65**

1. Preface.	65
2. Comment on a European Union Court of Justice Resolution.	65
3. European Union (UE) legislation on GMOs.	69
4. GMO doctrine.	70
5. Biodiversity Convention.	71
6. Environment and international commerce.	72
7. Biodiversity in Peru and the key role of Native and Farmer's Communities.	72
8. Andean Community Biological Diversity Protection.	75
9. Conclusions.	76

LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ E LE AREE PROTETTE IN PERÙ **79**

1. Premessa.	79
2. La Convenzione sulla Diversità Biologica.	80
3. La tutela della diversità biologica in Perù.	
4. Legislazione sulle aree protette.	
5. Le istituzioni peruviane e la tutela della biodiversità e le aree protette.	92
6. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine.	94
7. La tutela della diversità biologica e le aree protette nella Comunità Andina.	96
8. Considerazioni finali.	99

LEGISLAZIONE SULLA POPOLAZIONE INDIGENA PERUVIANA **103**

1. Premessa.	103
2. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine.	103
3. Legislazione peruviana sulla protezione delle popolazioni indigene.	104
4. Considerazioni finali.	106

PERÙ AND THE ENVIRONMENTAL PROTECTION OF ANTARCTICA **109**

1. Introduction.	109
2. Peruvian adhesion to the Antarctic Treaty.	110
3. Some legal issues concerning the ratification of the Madrid Protocol on the Protection of the Antarctic Environment.	111
4. Implementation of the Madrid Protocol and its Annexes.	112
5. Public entities created by the Peruvian Government.	114
6. Peruvian National Antarctic Policy, programs and scientific research activities.	115

7. The National Antarctic Policy.	116
8. International cooperation and Peruvian participation to the Antarctic Treaty Consultative Meeting.	117
9. Conclusions.	118

CORTES ESPECIALIZADAS DE COMERCIO 121

1. Introducción.	121
2. El derecho comercial y las cortes de comercio en Roma	121
3. Rol del magistrado.	123
4. Tribunaux du Commerce Français.	123
5. Cortes de comercio en los Estados Unidos.	125
6. La Corte de Comercio para Casos Complejos de Carolina del Norte; selección de casos; otros desarrollos en la corte de negocios de Carolina del Norte; jurisdicción; tecnología en las cortes de negocios de Carolina del Norte.	127
7. La Corte de Cancillería y la Corte Superior de Delaware; Procedimiento sumario en la Corte Superior; creación de la jurisdicción tecnológica en la Corte de Cancillería; Comparaciones jurisdiccionales.	134
8. La empresa en los Estados Unidos.	136
9. Otros ejemplos de Cortes de comercio a nivel internacional; Corte Comercial Argentina, Francia; Bélgica; Alemania.	138
10. Críticas a las Cortes especializadas en comercio.	142
11. Perú; Historia.	144
12. Conclusiones.	146

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL PODER JUDICIAL Y DE LOS JUZGADOS COMERCIALES. 149

1. Introducción.	149
2. Análisis de las Cortes Peruanas.	149
3. La jurisdicción Comercial y sus intentos de reforma en el Perú.	153
4. Análisis, perspectivas y propuestas.	158
5. Programa de Inversión Pública para la Modernización de Administración de Justicia.	160
6. Conclusiones.	161

ANÁLISIS SOBRE LA CREACIÓN DE UN JUZGADO COMERCIAL PARA CASOS COMPLEJOS DE COMERCIO CON LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CORTES DE DELAWARE Y CAROLINA DEL NORTE. 163

1. Introducción.	163
2. Estado actual.	
3. Los Decretos Legislativos sobre la aceleración de los procesos judiciales, administrativos y comercio.	165
4. Porqué crear un JCCC si existen tribunales arbitrales.	166
5. Análisis de la legislación peruana sobre la creación del JCCC.	167
6. Criterios objetivos y subjetivos para resolver la complejidad.	168

7. La especialización de la sociedad.	
8. Conclusiones.	170

**REQUERIMIENTOS PARA LA CREACIÓN Y REGULACIÓN DEL
JUZGADO DE COMERCIO ESPECIALIZADO EN CASOS
COMPLEJOS DE COMERCIO** **173**

1. Introducción.	173
2. Objetivos para crear una corte de comercio.	173
3. Quién debería estar incluido en el esfuerzo de crear un juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio.	175
4. Debería el juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio ser creadas por la legislatura o por una orden administrativa.	176
5. Cómo se financiará el juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio.	176
6. Cómo deben de ser elegidos los jueces.	177
7. Qué tipo de corte de negocios necesitamos.	178
8. Características especiales como la de tener un solo juez, la celeridad que limita la prueba o juicio por jurados.	179
9. Debería tener la corte sentencias escritas.	179
10. Cuáles son los procedimientos que se utilizarán.	180
11. Debería la corte de negocios participar en capacitación y educación continua.	181
12. Qué recursos están disponibles para la capacitación y la educación continua de los jueces de la corte.	182
13. Qué rol tiene la tecnología en estas cortes de negocios.	182
14. Cómo van a ser manejadas las apelaciones.	182
15. Conclusiones.	183

**LAS VARIANTES EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL ARBITRAJE,
LOS JUZGADOS COMERCIALES Y EL FUTURO JUZGADO COMERCIAL
PARA CASOS COMPLEJOS DE NEGOCIOS** **185**

1. Introducción.	185
2. Mecanismos alternativos de solución de conflicto.	186
3. La conciliación.	186
4. Mediación.	188
5. Transacción.	188
6. El arbitraje; El arbitraje en el Perú; El arbitraje en el derecho romano; El arbitraje en el derecho intermedio; El arbitraje en la edad media; El arbitraje en el derecho común; El arbitraje comercial; El arbitraje en la legislación peruana; El Decreto Legislativo 1071; CIADI.	189
7. La OMC y la solución de conflictos comerciales.	
8. Conclusiones.	196

LA FAMILIA DEL COMMON LAW – INTRODUCTION TO –	199
1. Introducción.	199
2. Inglaterra y el Common Law.	199
3. El patrimonio común a los sistemas del Common Law: La Curia Regis y el proceso de centralización; King’s Bench y la Court of Common Pleas; La Constitución Inglesa.	201
4. Elementos del Common Law: La equidad; la equity.	203
5. La profesión forense y los jueces en Inglaterra.	208
6. Los Estados Unidos de Norte América.	209
7. El derecho Americano de fines del siglo XVII.	211
8. El abogado en USA.	212
9. Fuentes del Derecho Americano.	212
10. Ventajas del Common Law.	213
11. Influencia del Common Law en Perú.	214
12. Conclusiones.	214
DISTINCIÓN ENTRE LAS CORTES DE DERECHO Y LAS CORTES DE EQUIDAD	217
1. Introducción.	217
2. La equity.	217
3. Las cortes en los Estados Unidos de Norte América.	218
4. Aplicación del derecho positivo.	219
5. Aplicación del derecho natural.	221
6. Conclusiones.	224
CONCEPTO DE IUS EN ROMA	227
1. Introducción.	227
2. Concepto de ius en Roma.	227
3. Ius naturale.	230
4. Derecho natural moderno.	233
5. Conclusiones.	233
DERECHO DE GUERRA, ALZADOS EN ARMAS Y TERRORISMO, EVOLUCIÓN Y LEGISLACIÓN	237
1. Introducción.	237
2. Derecho de guerra.	237
3. Legislación internacional sobre el Derecho de Guerra.	241
4. Alzados en Armas.	242
5. Terrorismo.	242
6. Conclusiones	243
BIBLIOGRAFÍA	245
ARTÍCULOS EN PROCESO	255

EL DERECHO INTERNACIONAL EN ROMA EL “*IUS FETIALE*”

OYARCE YUZZELLI, Aarón²

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Etimología. – 3. Origen. – 4. Constitución. – 5. Escenario Internacional. – 6. Analogía entre el *ius fetiale* y el derecho internacional

1. *Introducción*

En este artículo trataremos de conocer la más antigua institución del derecho Internacional en Roma; los Feciales³ y veremos su etimología, composición, funciones tanto en épocas de paz como en guerra, también analizaremos el proceso de celebración de los tratados y sus efectos para con los terceros. La declaración de guerra y las diversas teorías de hostilidad natural y la paz natural. Concluiremos el trabajo tratando de encontrar analogías entre el derecho FeCIAL y el derecho Internacional.

2. *Etimología*

En algunos casos la hacen derivar de *fides*, siguiendo a Varrone⁴ otros de *foedus*⁵ siguiendo a Servio: algunos prefieren citar a Festo haciéndola derivar de *ferir*⁶, otros como Conradi que cita a Plutarco, y le da origen a *faciendo*. Fusinato nos menciona que *fetialis* deriva de *fetis*, un sustantivo anticuado que tendría relación con *fateri* y *fari*; y ésta derivación encuentra sustento en la existencia de un verbo osco *fatium* (el cual corresponde al latín *fari*). Según ésta derivación de Fusinato *fetialis* podría correctamente traducirse como oradores (*oratores*)⁷.

Se trata de magistrados-sacerdotes que tenían la tarea de representar al pueblo romano en todos los actos con relevancia jurídica internacional⁸: ((*fetialis apud veteres Romanos erant qui sancto legatorum officio ab his, qui adversum populum Romanum vi aut rapinis aut injuriis hostiliter commoverant pignora facto foedere iure repetebant, priusquam id fuisset Fetialibus denuntiatum*))⁹.

3. *Origen*

Los feciales surgieron en Roma en el *populus romanus*, compuesto de elementos diversos, y no fueron transportados de otras gentes; estos no fueron creados por ningún ((*Fector Resius*)). Pertenecen a una edad muy avanzada, cuando las formas legales sustituyeron a una forma de

2. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Romano y Comparado de la *Universidad Particular de San Martín de Porres*, (Investigación realizada en la Università degli Studi Roma, “*La Sapienza*”, bajo la tutoría del Profesor Pierangelo Catalano). Publicado en *Vox Iuris* 13, USMP, pp. 117-128.

3 Ver CATALANO, *Linee del Sistema Sovranazionale Romano*, Torino 1965, pp. 3-88. Ver también a FABBRINI, *Impero di Augusto come Ordinamento Internazionale*, Milano 1974, pp. 116-123. Los feciales eran una de las principales instituciones religiosas en Roma, dedicada a las relaciones internacionales romanas. La institución religiosa romana principal fue el Colegio de Pontífices, institución comandada por el rex romano, además podemos mencionar a los augures, que predecían el futuro y a las vestalgie.

4. VARRONE, *De Lingua Latina* V, 15: ((*Fetiales (dicti) quod fidei publicae inter populus praeerant*)).

5. ((*Fetiales*)) dice Servio en Aen. IV, 22 ((*a foedere dictos*)); mientras que en otro lugar (en Aen. I, 62) *trae foedus de fetialis* ((*foedus autem dictum vel a fetialibus id est sacerdotibus per quos fiunt foedera*)).

6. FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884, p. 28.

7. Op. cit., p. 28.

8. FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII. p. 254.

9. NONIUS, 529. 17.

guerra hecha sin intimación¹⁰. La introducción de ésta institución en Roma se le atribuye a Numa Pompilio¹¹, Tulio Ostilio¹², Anco Marzio:

Livio, 1.32.5. "...*Tullo regi aptiora quam Numae. Ut tamem, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit quo res repetuntur*".

Se habla de introducción y no de creación por que parece suficientemente probado el origen itálico de esta institución en Livio:

Livio, 1.32.5; 8.39.14 "*Fetiales Romam, ut censuerunt, missi et corpus Brutuli exanime; ipse morte voluntaria ignominiae se ac supplicio subtraxit. Placuit cum corpore bona quoque eius dedi. Nihil tamen earum rerum praeter captiuos ac si qua cognita ex praeda sunt acceptum est; ceterarum rerum inrita fuit deditio. Dictator ex senatus consulto triumphavit*."

9.1.3. "...*primum ipsum bellatorem ducemque. Is, ubi legati qui ad dedendas res missi erant pace infecta redierunt, "ne nihil actum" inquit "hac legatione censeatis, expiatum est quidquid ex foedere rupto irarum in nos caelestium fuit*."

Donde se encuentran restos de ((*fetiales*)) en los Sabinos y en los Latinos¹³. También Fusinato nos menciona el origen itálico de los feciales, señalando que ha sido una institución universalmente itálica conocida por los Sannitas, Sabinos y Latinos¹⁴.

4. Constitución

Los feciales formaban un *collegium*¹⁵, como dice Livio (XXXVI, 3); Tacito (Ann., 64); Cicerón (De Legibus, II, 9), constitución ésta de todas las magistraturas romanas¹⁶. Estaba compuesto por veinte miembros, según Varrone¹⁷, quién afirma que ((*fetiales viginti qui de his rebus (es decir) si legados violados esset*)) *cognoscerent, indicarent, statuerent, constituerunt*)).

Los feciales eran sacerdotes; y como todo *elius sacrum*, también el *ius fetiale* estaba constituido por formulas, por ritos, por solemnidades, de ceremonias que el pueblo Romano, por rígidos preceptos religiosos sostenedores, que debían de observar para declarar la guerra o para establecer la paz. Y como en las Doce tablas no estaba escrito el derecho pontificio o el derecho augural, pero ambos estaban consagrados en libros secretos, así podemos asegurar con seguridad que todas las fórmulas y ritos que constituían el derecho fecial, estaban recogidas en libros religiosos especiales (libros y comentarios), confiados al cuidado del colegio de los feciales, el cual probablemente tenía el encargo de llevar nota de todos los tratados que Roma contraía con otros Estados¹⁸.

Eran nombrados de por vida por ((*cooptatio*)) y elegidos entre las mejores familias patricias y luego de la ley Ogulnia también se le dio oportunidad a los plebeyos de acceder a éste cargo.¹⁹ Lo contrario es sostenido por Weiss en Daremberg-Saglio, 2,2, ((*Fetiales*)), insistiendo en el carácter típicamente patricio de ésta magistratura²⁰.

10. BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898, p. 10, citando a PAIS (*Storia di Roma*, I, p. 286); ZOCCO-ROSA, *Fetialium Collegii Compositione*, Ex Typis Martinetti, Cataniae 1887.

11. DIONYS., 2, 72; Plut., Numa, 12.

12. CICERON, De Rep., 2.17.31.

13. FERRARI, Op. cit., p. 255.

14. FUSINATO, Op. cit., p. 30.

15. PIERANTONI, Trattato di Diritto Internazionale, Roma 1881, Vol. I, p. 292

16. BAVIERA, Op. cit., p. 12

17. DE VITA p. R. II apud Numinium s. V. *Fetiales*, p. 187.

18. FUSINATO, Op. cit., p. 34; Extraño ver que los feciales no vienen mencionados por OLGIVE, *Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*, Chatto & Windus, London 1969.

19. MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I, p. 115

20. FERRARI, Op. cit., V, p. 255

Los feciales como los otros sacerdotes romanos eran honrados y poseían santidad e inviolabilidad también fuera del territorio patrio²¹: *sacrum etiam inter exteras gentes legatorum ius*²².

Estaban presididos por un *pater patratus*, de carácter duradero y perpetuo, como el del *pontifex maximus* en el colegio de los pontefices, como el magister de los Salii y de los Hermanos Arvales, como el de la *virgo vestalis maxima* entre las vestales²³. Él era el encargado de la consagración del *foedus* y de la declaración de guerra, también le eran reservadas atribuciones especiales, entre las cuales la representación del pueblo romano. Respecto a su etimología algunos la explican como el *pater familias* representaba a sus hijos, así el *pater* al pueblo de Roma: *patratus* estaría a indicar la consagración de ésta paternidad artificial²⁴. Otros señalan que *patrare* proviene de sancir, que indica la misión de los feciales de consagrar o de un *nuntium*, en relación a la misión asignada²⁵.

5. Funciones

Las funciones principales eran las de ser jueces y mensajeros de los acuerdos (*foedera*) de paz y de guerra; ser *publici legati* y *nuntii* (representantes del *populus romanus*) en las relaciones extremas de Roma con otros pueblos; tomar determinaciones en relación a la guerra; llevar a cabo el rito de celebración del acuerdo (*foedus*), *la rerum repetitio* (pedido de reparación que precedía la declaración de guerra) y declarar el *bellum iustum piumque* (declaración de guerra)²⁶. Así es como:

5.1. Derecho fecial de paz

5.1.1. Celebración de los tratados

La función de los feciales en las relaciones de paz, se explica en la conclusión de los *foedera*, que son de carácter religioso formalmente pero de sustancia netamente jurídica: (*foedera sacienda*), observando a Livio 9.5.1:

Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitaret, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.

1.24: “*sine fetialibus foedus fieri non potest nec caerimoniaque alia sollemni*”²⁷.

Para Mommsen el *foedus* era una forma particular de tratado entre Roma y un Estado extranjero, con la característica de estar fundado en el juramento de execración. La intervención de los feciales no era necesario: también el comandante militar hubiera podido concluir un *foedus*, con las mismas formalidades. La doctrina romana distinguía un *foedus* confirmado por los feciales y aquellos concluidos por los militares²⁸.

Para De Martino, quién señalaba que siempre era necesario la intervención de los feciales²⁹, el *foedus* era “un tratado confirmado solemnemente por medio del juramento de execración pronunciado por los feciales” las características de este tipo de tratado, en origen, solamente formales. Cualquier relación internacional (de la simple *amicitia*, de la convención de paz perpetua, a la alianza, *societas*) podía ser revestido con las formas del *foedus*. Pero para su particular solemnidad, formalismo y su colorido religioso el *foedus* sería utilizado para establecer

21.FUSINATO, Op. cit., p. 37

22.TACTO, Ann., III, 80

23.FUSINATO, Op. cit., p. 39

24.BAVIERA, Op. cit., p. 13, citando a Lange, 13, 265

25.Livius, 38.3.8

26.MENDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000, p. 13

27.BAVIERA, Op. cit., p.18

28.MASI, *Foedus*, Extracto del *Novissimo Digesto Italiano*, V. VII, p. 420

29.DE MARTINO, *Storia...* V. II, p. 37 ss.

las relaciones de mayor importancia y, por eso, en el curso del desarrollo histórico, habría acabado “identificándose con la sustancia misma del tratado”³⁰.

Algunos autores como Rubino y Mommsen señalan que era poder exclusivamente del *rex* el realizar los *foedus*, en época republicana, del magistrado. El principio ((*iniussu populi foedus fieri non posse*)) (Livio, 9.5.1): *Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni*. Habría sido confirmado solo en el 321 después de Cristo, en ocasión de la *pax Caudina*. El poder del senado de contraer válidamente vínculos internacionales sin la colaboración del pueblo constituiría una de las usurpaciones de derechos del pueblo, realizada por el senado en edad postsillana.³¹ Pero otros como Täubler, señalan que tanto el magistrado, el senado y el pueblo eran competentes de la misma manera desde el inicio de la edad imperial³².

Frezza y De Martino señalan que la intervención del pueblo en la constitución de vínculos internacionales ha sido admitida en época sucesiva respecto al magistrado y al senado. El senado habría tenido desde el inicio un poder concurrente con el del magistrado supremo³³.

El procedimiento para la conclusión del *foedus* y la formulación según Livio³⁴, nos señala que para la conclusión del *foedus* se necesitaba la participación de los feciales.

El colegio de los feciales elegía de su seno a dos o, cuatro sacerdotes, para que procedan a la conclusión del *foedus*³⁵: Livio, 30.43.9. (*Sine pretio eos Carthaginiensibus redderet. Fetiales cum in Africam ad foedus feriendum ire iuberentur, ipsis postulantibus senatus consultum in haec verba factum est ut privos lapides silices priusque verbenas secum ferrent ut, ubi praetor Romanus imperaret ut foedus ferirent, illi praetorem sagmina poscerent.- Herbae id genus ex arce sumptum fetialibus dari solet. Ita dimissi ab Roma Carthaginienses cum in Africam*).

Uno de ellos, el *verbenarius*, pedía al magistrado los sagmina, la verbena, una hierba que se cultivaba cerca del Campidoglio. Después de haber obtenido el permiso de recogerla y la autorización a representar al pueblo romano, tocando la hierba con la cabeza y los cabellos, lo hacía el *pater patratus*, o sea quién tendría que jurar el *foedus*. El *pater patratus* en presencia del o los colegas, del magistrado romano y de la delegación de la otra parte, después de haber permitido un largo carmen, se leían las cláusulas del tratado (*leges foederis*) y se pronunciaba el juramento solemne con el cual se invocaba al pueblo romano, en caso de violación del tratado, la ira de Júpiter³⁶: Livio, 1.24, 7-8: ((*Audi..., Iuppiter, audi, pater patratus populi alban, audi tu, populus Albanus: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Diespiter, populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque*)).

Entonces golpeaba con una piedra de silicio al puerco destinado al sacrificio³⁷.

30.MASI, Op. cit., p. 420

31.MASI, Op. cit., p. 241

32.TÄUBLER, *Imperium Romanum*, p. 99. Ss; p. 157

33.FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano* (SDHI, Roma, 1939, V, p.161 ss). Ver también DE MARTINO, Op. Cit. vol. II, p. 31.

34.Livio, 1.24.4; 30.43.9

35.Sobre el aspecto religioso del *foedus* ver BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion Romain*, Paris 1957, p. 141

36.Sobre este punto ver CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970, p. 119

37.De aquí que muchos deriban *foedus*, de *ferir, icere, percutere*, en el sentido de contraer un *foedus*.

Estos tratados o *foedera*³⁸ eran de dos tipos diferentes, *aequa* e *iniqua*³⁹. Eran *iniqua* los *foedera* que tenían como principio fundamental el reconocimiento de la hegemonía de Roma, que se reflejaba en el empeño de respetar la majestad del pueblo romano (*maiestatem populi Romani comiter conservanto*)⁴⁰. Esta cláusula hacía que las partes contrayentes no tengan una condición de paridad. Según Masi, los *socii* de Roma no tenían, en este caso, alguna autonomía en la política internacional, más bien estaban obligados a seguir la política de Roma.

Eran *foedera aequa* los *foedera* que no contenían el reconocimiento de la hegemonía de Roma. Las partes contrayentes se encontraban en condición de paridad y la alianza tenía un carácter defensivo⁴¹.

5.1.2. Efectos:

La fórmula del *ius iurandum* indica claramente que el compromiso asumido en el nombre de Júpiter, no del otro contrayente, en que el *pater patratus* es llamado como testigo y a celebrar el sacrificio animal o la libación. De ese modo Livio habla de *Di testes, arbitri foederis*:

Livio 6.29.2 “*His utrimque animis ad Alliam ventum est. dictator Romanus, postquam in conspectu hostes erant instructi intentique, “videsne tu” inquit, “A. Semproni, loci fortuna illos fretos ad Alliam constitisse? nec illis di immortales certioris quicquam fiduciae maiorisve quod sit auxilii dederint. At tu, fretus armis animisque, concitatis equis invade mediam aciem; ego cum legionibus in turbatos trepidantesque inferam signa. adeste, di testes foederis, et expetite poenas debitas simul vobis violatis nobisque per vestrum numen deceptis.” Non equitem, non peditem sustinere Praenestini. Primo impetu ac clamore dissipati ordines sunt; dein, postquam nullo loco constabat acies, ...”*.”

Deriva un compromiso llamado *obligatio, publicum vimculum religiones, publica religio, religiones foederum*. La *religio* no deriva del *ius iurandum* del *foedus*, sino de la *sacrosanctitas* que sólo su ratificación, en una *lex comicial* puede conferir al *foedus*. Por lo tanto el compromiso asumido por Roma no tendría otro fundamento que la *Fides romana*. Es débil aún la posibilidad de que el *foedus* podía crear un *ius e iura*, ventajosa para los federados. Es indudable que con el tratado se fundamenta la reglamentación jurídica de las relaciones no solo políticas sino también económicas y sociales. Hay cláusulas que reconocen la *maiestas* o de cualquier modo la superioridad de los romanos; también se legitiman los efectos de los continuos pactos y de la eventual extensión de las normas romanas a los *foederati*⁴².

5.2. Derecho fecial de guerra

5.2.1. Declaración de guerra

La guerra⁴³, según la concepción romana, era considerada como un verdadero procedimiento judicial que se combatía entre dos ejércitos. Los mismos criterios, las mismas expresiones que para las cuestiones de derecho privado⁴⁴.

En el periodo helénico una guerra iniciada, que toma al enemigo por sorpresa fue vista como impropia y sucedía raramente. Es universalmente aceptado que tal proceso de declaración de

38. Ver PARADISI, *Dai Foedera Iniqua alle Crisobulle Bizantine*, Excertum ex “*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” XX, Roma 1954, p. 4 ss; Ver también LURASCHI, *Foedus ius Latii Civitas*, Padova 1979, pp. 23-137

39. LIVIO, 37.57. 7-9

40. MASI, Op. cit., 421, citando a CICERÓN (pro Balbo, 16.35).

41. MASI, Op. cit., p. 421

42. BUONO-CORE, *Los tratados en el Mundo Romano*, Revista de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho Romano) XXV (Valparaíso, Chile, 2003), pp. 23 - 34.

43. Ver ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981.

44. FUSINATO, Op. cit., p. 44

guerra fue realizado por los feciales⁴⁵. La posición de Livio sería distinta, según él el *feudus* era el tratado confirmado por los feciales: Livio, 9.5.1 (*Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.*) 1.24.3.

Según la ciencia antigua no se podía combatir un *bellum iustum et pium*, quiere decir, conforme a las reglas internacionales ni ser asistidos por la protección de los dioses, si no eran observadas en la declaración de guerra, los ritos tradicionales⁴⁶.

La ceremonia de la *indictio belli*⁴⁷, de la cual era parte esencial la declaración solemne del buen derecho del pueblo romano; debía en Roma estar precedida por un rito solemne en el cual uno de los feciales venia investido de la función de *pater patratus*, portavoz de la comisión enviada a cumplir la *indictio*⁴⁸.

El primer acto es la intimación (*clarigatio*)⁴⁹, hecha por el *pater patratus*⁵⁰ al enemigo a restituir las cosas sustraídas o de reparar las ofensas cometidas al pueblo romano. Éste acto debía de cumplirse *ad fines* del enemigo (Livio 1.32.6)⁵¹:

Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo - lanae velamen est - "Audi, Iuppiter," inquit; "audite, fines" - cuiuscumque gentis sunt nominat; - "audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit." Peragit deinde postulata); Júpiter era siempre invocado a testimoniar el acto.

A partir de este punto decorría un periodo de treinta días⁵² concedidos al enemigo para darle tiempo de satisfacer los pedidos del pueblo romano. Vencido el tiempo, debía acudir nuevamente a la frontera del enemigo y allí invocar, (Livio 1.32.9)⁵³, *Iupiter, Ianus, Quirinus diique omnes coelestes, terrestres, inferni, declarar que el pueblo iniustum esse neque ius persolvere*.

En la *contestatio* sucesiva, se invocaba tanto a Júpiter como a Ianus Quirinus y todas las otras divinidades a ser testigos y jueces de la conducta *inequa* del adversario. Solo luego que se ha realizado esta relación entre los romanos y las divinidades que dominan los eventos y que pueden favorecer al buen éxito del conflicto, es posible llegar a la declaración de un *bellum iustum ac pium*.

Luego de la solemne *contestatio*, le toca al senado deliberar si se debería declarar la guerra. Si el senado se decidía por la guerra, el *pater patratus* debía nuevamente dirigirse a la frontera enemiga con una lanza de fierro, o con un asta de madera con la punta endurecida en el fuego (muestra de lo primitivo del rito), manchada con sangre, y luego de una solemne declaración (*clarigatio*) de guerra, debía para iniciar la hostilidad, lanzarla al territorio enemigo⁵⁴. El tirar la lanza en el territorio enemigo era un acto concreto y unívoco del inicio de las hostilidades.

Luego de la guerra viene la *deditio*, un instituto del derecho de guerra antiguo de los pueblos itálicos, el cual sirvió para la conquista y la construcción de un dominio mundial. Roma utilizó a

45.RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976, p. 56. Ver también OLGIVE, *A Commentary on Livy Books, I-V* (1965) pp. 127-136

46.DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Estratto dai *Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Archeologia*, V. XXVII, 1952-54, p. 193

47.Sobre la *indictio belli* ver DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966, pp. 211, 382

48.Sobre la *indictio* ver CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Totino 1970, p. 118

49.Sobre la *clarigatio* ver DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetitio e l'Istituto Parallelo dell'Antica Procedura Civile Romana*, IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955, pp. 31-46; Ver también ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980, pp. 12-16

50.CICERÓN, *De Off.* I, II, 36

51.Sobre este punto ver también DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966, pp. 101-103

52.PIERANTONI, Op. cit., p. 295

53.(*Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta - tot enim sollemnes sunt - peractis bellum ita indicit*).

54.DE FRANCISCI, Op. cit., p. 195

las fuerzas vencidas y respetó su autonomía, disciplinada y puesta en armonía con las exigencias generales. El efecto capital de la *deditio* es aquel de hacer cesar la acción de guerra. La violencia del ejército vencedor se transformaba en la *potestas* adquirida por el pueblo vencedor, sub entrando el derecho del vencido a su arbitrio, cuando la *deditio* se completaba⁵⁵.

La guerra, en la concepción jurídica religiosa romana se presenta siempre como una rotura de la pacífica naturalidad de las relaciones entre los pueblos⁵⁶.

5.2.2. Teoría de la hostilidad natural

La idea común entre los históricos modernos y expresada en modo incisivo por Mommsen es que la condición originaria de las relaciones entre los pueblos, entonces también entre la federación latina y las otras nacionalidades era aquella de la enemistad, de la guerra⁵⁷. Más allá de los límites de la nación latina no existirían ni derechos, ni paz ni propiedad, ni para Roma, ni para los extranjeros. El habitante de aquel territorio, el extranjero, es un *hostis*; el fundamento jurídico del derecho internacional moderno, eso es la coexistencia de diversas naciones con el reconocimiento recíproco en su derecho público de la igualdad jurídica y de la plena autonomía, sería inconciliable con los principios romanos. Como prueba de esta opinión se aduce a la prisión de guerra, que venía concebida en modo extremadamente riguroso, y el carácter de los primeros tratados que Roma estipuló con las ciudades etruscas⁵⁸.

El estado de guerra, jurídicamente existente sólo con los extranjeros de diversa nacionalidad, venía formalmente compuesto mediante una tregua concluida por un cierto término y renovada a su vencimiento, ésta tenía principalmente el fin de regular el comercio. En tal modo el extranjero de *hostis* se habría transformado en persona, que gozaba del derecho de hospitalidad, con privilegios particulares establecidos a su favor en el comercio y con una disciplina jurídica del procedimiento⁵⁹. Al estado natural de guerra sub entró un vínculo internacional de *hospitium*, del cual derivaría el *foedus*. Tal concepción se funda sobre la idea de que el estado natural es el de la guerra, mientras el curso de la civilización conduciría al establecimiento de relaciones de amistad y al final a un verdadero derecho internacional.

De Martino sostiene lo contrario, señalando que no es posible diseñar en modo esquemático el estado de las relaciones internacionales en la edad precedente a la formación de las comunidades ciudadanas y de la sociedad dividida por clases. Ya los iluministas habían señalado su concepción del estado natural, que entre los hombres no existía ni guerra ni paz, sino indiferencia recíproca⁶⁰.

Teorías sobre la ausencia de derechos para los extranjeros y la hostilidad permanente, que eran condiciones primordiales entre los pueblos, de esto se deduce que la guerra y no la paz sería el estado natural de las relaciones internacionales⁶¹, a menos que no intervengan de vez en vez la estipulación de los tratados, o la existencia de una comunidad de raza.

6. Analogía entre el *ius fecial* y el derecho internacional

En esta parte del trabajo trataremos de analizar si el derecho creado por los feciales constituía

55. Sobre la *deditio* ver PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941; ver también: PUGLIESE, *Spunti sulla Deditio dell'Accusato di Illeciti Internazionali*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974.

56. SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991, p. 27

57. Ver GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Livio*, Modena 1954, p. 11

58. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli 1973, vol. II, p. 13 ss.

59. DE MARTINO, Op. cit., p. 14; Ver también a BONA, *Post Liminium in Pace*, Excertum ex "*Studia et Documenta Historiae et Iuris*" XX, Roma 1955, p. 260

60. DE MARTINO, Op. cit., p. 14, citando a ROUSSEAU, *Contrat Social*, I y V; PARADISI, *L'Amitié Internationale Les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Academia de Droit International, Paris 1951, p. 347

61. SINI, Op. cit., p. 30

derecho Internacional⁶² o si solamente constituía un derecho Supra nacional⁶³ romano usado para relacionarse con los pueblos extranjeros⁶⁴.

Tenemos que ver primeramente que la denominación de derecho Internacional es reciente. En la edad moderna se llamo *Ius Belli* con Alberigo Gentili, *ius Belli ac Pacis* con Grotio⁶⁵, *Ius Inter Gentes* con Zouch, luego con Bentham se le dio el nombre de Derecho Internacional⁶⁶.

Puesto que la generación de relaciones entre dos sujetos denota la pertenencia de ambos a la misma comunidad, relativamente a los actos del pueblo romano que ponía en práctica, aplicando los institutos de derecho público externo, con pueblos extranjeros atribuyéndoles eficacia jurídica vinculante⁶⁷. Se prospectan como posibles dos hipótesis: éstos actos se desarrollaban en el ámbito de la comunidad interna de Roma o en el campo de la comunidad internacional.

No obstante la conservación de una autonomía, como potestad de darse un ordenamiento, a las comunidades absorbidas en la Urbe romana y regidas por estatutos municipales, las relaciones de estas comunidades con Roma son de derecho interno y no internacional. Pero cuando las relaciones intercorren entre grupos políticos en los cuales la autonomía es el aspecto de un atributo más amplio y comprensivo que es la soberanía:

D. 49.15.17.1 (Proc. 8 epist.): *Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. Hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberus esse etiam si neque auctoritate neque dignitate nequi viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est.*

Estas relaciones no pueden considerarse de derecho interno. Tampoco internacionales para aquella comunidad victoriosa que impuso su política en el egocentrismo y sobre la expansión de la conquista militar⁶⁸.

Se dan como razones que no existió derecho internacional en la antigüedad clásica las siguientes: Los antiguos griegos y romanos no podían conocer el derecho internacional ni público ni privado, porque para que exista un derecho que regule las relaciones entre las naciones, y la de los individuos pertenecientes a ésta, es necesario que venga reconocida la unidad del género humano⁶⁹, que exista entre los estados un vínculo jurídico y que éstos comprendan que poseen derechos y deberes recíprocos⁷⁰.

Cuando la fuerza es el único ligamen internacional y la guerra el estado natural de los pueblos⁷¹; cuando en el Código de las XII Tablas, bárbara, inhumana y cruel, está la disposición

62. Ver BAVIERA, *Il Diritto Internazionale dei Romani*, Modena 1898, p. 6 ss.

63. Sostenedores de ésta tesis, CATALANO, Fabbrini etc.

64. Ver CATALANO, *Diritto e Persone*, Giappichelli, Torino 1990.

65. Para ver la contribución de Ugo Grozio en el Derecho Internacional ver GROTTIO, *Ugo Grotio e la Tradizione Storica del Diritto Internazionale*, Edit. Scientifica, Napoli 1975.

66. BAVIERA, Op. cit., p. 15

67. GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Tito Livio*, Modena 1954, p. 6

68. GANDOLFI, Op. cit., p. 7

69. Posición contraria la de PARADISI, *L'Amitié Internationale les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Extrait du *Recueil des Cours*, Recueil Sirey, Paris 1951, p. 333. Donde señala "les hommes modernes sont désormais habitués à considérer l'ordre juridique international comme quelque chose d'unique et d'universel. Mais cette universalité et cette unicité ne sont pas des caractéristiques don't le droit international ne puisse se passer pour affirmer son existence. Elles sont au contraire le résultat d'un long processus historique qui a eu pour base la construction juridique de l'Empire romain et pour force d'expansion le christianisme.

70. Ver LAURENT, *Droit Civil International*, vol. I, p.16, vol. III, p.12; sobre este tema ver también CATALANO, *Diritto e Persone*, Torino 1990, p. 5 ss.

71. Sobre la teoría de la hostilidad natural ver MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, Berlin 1864, pp.326 ss.; DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, II, Napoli 1960, p. 12

que *adversus hostem aeterna auctoritas*, éste y el extranjero se consideran como enemigo y la esclavitud bélica rige como una institución floridísima. En este contexto no puede existir derecho internacional público ni privado⁷².

En la antigüedad el extranjero era objeto de ocupación como *res nullius*: el *servare imperium majestemque populi romani* era el solo derecho que la urbe imponía a los otros pueblos vencidos y subyugados en cruentas guerras.

Pero estos argumentos deben de ser confrontados con Livio y Cicerón⁷³ quienes señalan que para declarar la guerra esta debía de ser reconocida como justa, *iustum piumpque bellum*, condición era indispensable, la justicia se refiere a las ceremonias religiosas a cumplirse para la declaración de la guerra, sin estas formalidades la guerra era injusta⁷⁴.

Tampoco observaron la conclusión de los *foedera*, que los Romanos concluían con los pueblos vecinos, con un lujo maravilloso particular, de los cuales emerge claramente su carácter de obligatoriedad jurídica. Laurent trata de destruir el derecho internacional antiguo diciendo que, los *foedera* no eran tratados, más bien, treguas (*trèves*) expresión sincera de un estado de guerra permanente que admitía las treguas más no la paz⁷⁵.

Algunos critican el carácter internacional de los *feciales*, señalando que su fundamento es exclusivamente religioso como aquel de los pontífices⁷⁶.

Otro argumento también señalado por Fusinato es que las relaciones jurídicas no pueden ser internacionales, porque no se fundan en el consentimiento expreso o tácito de las naciones, sino solamente de una fracción del derecho nacional propio de los Romanos de frente al extranjero⁷⁷.

Otros como Gianturco señalan que el derecho romano por su naturaleza invasivo y egoísta del Estado, no ve ni siquiera el concepto de comunidad de naciones⁷⁸.

El reconocimiento de la existencia de un derecho internacional en la antigüedad encontró por mucho tiempo una fuerte resistencia por parte de los que confundían el derecho internacional con su desarrollo científico, que es cierto una prerrogativa del pensamiento moderno, o pedían por eso la existencia de un orden internacional universal que no lograban ver en el mundo antiguo⁷⁹.

72. BAVIERA, Op. cit. p. 8

73. LIVIO, IX, 8; XXXIX, 36; Ciceron, *De Rep*, II, 17.

74. BOSSUET, *Discours sur l'Historie Universelle* (3.a part., VI)

75. FUSINATO, Op. cit., p. 103

76. FUSINATO, *Dei Feziali*, p. 26 ss y 110-123

77. WHEATON, *Historie du progrè de droit des gens*, p. 23; FUSINATO, *Dei Feziali*, p. 12,13;

78. GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*, p. 52

79. PARADISI, *Impostazione Dogmatica e Ricostruzione Storica del Diritto Internazionale Più Antico*, Milano 1951, p. 6

EL DERECHO INTERNACIONAL EN ROMA EL “*IUS FETIALE*”

BIBLIOGRAFÍA

CATALANO, *Linee del Sistema Sovrannazionale Romano*, Torino 1965; FABBRINI, *Impero di Augusto come Ordinamento Internazionale*, Milano 1974; VARRONE, *De Lingua Latina* V, 15; FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884; FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII; BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898; ZOCCO-ROSA, *Fetialum Collegii Compositio*, Ex Typis Martinentii, Catanae 1887; NONIUS, 529. 17; CICERON, *De Rep.*, 2.17.31; PIERANTONI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Roma 1881; DE VITA p. R. II apud Numinium s. V. *Fetiales*; MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I; MENDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000; MASI, *Foedus*, Extracto del *Novissimo Digesto Italiano*, V. VII; TÄUBLER, *Imperium Romanum*; FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano* (SDHI, Roma, 1939, V, p.161 ss); BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion Romain*, Paris 1957; CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970; PARADISI, *Dai Foedera Iniqua alle Crisobulle Bizantine*, Excertum ex “*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” XX, Roma 1954; LURASCHI, *Foedus ius Latii Civitas*, Padova 1979; LIVIO, 37.57. 7-9; BUONO-CORE, *Los tratados en el Mundo Romano*, Revista de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho Romano) XXV (Valparaíso, Chile, 2003); ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981; RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976; OLGIVE, *A Commentary on Livy Books, I-V* (1965); DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Extracto dai *Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Archeologia*, V. XXVII, 1952-54; DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966 ; DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetito e l'Istituto Parallelo dell'Antica Procedura Civile Romana*, IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Extracto dal vol. 6, Napoli 1955; ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980; PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941; PUGLIESE, *Spunti sulla Deditio dell'Accusato di Illeciti Internazionali*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974; SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991; GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Livio*, Modena 1954; DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli 1973; BONA, *Post Liminium in Pace*, Excertum ex “*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” XX, Roma 1955; PARADISI, *L'Amitié Internationale Les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Academia de Droit International, Paris 1951; BAVIERA, *Il Diritto Internazionale dei Romani*, Modena 1898; CATALANO, *Diritto e Persone*, Giappichelli, Torino 1990; GROTIUS, *Ugo Grotio e la Tradizione Storica del Diritto Internazionale*, Edit. Scientifica, Napoli 1975; GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Tito Livio*, Modena 1954; LAURENT, *Droit Civil International*, vol. I, p.16, vol. III; WHEATON, *Historie du progrès de droit des gens*; GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*; PARADISI, *Impostazione Dogmatica e Ricostruzione Storica del Diritto Internazionale Più Antico*, Milano 1951.

ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La empresa en Roma. – 3. Evolución del concepto de empresa. – 4. La empresa en los Estados Unidos. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo⁸⁰ tiene por objeto el expandir las nuevas doctrinas académicas sobre la creación de la empresa⁸¹, así como su evolución, desarrollando el estudio desde un punto de vista histórico comparativo⁸². Trataremos de ilustrar la teoría de Feliciano SERRAO y Andrea DIPORTO

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008)

80. Artículo publicado en *Vox Iuris* 17, USMP 2009, pp. 147-155.

81. Sobre el concepto de empresa ver: JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001, p. 69; nos define el concepto económico de la empresa: la organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado. Sobre la definición moderna de la definición de corporación en los Estados Unidos véase: KRAAKMAN, REINIER and HANSMANN, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004, p. 1. There are five basic characteristics, most of which will be easily recognizable to anyone familiar with business affairs. They are: a) legal personality; b) limited liability; c) transferable shares; d) delegated management under a board structure; e) investor ownership. DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005, pp. 72-84. Nos señala la formación progresiva de la noción de empresa como actividad específica, indicándonos la definición de empresa en el *Code de Commerce* de 1807 en su artículo 632. Sobre el concepto de empresa en el derecho italiano ver el art. 2082 del *Codice Civile* Italiano de 1942; el cual nos da la definición de *imprenditore* “*chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001; el autor no nos da un concepto de empresa, únicamente los conceptos de sociedades, realizando una división entre sociedades de personas y sociedades de capitales. GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999, pp. 11-50; nos da únicamente el concepto de empresario, relacionando principalmente el concepto de empresa con el concepto marxista; una noción comparatista muy importante para el derecho comparado. SCHMITDT, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997. 65-77; nos señala que no existe un concepto jurídico general de la empresa. OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 37-47; el autor nos elenca los distintos conceptos de empresa desde el punto de vista jurídico, económico, etc. CHERCHI, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983, pp. 335-337; nos da la definición del código civil italiano más los siguientes requisitos: a) el ejercicio de una actividad económica; b) el ejercicio profesional de tal actividad; c) la organización de los medios recurrentes; d) el ejercicio de la actividad a nombre propio; e) el fin de lucro. BESSONE, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004, pp. 637-640. TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994, pp. 300-304; nos dice que: “*nell’impresa appare protagonista del mondo economico – non si ha riguardo alla sola persona dell’imprenditore (il soggetto), o al complesso dei beni che formano l’azienda (mezzi e oggetti); nell’impresa si ha un quid che si considera unitariamente nella sua vita e nel suo movimento, come una combinazione di atti che richiede l’organizzazione di soggetti e di mezzi destinati alla produzione o allo scambio*”.

Las sociedades integran en nuestro ordenamiento un sistema jurídico compuesto por una pluralidad de tipos de sociedad. Cada una posee características propias, cada tipo de sociedad está destinado a cumplir una función distinta en el ámbito del sistema de la producción. Por el contrato de sociedad se entiende: Dos o más personas que aportan bienes o servicios, para la explotación en común de una actividad económica, con el objeto de repartirse sus utilidades. Entre los elementos en común: a) un contrato de sociedad; b) presencia de dos o más socios; c) aporte de capital o trabajo; d) explotación de una actividad económica; e) realización de un objeto social; f) finalidad de lucro.

82. Sobre el concepto de derecho comparado ver: ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2-14; si tratta di un processo intellettuale, il quale ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento. Il diritto comparato concerne la comparazione di diversi sistemi giuridici nazionali. Ciò può avvenire, in generale, nel senso che lo spirito e lo stile di diversi sistemi giuridici, i modi di pensare e anche i metodi di procedere a loro usuali vengono tra loro comparati. Si parla a questo proposito di *macrocomparazione*, intendendo che l’oggetto dell’indagine comparatistica sono qui i metodi con i quali si analizza normalmente la materia giuridica, i procedimenti mediante i quali si effettua la comparazione e la decisione, di controversie, od i metodi di lavoro dei giuristi che si occupano di diritto, mentre non appartengono a questo ambito i singoli problemi e le loro soluzioni. Sobre la función

sobre el origen de la empresa, doctrina que aparece en el año 1985, basada en el libro XV del Digesto de Justiniano⁸³, la cual deja de lado todas las teorías anteriores. Siendo esta teoría la del esclavo manager la de mayor relevancia académica en la actualidad. Luego analizaremos la evolución del concepto de empresa y finalmente desarrollaremos el criterio de empresa actual en los Estados Unidos.

2. La empresa en Roma

Los problemas de la empresa en Roma⁸⁴ antigua aparecen en el periodo comprendido entre el siglo III a.C. al III d.C.⁸⁵ época caracterizada por el imperialismo y la gran expansión del *ager publicus*⁸⁶, la transformación de la economía agrícola, la gran difusión de la esclavitud⁸⁷ que se

del derecho comparado véase: DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994, p. 14; il diritto comparato ha una funzione di primo piano da assolvere nella scienza del diritto, esso tende, infatti, in primo luogo, a illuminare il giurista sulla funzione e il significato del diritto, mettendo a profitto a questo scopo l'esperienza di tutte le nazioni. Il suo secondo obiettivo è quello di facilitare, su un piano più pratico, l'organizzazione della società internazionale mostrando le possibilità di accordo e suggerendo formule per l'ordinamento delle relazioni internazionali. Esso permette in terzo luogo ai giuristi di diverse nazioni, per quel che riguarda il loro diritto interno, di concepirne il miglioramento uscendo fuori dalle abitudini acquisite.

83.El Digesto de Justiniano, es uno de los libros creados por el emperador Justiniano en el año 529 d.C. en una compilación llamada *Corpus Iuris Civilis*, que comprendía: a) el *Codex*, contenía a las constituciones imperiales que tuvo Roma a lo largo de su historia; b) las *Novelas*, contenía las nuevas constituciones publicadas luego de la publicación del *Codex*; c) el *Digesto* o *Pandectas*, el cual contenía la recopilación de los jurisconsultos más renombrados en Roma, posee 52 libros, con toda una bastedad de temas, desde el derecho civil, comercial, penal, público, etc.; d) las *Institutas* o instituciones, que eran los manuales explicativos del digesto. Esta normatividad mantiene vigencia hasta la actualidad, con las variaciones de las diversas familias y escuelas jurídicas del mundo; por ejemplo: la anglosajona que conserva rasgos romanistas como su principio básico *stare decisi*, la creación de ley por parte del *judge*, etc., la escuela exegética francesa que intentó apartarse de la legislación romana pero el *Code Civil* francés conserva todos los rasgos romanistas, aunque algunos con equivocaciones clamorosas como los referidos a los requisitos para que el *nasciturus* sea considerado persona: a) nacer; b) nacer vivo; c) ser viable; d) tener forma humana, esta era la excepción romana y el *Code Civil* de 1804 lo toma como principio. Por otra parte la escuela *pandectista* alemana estudiando el *digestum pandectarum* crean la BGB con características modernas.

84.El primero a escribir sobre el tema fue Feliciano SERRAO y posteriormente su alumno Andrea DI PORTO, actualmente profesores en la Universidad de Roma "La Sapienza".

85.Ver SERRAO, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993, p. 9 ss.

86.Sobre el *ager publicus* véase: TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 263-266; donde el profesor Talamanca dell' Università di Roma "La Sapienza"; nos señala: secondo le circostanze, la terra era distribuita in piena proprietà (*viratana*) a cittadini romani (*ager privatus, viritanus*), ovvero restava nella condizione di *agro pubblico*. Era quest'ultima durante la repubblica, la destinazione prevalente, tanto è che le fonti usano senz'altro come sinonimi le espressioni *ager ex hostibus captus*, cioè tolto come ai nemici, *ager occupatorius*, nel senso primitivo di occupato dal popolo vincitore, ed *ager publicus (populi romani)* cioè passato nel dominio del popolo romano ed amministrato quindi, dal senato, che ne decideva (e regolava) la forma di utilizzazione, in primo luogo deducendovi delle colonie, latine o di propri cittadini (v. 46, 48: ed. *ager colonicus*). In genere consentiva che le terre incolte o le meno produttive (ed erano le più) fossero occupate, senza alcun corrispettivo, da chi aveva interesse (e mezzi) per sfruttarle. Si parlava allora di *ager occupatorius*, in senso ben diverso da quello (generale) che abbiamo visto; in una prospettiva, cioè, che poneva l'accento stavolta la disponibilità (realizzata) di quelle terre a essere occupate da privati, che ne diventavano, così, giuridicamente possessori. Ne acquistavano pieno godimento, trasmissibile tra vivi e *mortis causa* ai propri successori, ed erano tutelati contro i terzi, che comunque tentassero di interferire, con strumenti processuali speciali quali (da primi decenni del II secolo, almeno) gli interdetti possessori: soprattutto l'*uti possidetis*, che con la sua clausola *vim fieri veto* proibiva a chiunque di far loro violenza, di arrecare cioè qualsiasi turbativa ai possessori (più tardi si aggiunsero: che non si fossero impadroniti a loro volta dei fondi stessi: *vi clam precario*: con violenza, in modo clandestino o da altri a titolo precario). La entrega del *ager publicus* a los plebeyos fue la primera forma de adquisición de propiedad de los plebeyos, los cuales debían de poseer las tierras por dos años para convertirse en propietarios. La primera forma de adquirir propiedad para los plebeyos fue a través del uso del *ager publicus*, mediante el *usucapione* el emperador señaló que todos los poseedores de tierras públicas serán propietarios si las trabajan por dos años. Concepto distinto al actual en cuanto a la usucapión, en la cual solamente se permite en las propiedades privadas y con el paso de diez o cinco años.

87.Sobre la principal división del derecho respecto de las personas ver el Digesto 1,5,3 *De Iure Personarum: summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes aut liberi sunt aut servi. 1 Et Libertas quidem est, ex qua etiam*

convierte en la fuente hegemónica de la fuerza de trabajo. Característica nueva y determinante de todo el periodo y la expansión de los tráficos y grandes desarrollos del capital comercial, esta podría ser indicada como la edad comercial de Roma antigua, (imperialismo-mundo)⁸⁸. De la segunda mitad del tercer siglo a.C. y por los primeros dos siglos del principado, Roma está al centro de la logística de los negocios que se desarrollan en todo el Mediterráneo y aún más allá.

En este periodo los pretores⁸⁹ de la jurisdicción *inter privatos*, el urbano⁹⁰ y el peregrino⁹¹, el segundo surgido en esa etapa temporal, con sus edictos⁹² constituían los órganos fundamentales para la creación de todas las formas jurídicas necesarias para la existencia de la economía-mundo. Justo en este periodo, y al inicio del segundo siglo a.C., surge gracias a los pretores, que toman nota de todas las exigencias de la economía comercial, una serie de acciones dirigidas a dar organización y forma jurídica a los fenómenos ya enraizados en la vida económica⁹³.

Es imposible determinar una exacta cronología de los diversos sucesos. Ciertamente, antiquísimo era el *peculio* como fenómeno económico de hecho, que encontraba su estructura y funciones solo en la *potestas* del *pater*⁹⁴ o del *dominus*. La formación de grandes patrimonios y la expansión

liberi vocantur, naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur. 2 Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. 3. servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos venderé iubent, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur. 4. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civil, quum homo liber maior viginti annis ad pretium participantur sese venundari passus est.

88. CARANDINI, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986, III, pp. 3-19

89. El pretor era el magistrado mayor, elegido por los comicios centuriados bajo la presidencia de otro magistrado mayor (por regla un cónsul, del cual tenía los mismos *auspicia máxima*), *conlega minor* de los cónsules, titular de *imperium* cualitativamente no diverso, pero con menor *potestas*, en edad histórica el pretor tenía competencias específicas sobre todo en el campo de la jurisdicción civil: sobre las características del pretor véase: TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 130-140.

90. El pretor urbano era aquel juez que debía de resolver los casos de los *cives* romanos, utilizando el *ius civilis*, no pudiendo juzgar casos de peregrinos o entre *cives* y *hostis*.

91. El pretor peregrino es aquel creado para resolver los conflictos *inter peregrinos* o en los casos entre peregrinos contra *cives* romanos. A estos pretores se les considera el antecedente del derecho internacional privado visto que debían resolver en casos donde el sujeto era extranjero o cuando las relaciones jurídicas eran extranjeras.

92. Función característica de los jueces anglosajones, es interesante observar como el *common law* posee características similares al *civil law* en sus orígenes.

93. Véase la *Actio de Peculio et de rem verso*, *Actio* pretoria que reconoce legalmente a la empresa gestionada por un esclavo. Este reconocimiento es tanto de la responsabilidad limitada, la capacidad de realizar actividad comercial por parte del esclavo así como su capacidad procesal. Esta teoría ha sido reafirmada por las excavaciones arqueológicas que en el barrio de Testaccio en Roma, fueron encontrados los sarcófagos en los cuales se realizaba la importación y exportación de mercadería de y hacia Roma, teniendo gravado en ellos el nombre de los esclavos managers responsables del negocio. Sobre el derecho comercial en Roma ver: el Digesto libro décimo quinto que nos habla de: *De peculio, quando de peculio actio annalis est* (cuando es de un año la acción de peculio), *de in rem verso* (de la acción por lo que se convirtió en provecho de otro), *quod iussu* (de la acción de lo que se hizo por mandato).

94. Sobre la estructura de la familia ver: BIONDI, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939, p. 551 ss; nos trata sobre la familia como la estructura básica de la sociedad así como lo señalaba BONFANTE en su clásica obra, ver BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolese, Roma 1926; donde señala que la familia es el eje central de la propiedad, con el *pater familias* como único *sui iuris*. El *status familiae* era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ella se podía ocupar influía sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y *sui iuris*, y se encontraba reducida cuando era *alieni iuris*. Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto llamado *emancipatio*. El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad (veinticinco años). Esta condición sólo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio romano (D. 50.16.95.5) la mujer es cabeza y fin de su propia familia: *mulier familiae suae et caput et finis est*. La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filius familias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *pater*

de las actividades económicas por un lado, la enorme difusión de la esclavitud por otra parte, hicieron que, para dar protección a terceros que habían concluido negocios con el *filius* o con el *servis*⁹⁵, a quien el *pater* o *dominus* les había confiado en gestión una parte de su propio patrimonio, el *peculium*⁹⁶, separado de la otra parte que permanece a su gestión directa, o sea en la *res domini* o *patris*, el pretor creó la *actio de peculio et de in rem verso* con la cual el tercero que contrató con el *filius* o con el *servus* podía convenir al *pater* o al *dominus* en el límite del *peculio* o de lo que había sido conseguido *ex causa peculiari* y había sido versado en el patrimonio (*res*) personal del *pater* o del *dominus*⁹⁷.

A un punto, cuando las exigencias comerciales se desarrollan, y seguramente en el momento en el cual se debió afirmar aplicación de la institución de lo que podemos llamar *peculio* empresarial, o sea *peculio* separado de la *res domini*, destinado al ejercicio de una empresa comercial, el pretor emana el *edictum* sobre la *vocatio in tributum* y sobre la *actio tributoria*, que señala una reglamentación precisa sobre el uso empresarial del *peculio* en el campo comercial y están dirigidos a establecer una *par conditio* entre los créditos del *dominus* o *pater* y créditos con los terceros, siempre en los límites en los cuales el *servus* o *filius* ejercitaba una actividad comercial y el *dominus* o *pater* mientras éste tenía conocimiento, o *sciens*⁹⁸.

En estrecha conexión con el uso empresarial del *peculio* surgió la *actio quod iussu*, puesta siempre a canto al *actio peculio*, quizá dirigida, en sus orígenes a crear acreedores privilegiados frente a acreedores peculiares normales, creando una jerarquía de acreedores, hoy se diría acreedores fuertes, la responsabilidad limitada del *peculio* en responsabilidad ilimitada⁹⁹. Al mismo tiempo vino creada la *actio istitoria*, con la cual prácticamente se organizaba la empresa comercial con responsabilidad ilimitada y se daba el crisma definitivo a una praxis comercial en la cual el esclavo, o el propio hijo podían realizar actividad comercial, con las consecuencias, pero mientras el *pater* o *dominus* adquiría, él no era responsable contra terceros (representación imperfecta). La intervención pretoria rendía al *dominus* o *pater* directamente e ilimitadamente responsable contra los terceros en virtud de los negocios concluidos por su *servus* o *filius institor*. En tal modo se ponía los *incommoda* a cargo de aquellos a quienes

familias viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona in *causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *noxal* por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía.

95. Entre las críticas más duras contra esta teoría podemos mencionar que se encuentra la de la calidad del esclavo, primero si era persona: según el derecho romano los esclavos son personas como lo afirma el Digesto en: D. 1,5,3 *De Iure Personarum: Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines. Aut liberi sunt aut servi*. La principal división del derecho de las personas es esta: que todos los hombres son o libres o esclavos; esta división deshecha toda crítica anglosajona contra esta teoría. Segundo: si el esclavo era persona, este no puede realizar ninguna actividad porque es un *alieni iuris* y su condición de esclavo lo hace poseer una *capitis diminutio* máxima; ante esta crítica debemos de señalar que el único derecho que no perdía el esclavo era el *ius commercii*, además del *ius connubi* (solamente entre esclavos (*cotubernio*)). Los romanos aprovechaban de las capacidades de los pobladores de los pueblos conquistados, si estos eran negociantes, estos seguirían desarrollando la misma actividad bajo el dominio del *dominus*. Otra de las críticas del porqué preferir al esclavo en vez del *filius familias*, una de las principales razones era aprovechar la especialización en comercio de los esclavos.

96. La derivación etimológica de *peculio* nos reporta a una sociedad de pastores, en una época pre cívica, su origen y su primera aplicación de ésta institución sería en la sociedad gentilicia, en las relaciones patrón cliente. Antes de la creación pretoria, el *peculio* constituye un fenómeno aparentemente social más que del derecho. Pero su origen nos lleva a la antigüedad. En cuanto al *peculio* de *filius*, la noticia más antigua nos envía a la tradición historiográfica (Livio 2.41.10) es relativa a los primeros decenios de la república y guarda a Spurio Cassio. En cuanto al *peculio* del esclavo, una noticia directa la podemos apreciar en una norma de las XII Tablas sobre *statuliber*, ósea el esclavo que había sido declarado libre en el testamento a condición que se hubiese pagado al heredero una cierta suma (norma reconstruida sobre la base de Tit. Ulp. 2.4. El *peculio* luego adquiere características propias: *peculium nascitur, crescit, decrescit y moritur, peculium simile esse homini*.

97. Gaio. 4, 72-74; D. 15, 1, 2 y 3; Inst. 4, 7, 4-7.

98. Gaio. 4, 72; Digesto. 14, 4, Inst. 4,7,3. Ver además SERRAO, Feliciano, *Impresa*, p. 19.

99. Gaio. 4, 72; Digesto. 15, 4, Inst. 4,7,1.

les tocaba los *incommoda* y nacía la representación *institoria* la cual es la representación orgánica perfecta¹⁰⁰.

En el mismo periodo, se crea la *actio exercitoria*, que establecía los mismos aspectos señalados por la empresa marítima¹⁰¹. Así, en un determinado momento dentro del siglo 2 a.C., existen estas acciones a través de las cuales se van construyendo, y esta su gran importancia, toda la organización empresarial romana. No son acciones que resuelven solamente el problema de la representación, son acciones que van más allá, son acciones que diseñan, estructuralmente y funcionalmente, todo el sistema jurídico de la empresa, que después vendrá continuamente enriquecido y perfeccionada por la elaboración jurisprudencial¹⁰². Algunos autores erróneamente las llaman *adiecticiae qualitatis*, como instrumentos de representación, pero no se tiene presente la gran importancia que tuvieron para la economía y para la organización empresarial romana, al servicio de la cual, fueron creadas. SERRAO señala, que la representación surge y se desarrolló en la vida dinámica de las organizaciones empresariales. Cuatro características principales pueden mencionarse de la organización empresarial romana: a) el carácter potestativo de la familia romana. Este organismo fuerte muta con el pasar del tiempo, pero mantiene su carácter potestativo y se consolida en el siglo V y el IV, se hace apta para satisfacer las exigencias de los nuevos tiempos; la adaptación en pleno de la familia romana a la nueva economía comercial, aquella llamada economía mundo, b) los esclavos y su función administradora, c) el fenómeno económico, primero, y la figura jurídica del *peculio* luego, d) una situación de conciencia y voluntad, de diversa graduación, del *dominus* o *pater* que va de la simple *scientia* a la *voluntas*, a la *prepositio*.

Con estos cuatro elementos fundamentales, combinándolos de un modo u otro, según estén presente todos los cuatro o solamente dos o tres, los pretores y la jurisprudencia crean y construyen toda la organización empresarial; si tenemos presente estos cuatro elementos, tendremos presente todos los modos de combinar la organización empresarial, con estos elementos se crean los diversos tipos de empresa; con estos elementos se determina en un modo u otro el que es el principio fundamental de toda empresa comercial o industrial, o sea la relevancia externa en relación con terceros, y los diversos niveles de relación con los terceros que tiene en frente el empresario. Sobre estos principios se tienen que construir los tipos de responsabilidad, limitada o ilimitada¹⁰³.

100.Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 3; Inst. 4,7,2.

101.Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 1; Inst. 4,7,2. y 2ª.

102.Ver: DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984. Este es el libro más importante en la actualidad sobre el origen antiguo de la empresa, sea colectiva, unipersonal, de responsabilidad limitada o ilimitada, como muy bien trata Diporto en el libro. Esta teoría contradice a todas las teorías anglosajonas y a todas las otras precedentes sobre el origen de la empresa; los americanos señalaban que la empresa se originó en USA con las caravanas, otros atribuyen a la *Ley Fargo*, los Ingleses señalan que inicia con la Revolución Industrial, algunos historiadores la relacionan a la actividad comercial egipcia, pero los opositores señalan que solamente eran actos de comercio. Entre otras podemos mencionar: forms of partnership that had unlimited liability *societas* and *commenda* respectively, were rooted in Roman Law. (Limited liability has an advantage over unlimited liability in that capital suppliers can only lose the amount of capital advanced). However the advent of the corporation generally is associated with the granting of a royal charter to the Russia Company in 1557, giving to it exclusively trading privileges with Russia. This charter allowed it to constitute on a joint-stock basis with a functional management. But the novel feature of the Russia Company was its joint-stock with legal personality, which through the company seal enabled it to sue and to be sued. Exclusive trading charters had been granted previously to "regulated companies" as early as the thirteenth century. The first of these was called the Merchants of the Staple, organized to govern the wool-export industry, and the last, organized in 1505, was the Merchant adventures. Significantly regulated companies governed the actions of individual merchants and had no real legal personality. The Russia Company was copied in Holland with the establishment of the Dutch East India Company. In addition, Genoa chartered a slave-trading corporation (1580) and France chartered its Africa (1561), Coral (1600) and Canadian (1602); sobre esta teoría véase: HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005, pp. 2-6.

103.Sobre la sociedad en Roma ver también: DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de*

2.1. *Societas delinquere non potest*

Podemos mencionar además sobre la personalidad la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas, aparece desde época romana el principio *societas delinquere non potest*¹⁰⁴. Actualmente seguimos lo definido en la Constitución Italiana en el art. 27, 1 coma¹⁰⁵ y el art. 197 del *Codice Penale*¹⁰⁶. En los países como Alemania e Italia la más fuerte tradición dogmática induce a posiciones de retro guardia justificada por los temores de violación a la Constitución o de provocar una contradicción al interior del sistema penal (se sostiene que la personalidad de la responsabilidad penal de la cual el artículo 27 de la Constitución italiana radica “*prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presuppone, identificabili solo in capo a persone fisiche*”¹⁰⁷).

Derecho Romano, Depalma, Buenos Aires 1993, pp. 298-300; donde nos señala que la sociedad (*societas*) es un contrato en virtud del cual dos o más personas (*socii*) se obligan a hacer aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una utilidad común que se repartirán. La sociedad se constituye por el libre consentimiento de sus miembros y lo hacen sobre una base de confianza recíproca (*afectus societatis*); por ello, bastaba que uno solo de los socios decidiera retirarse para que el contrato quedara concluido. La sociedad romana sólo genera efectos entre los socios dado que carece de personería jurídica exterior. Había dos figuras de sociedad: la *societas omnium bonorum*, que se caracterizaba por el hecho de que en ella los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios, tanto los bienes que tenían en el momento de formar la sociedad como los que pudieran adquirirse luego, y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios, como, por ejemplo, para comprar o vender esclavos. Las personas jurídicas reconocidas y tratadas por los romanistas modernos son únicamente las sin fines de lucro y dentro de ellas podemos mencionar: a) las corporaciones; b) las fundaciones; c) el *aerarium populi romani* y dentro de las personas jurídicas menores: d) las *collegia* (con fines de culto) y e) las *sodalites*; f) *funeraticia*; véase: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 75-85. En cuanto a las sociedades privadas en Roma véase: D’ORS, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, Eunsa, IX Ed., Pamplona 1997, pp. 484- 487; donde nos expone la constitución de la sociedad privada, constituida por el hecho de acordar dos o más personas la puesta de algo en común para obtener también una ventaja en común (*coire societatem*). Las aportaciones de los socios pueden ser desiguales; se llega a admitir la aportación sólo de trabajo, incluso sin participación en el riesgo, pero ninguno puede excluirse a un socio de participar en las ganancias. Nos menciona además sobre al *actio communi* dividiendo para la eventual división de la copropiedad producida, una acción *ex fide bona* que es la *actio pro socio*, cuyo fin es liquidar la deuda.

104.Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007, pp. 268-273; donde el autor señala: que la persona jurídica no realiza conductas humanas, sin embargo, el Derecho Penal no puede ser extraño a las infracciones que se cometen a través de las personas jurídicas. No es posible equiparar la supuesta voluntad de dicho ente, con la voluntad humana y por ello, la misma esencia de la persona jurídica excluye la existencia de una responsabilidad penal.

105.Constitución Italiana art. 27, 1er coma: “*La responsabilità penale è personale*”.

106.Código Penal Italiano art. 197 “*Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le provincie ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l’amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, s si tratti di reato che costituisca violazione, della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all’ammontare della multa o dell’ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell’art. 136*”.

107.Entre la normatividad en la Unión Europea sobre penalizar las conductas de las empresas véase: Tratado CEE art. 85 y 86.La Recomendación NR (88) 18 del Comité de Ministros del Consejo Europeo. Segundo Protocolo de actuación de la Convención de la Unión Europea para la tutela de los intereses financieros aprobada el 26 de julio de 1995, art. 3 (se contempla la responsabilidad, no se especifica naturaleza, de las personas jurídicas por los reatos de fraude, corrupción activa y reciclaje cometido para su beneficio). Sobre el versante de la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea ver: el reglamento CE Euroatom n. 2988/95 del 18 de diciembre 1995, el art. 7 prevé la aplicación de sanciones administrativas punitivas directamente a las personas jurídicas. En el plano de la acción en contra de la contra la criminalidad organizada ver: la Acción contra la criminalidad organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, la recomendación 18, que prevé la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estén involucradas en actividades de criminalidad organizada. En la legislación italiana véase: Decreto Legislativo n. 231 del 8 de junio 2001 “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, a norma dell’art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 de junio 2001; los principales sujetos destinatarios de esta norma son: a) enti forniti di personalità giuridica; b) società di capitali; c) società cooperative; d) fondazioni; e) associazioni riconosciute; f) enti privati e pubblici economici; g) enti privati che esercitano un servizio pubblico in virtù di una concessione, convenzione, parificazione o analogo

3. Evolución del concepto de empresa y del derecho comercial

A lo largo de la historia existió la diferenciación entre actos de comercio y actos de derecho civil¹⁰⁸. El derecho Comercial en Roma en su origen no se distinguió del civil; ni los juristas diferenciaron el acto civil del acto de comercio. El pueblo romano como señalamos promovió el comercio e inclusive el pretor peregrino mediante el *ius honorum* legaliza la labor comercial de los esclavos instituidos para realizar labor comercial, adaptando la legislación romana a los usos y costumbres imperantes. Hasta que con el paso de los años Roma se convierte en un poderío político, militar y económico que llega a conquistar Europa, África, Asia, etc.

De otro lado, el derecho romano adquirió, por obra del pretor, flexibilidad, que le permitió adaptarse a las necesidades de la contratación. Como *Ius Gentium*, rigió en las relaciones con todos los pueblos incluyendo a los de intensa actividad comercial. Sin embargo, ciertas reglas propias del tráfico comercial marítimo que rigieron en Roma no fueron producto de elaboración de los juristas romanos, sino de la adaptación de leyes de otros pueblos. Así ocurrió con la ley Rodas de “la echazón”¹⁰⁹ incorporada en el Digesto, en la que se establecía que los daños y gastos ocasionados deliberadamente para salvar la nave, efectuados en proyecto de todos los interesados en la expedición marítima, debían ser de responsabilidad común. Estas reglas, surgidas en los usos comerciales, pasaron a las legislaciones.

atto amministrativo; h) enti privi di personalità giuridica; i) società di persone; GEIE; j) consorzi; k) associazioni non riconosciute.

108.La discusión doctrinaria sobre los actos de comercio, teoría objetiva y teoría subjetiva ha sido abordada por los juristas a nivel mundial. El Código de Comercio del Perú en su art. 1 “*Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código*”; adoptando de esta manera la teoría objetiva. Ver también: BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 33-40; en la Edad Media eran los comerciantes quienes realizaban determinados actos mercantiles, pero luego se varía a la teoría objetiva plasmada en las Ordenanzas de Colbert del año 1673, el Código de Comercio napoleónico de 1807, el español de 1829, el alemán de 1861 y el italiano de 1882. Véase Además: GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. I, Themis, Bogotá 1999, pp. 14-16. OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 54-55. JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001, pp. 42-43. DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 53-60. En cuanto a actos civiles y actos de comercio, el derecho italiano ha realizado una acción a la vanguardia a nivel internacional en su código de 1942, ha unificado el código civil con la legislación comercial. Incluyendo en su normatividad temas comerciales, como sociedades, temas laborales, cooperativas etc.

El *Codice Civile* Italiano soluciona este problema histórico entre la separación de los actos civiles y mercantiles. Siendo este código de 1942 importante en el derecho comercial a nivel mundial, debido a que este código unifica la legislación civil y la legislación de empresarial italiana. Este código posee seis libros: a) libro I de las personas y de la familia; b) libro II de las sucesiones; c) libro III de la propiedad; d) libro IV de las obligaciones; e) libro V del trabajo; f) libro VI de la tutela de los derechos.

El libro V del trabajo es el libro que regula el derecho laboral, las sociedades, las empresas cooperativas y de mutua aseguración, las asociaciones en participación, la hacienda, los derechos de propiedad industrial e intelectual, concurrencia, etc. Además podemos destacar el trato de contratos modernos como la franquicia, leasing, bancarios, de bolsa, crédito agrario etc. Sin duda este código es muy importante para el estudio de la evolución de las ideologías comerciales y la rivalidad entre el derecho civil y comercial. Sobre el Código Civil Italiano véase: *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999. En especial el Libro V; Título I de la disciplina de las actividades profesionales, Título II del trabajo en la empresa, Título III del trabajo autónomo, Título IV del trabajo subordinado en determinadas relaciones, Título V de las sociedades, Título VI de las empresas cooperativas y de mutua aseguración, Título VII de la asociación en participación, Título VIII de la hacienda, Título IX de los derechos de las obras del ingenio y de sus invenciones industriales, Título X de la disciplina de la concurrencia y de los consorcios, Título XI disposiciones penales en materia de sociedad y de consorcios.

109.Parte de las constancias que se tienen en las *leyes Rodas* respecto al comercio marítimo son figuras como “*la echazón*”, es decir, aquel reparto equitativo o proporcional entre todos aquellos interesados en la suerte de un buque, respecto del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlos.

Las leyes *Rodas*¹¹⁰ solo fueron incorporadas parcialmente al derecho romano en los aspectos ya indicados, pues su contenido era más amplio y comprendía importantes materias del derecho marítimo, como eran las referentes a robos y riñas ocurridas a bordo, arribada forzosa, fletamento, responsabilidad de los cargadores, prestamos marítimos asociaciones, contribución de averías de efectos y mercaderías y otros. De las Leyes *Rodias* tomaron los romanos, igualmente, las acciones *exersitoria* e *institutoria*. En virtud de ellas, el que ha contratado con el capitán de la nave puede demandar al propietario por los actos del capitán o de responsabilidad de éste o de quien lo sustituye, por reputarse que existe una relación de mandato, o una autorización para la sustitución de persona¹¹¹.

La utilidad del procedimiento se hizo sentir en Roma en toda sociedad el día en que la justicia social sustituye a la justicia privada. Durante un periodo, los ciudadanos romanos conservaron el derecho de hacerse justicia, a condición de hacerlo con formas, pero al mismo tiempo la autoridad social limitaba estrictamente los casos en que era lícita dicha justicia privada envuelta en formas solemnes. Ella se admitió hasta cierta época, siempre que se tratase de una legítima defensa.¹¹² La organización del procedimiento cambió en el derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento civil. El primero data del Antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de La República, 509 antes de J.C., hasta la época de los GRACO, 150 antes de J.C. es un sistema oral y formalista llamado Acciones de La Ley.

El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que domina en la época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollaron dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (DIOCLECIANO-CONSTANTINO).

La organización del procedimiento cambió en el Derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento. El primero data del Antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de la República, 509 andes de J.C., hasta la época de los GRACO, 150 antes de J.C. Es un sistema oral y formalista llamado Acciones de la Ley. El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que denomina en el época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollan dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (Dioleciano-Constantino)¹¹³. Podemos concluir en este estadio de la investigación, que la empresa romana ha influenciado con sus características a la empresa romana actual¹¹⁴ como lo visualizaremos en el capítulo posterior.

110. Las *leyes de Rodas*; en las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y de Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional. Cada ciudad griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de ágora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Habían dos clases de ágoras una para las ventas al detalle y otra para las ventas al por mayor. El control de las ágoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo que se organizaban por la ley para ese fin.

111. MONTTOYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9º Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú. p. 52

112. Sobre el procedimiento en Roma véase: D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona 1997, pp.

113.-178. Véase también: ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 121-180. En cuanto a los romanistas peruanos ver: HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*. ob. cit., p. 131

113. HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. Ob. cit., p. 133

114. En cuanto a las categorías de sociedades en la doctrina romanista podemos señalar que las sociedades se dividen en:

4. *La empresa en los Estados Unidos*

En los Estados Unidos actualmente se estudia los aspectos legales del *business corporation*, con cinco características: *a)* la personalidad legal; *b)* la responsabilidad limitada; *c)* la transferencia de acciones; *d)* delegación de la administración bajo un consejo directivo; *e)* propiedad de los inversionistas¹¹⁵. Estas características son inducidas por las exigencias económicas de las modernas corporaciones. En base a este esquema, podemos señalar que existen empresas con menos de estas características, pero debemos de señalar que las empresas de larga escala adoptan formas legales que poseen todos los elementos antes mencionados¹¹⁶.

Personalidad legal: como entidad económica, una empresa fundamentalmente sirve como nexo para contratos: una parte contractual que coordina las actividades que provee inputs y productos a los consumidores así como servicios, el elemento principal de la personalidad legal es la separación del patrimonio, es la habilidad de la empresa de poseer bienes que son de propiedad distinta¹¹⁷.

Responsabilidad limitada: la forma corporativa impone un *default term* en contratos entre una empresa y sus acreedores, donde los acreedores están limitados a realizar sus demandas contra los bienes que son de propiedad de la empresa, y no pueden realizar mayores demandas contra los patrimonios personales de los accionistas de la empresa o sus managers¹¹⁸.

Transferencia de acciones: la transferencia total de acciones en propiedad. La transferencia permite a la empresa el conducir sus negocios ininterrumpidamente así como varían las identidades de sus propietarios, evitando las complicaciones de las separaciones de sus miembros.

a) sociedades de personas: sociedad civil, sociedad en comandita, sociedad colectiva; *b) sociedades de capitales:* sociedades de capitales: sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima. La sociedad por encomienda por acciones esta fuera de la división. Entre las características de las sociedades de personas podemos mencionar: *a)* responsabilidad ilimitada; *b)* las deudas de la sociedad pueden ser ejecutadas en el patrimonio de la sociedad, pero también en el patrimonio de los socios; *c)* en la sociedad de personas el tercero contrata con la confianza en el socio, la sociedad es un artificio técnico pero el socio también es deudor; *d)* el poder de administrar es inherente a la calidad de socio, solo el socio es administrador, el mismo gestiona la sociedad; *e)* me vinculo con una sociedad porque conozco quien es la gerencia; no transferencia de la calidad de socio; *f)* intransferibilidad de la calidad de socio sin consentimiento de los socios.

Entre las principales características de las sociedades de capitales podemos citar: *a)* las cualidades personales de los socios se pierden, por lo menos en principio, toda importancia y los socios se toman en consideración- de aquí la denominación de sociedad de capitales - solo en razón del aporte del capital suscrito por ellos; *b) beneficio de la responsabilidad limitada:* ya que arriesgan en la empresa solo el dinero o los bienes que han aportado a la sociedad. De este beneficio gozan todos los socios de la sociedad anónima; todos los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, los socios comanditarios de la sociedad en comandita por acciones, con exclusión de los socios gestores, que son, en cambio, solidaria e ilimitadamente responsables de todas las obligaciones sociales; *c) El poder de la administración está separado de la calidad de socio:* ya que el socio no es, en cuanto tal, administrador de la sociedad, y la calidad de socio le confiere, por este aspecto, solo el poder de concurrir, con su propio voto, al nombramiento de los administradores; *d) la calidad de socio es transferible libremente:* pues la sustitución de la persona del socio - por cesión voluntario o por sucesión mortis causa- no requiere ninguna modificación al contrato de sociedad y se lleva a cabo, exclusivamente, por voluntad del cedente y del cesionario, o, en el caso de muerte del socio, según el mecanismo de las sucesiones

115. KRAAKMAN, Reinier and HANSMANN, Op. cit., p. 1 ss.

116. Dentro de las principales normas que rigen las *Corporations* en los Estados Unidos podemos señalar: *a)* Model Business Corporation Act; *b)* Prior Model Business Corporation Act Provision; *c)* Model Statutory Close Corporation Supplement. En cuanto a las *Partnerships:* *a)* Uniform Partnership Act, 1914; *b)* Uniform Partnership Act 1997; *c)* Uniform Limited Partnership Act, 1916; *d)* Revised Uniform Limited Partnership Act, 1976, with the 1985 Amendments. En cuanto a las Limited Liability Companies: *a)* Uniform Limited Liability Company Act. También podemos mencionar las normas relacionadas a la actividad empresarial del *Federal Securities Law:* *a)* Securities Act of 1933; *b)* Securities Exchange Act of 1933; *c)* Rules Under Securities Act of 1933; *d)* Sarbanes-Oxley Act of 2002. Sobre Corporate Governance: *a)* Corporate Governance Policies; *b)* Shareholders Proposal.

117. The core element of legal personality (as we use the term here) what the civil law refers to as *separate patrimony*. This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm's investors, and that the firm is free not only to use and sell, but, most importantly, pledge to creditors, elsewhere we have termed this asset-pledging effect of legal personality *affirmative asset partitioning* to emphasize that it involves shielding the assets of the entity, the corporation, from the creditors of the entity's managers and owners.

118. The corporate form effectively imposes a default term in contracts between a firm and its creditors whereby the creditors are limited to making claims against the assets that are the property of the firm itself, and have no further claim against the personal assets of the firm's shareholders (or managers). This limitation of owner liability distinguishes the corporate form from some other important forms of organization that have legal personality.

La transferencia total de las acciones no significa necesariamente *freely tradable shares*. La transferencia libre significa la maximización de la liquidez de los accionistas y la habilidad de éstos para diversificar sus inversiones¹¹⁹.

Delegación de la administración con una estructura de directorio: la administración delegada es un atributo de las compañías grandes con numerosos dueños diversos. La delegación permite la centralización de la administración, necesaria para coordinar la actividad productiva. Es igualmente importante la delegación la facultad decisoria en personas específicas. El criterio de autoridad se convierte en un concepto clave en la empresa¹²⁰.

Propiedad del inversionista: existen dos elementos claves en la propiedad en la empresa: a) el derecho de controlar la empresa y b) el derecho a recibir las ganancias netas de la empresa. La *law of business corporation* esta principalmente diseñada para facilitar la organización de las empresas con accionariado¹²¹.

4.1. Clases de empresas en los Estados Unidos:

Entre las formas de empresas en los Estados Unidos podemos señalar: a) sole proprietorship¹²²; b) partnership¹²³; c) limited liability¹²⁴ y d) business corporation¹²⁵. Siendo la de mayor expansión a nivel americano y mundial la *corporation*.

119. Fully transferable shares in ownership are yet another basic characteristic of the business corporation that distinguishes the corporation from the partnership and from various other standard-form legal entities as well. Transferability permits the firm to conduct business uninterrupted as the identity of its owners changes, thus avoiding the complication of members withdrawal that are common among, for example, partnership, cooperatives, and mutuals. This in turn enhances the liquidity of shareholders' interest and makes it easier for shareholders to construct and maintain diversified investment portfolios.

120. Delegated management is an attribute of nearly all large firms with numerous fractional owners. Delegation permits the centralization of management necessary to coordinate productive activity. Equally important, delegation of decision-making power to specific individuals notifies third parties as to who in the firm has the authority to make binding agreements. The authority issue, in particular, quickly becomes intractable in a firm in which numerous owners and managers are not distinct, as in a large general partnership that fails to allocate authority and to signal this allocation of authority clearly to third parties.

121. There are two key elements in the ownership of a firm, as we use the term ownership here: the right to control the firm, and the right to receive the firm's net earnings. The law of Business Corporation is principally designed to facilitate the organization of investor-owned firms- that is, firms in which both elements of ownership are tied to investment of capital in the firm. More specifically, in an investor owned firm, both the right to participate in control- which generally involves voting in the election of directors and voting to approve major transactions, and the right to receive the firm's residual earning, or profits, are typically proportional to the amount of capital contributed to the firm. Business corporation statutes universally provide for this allocation of control and earnings as the default rule.

122. Sole proprietorship is the simplest form of business type. It is a business owned and controlled exclusively by one person. This person is responsible for the business, including all liability and any profit or loss. Features: inexpensive to form, easy to dissolve, generally have no tax aspects, virtually no formalities to be observed except basic bookkeeping, firm's facilities are treated as personal liabilities of the owner, on death of the proprietorship immediately ceases to exist. Profits and losses of the business are of the owner's personal income and the proprietorship form is disregarded for tax purposes. However, since legally the firm is nothing more than an individual using a trade name, there is no limit to the owner's liability for the firm's obligations.

123. *Partnership* is an association of two or more persons (persons being people, corporations, other partnerships, LLC's, trusts or others) to carry on, as co owners, a business for profit. These individuals are responsible for the business, including all liability and any profit or loss. The persons intending to enter into a partnership make an agreement to share profits and losses. The partnership is required to file an informational return to the government to report what the profits and losses of the partnership were and how these were allocated to the partners. Since the liability of partners is joint and several, any particular partner can be made to pay the entire debts of the partnership, regardless of the allocation of profits and losses, or capital contributions made into the partnerships.

124. *Limited liability company* is a hybrid of a corporation (with liability to limit personal liability) and a partnership (with an ability to assess profits and losses to individuals), this type of organization provides a flexible structure to achieve these ends. LLC's are extremely flexible, and can be used for a very wide range of business. Like partnership, LLC's can be as simple or complex as the members' desire. Depending on state law, an LLC can have the same liability for members as a corporation, or have some members with limited liability and some without limited liability (like limited partnership), or even have no limited liability for any members (like general partnership). Unlike corporations, some States require that their LLC's designate a date in the future at which the LLC will automatically dissolve. Some States also require that if a member dies, goes bankrupt or meets some other calamity the remaining members of the company must either dissolve or vote to continue.

125. A business corporation is a legal entity established by individual(s) under the laws of a state to conduct particular types of business or transactions. From the functional point of view, there are two kinds of corporations: a) business corporation and b) nonprofit corporation.

Virtualmente en todas las economías existe un estatuto que señala la formación de las empresas con todas estas características. Además existirán estatutos flexibles que permiten la omisión de uno o más de estos elementos, como sucede en las empresas formadas bajo una forma especial el *close corporation statute* que, en adición, provee mecanismos para restringir la transferencia de acciones como lo realiza el Código alemán *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), la francesa *Société à responsabilité limitée* (SARL), la *British private corporation*, la japonesa *close corporation*, y las *close corporation forms* que disponen algunas jurisdicciones de los Estados Unidos.

5. Conclusiones

Luego de realizado el análisis histórico y comparatístico podemos concluir señalando:

Que hasta la aparición de la teoría del *esclavo manager*, se creía que no existía empresa comercial en Roma, solamente personas morales de derecho público y derecho privado sin fines de lucro, pero gracias a los estudios de Serrao y Diporto podemos apreciar el gran aporte del derecho romano al derecho comercial.

Que los elementos de la empresa comercial en Roma se repiten en el esquema de la corporación de los Estados Unidos, con modernizaciones tanto de sus elementos, como de sus funciones.

Es interesante ver la evolución de la responsabilidad a lo largo de la historia, de una responsabilidad personal, a una responsabilidad real a una obligacional. Gracias a la responsabilidad es que se crea la empresa comercial, la intención de evadirla acelera el proceso evolutivo de la empresa.

Esta teoría desplaza a todas las teorías hasta ahora son reconocidas por los académicos internacionales, siendo obligatoria su citación obligatoria en todo trabajo científico histórico comparatístico.

Actualmente en el derecho empresarial y contractual predominan los contratos internacionales de comercio, donde se trata de ubicar la ley aplicable y el juez competente¹²⁶, donde los actores son las personas naturales así como también las personas jurídicas, por tanto resulta indispensable su estudio detallado.

 126. Los inversionistas buscan la ley más favorable en la cual poder constituirse y poder establecer su sede principal o sus sucursales, pero además analizan cuál será el juez competente en caso de la solución de conflictos, el tiempo que tardará y su especialidad. Sobre el concepto del Derecho Internacional Privado ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005, pp. 21-26. Donde el autor nos señala que el objeto del Derecho Internacional Privado es señalar el juez competente y la ley aplicable, siguiendo la teoría bipartita o anglosajona, distinta a la tripartita o latina que agrega la nacionalidad y el trato al extranjero. Ver también RAPALINI, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002, pp. 14-15. Además MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001, pp. 7-9. El cual nos habla sobre los risvolti pratici delle problematiche internazionalprivatistiche del forum shopping, que es el fenómeno de de la búsqueda del tribunal potencialmente más favorable, es decir el juez ante quién es conveniente iniciar el proceso. KELLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires 1990, p. 15; Quién nos señala además de la existencia del elemento extranjero que necesariamente debe existir en una relación jurídica de derecho internacional privado, sino se aplicará el derecho nacional regular.

ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001; KRAAKMAN, REINIER and HANSMANN, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004; DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001; GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999; SCHMITDT, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005; CHERCHI, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983; BESSONE, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004; TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994; ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998; DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994; SERRAO, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993; TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979; Digesto 1,5,3; CARANDINI, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986; BIONDI, Biondo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolese, Roma 1926; DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984; HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973; D'ORS, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, Eunsa, IX Ed., Pamplona 1997; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005; *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999; MONTOYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9º Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú; HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005; RAPALINI, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002; MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001.

EL AMBIENTE Y EL DERECHO EMPRESARIAL

OYARCE-YUZZELLI, Aarón¹²⁷

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Noción jurídica del ambiente. – 3. Noción científica de ambiente. – 4. El principio de desarrollo sostenible. – 5. Escenario Internacional. – 6. La tutela del ambiente en el derecho consuetudinario. – 7. El derecho convencional en el tema del ambiente. – 8. La conferencia de Estocolmo y las sucesivas convenciones. – 9. La conferencia de Rio de Janeiro. – 10. Zonas no sujetas a soberanía. – 11. Desarrollos en temas de tutela ambiental. – 12. Perú y el medio ambiente. – 13. – Los Organismos Genéticamente Modificados. – 14. El medio ambiente y el comercio. – 15. Conclusiones.

1. *Introducción*

El presente capítulo tiene por objeto analizar el derecho ambiental en su aspecto internacional, sin dejar de lado las nociones científica y jurídica del ambiente, el derecho consuetudinario y el derecho convencional; analizando los principios básicos sobre la protección del ambiente, en especial el principio de desarrollo sostenible en relación con el derecho empresarial. Además se realizará un estudio de las principales convenciones internacionales en materia de ambiental con un acápite sobre los organismos genéticamente modificados y su comercialización.

2. *Noción jurídica del ambiente*

El tema de las relaciones entre vida humana y calidad de ambiente natural tiene raíces lejanas, hasta los inicios del novecientos, las medidas jurídicas concernientes a estas relaciones han tenido como finalidad primaria la tutela de la salud humana, al final de los 60, se han adoptado medidas para la protección del ambiente. En el último siglo los problemas ambientales han cambiado, por efecto de una multiplicidad de factores como: *a)* el crecimiento de la población mundial; *b)* la industrialización y el desarrollo tecnológico; *c)* la globalización de los mercados.

Debido a la gravedad y a las dimensiones del daño, es que se ha creado un imponente cuerpo de normas jurídicas en diversos niveles¹²⁸: *a)* derecho internacional; *b)* universal y regional; *c)* derecho nacional; *d)* derecho regional y de los entes territoriales.

Actualmente se puede apreciar la internacionalización de la materia. Esto debido a que el derecho interno de cada nación no puede contrarrestar los efectos de la contaminación. La salvaguardia de los equilibrios y procesos ecológicos esenciales para el planeta, la conservación de aéreas sin soberanía de algún Estado, la gestión de recursos de interés general, la postulación de una acción eficaz a nivel internacional. También la contaminación de recursos comunes o que resguardan a más de un Estado (Fenómenos con efectos en determinadas aéreas geográficas, como los mares regionales, o fenómenos de lluvias ácidas) hace necesaria la toma de medidas internacionales.

Los varios niveles de intervención son entre ellos complementarios y los acuerdos internacionales sobre la materia contienen casi siempre cláusulas de salvaguardia de eventuales medidas regionales o nacionales más rigurosas, así estas medidas pueden

127. Profesor de Derecho Internacional y Derecho Comparado de la *Universidad de San Martín de Porres*, Lima Perú.

128. Entre los niveles normativos de protección ambiental, debemos señalar que las naciones están obligadas a cumplir con la normatividad internacional en primera instancia, aún si estas no han pasado por el proceso nacional de adopción a nivel nacional, luego deberá de cumplir con la legislación regional y por último con la nacional. Debiendo la legislación nacional coincidir con la legislación supranacional.

contribuir a la realización de los fines perseguidos y anticipar a la acción internacional. Las medidas ambientales que se puedan tomar dependen mucho de los conocimientos científicos existentes. Por eso es difícil tener una noción jurídica de ambiente. Utilizamos concepciones amplias como “*el habitat natural en el cual el hombre vive o interacciona*”¹²⁹.

El concepto de ambiente proviene del sustantivo, que indica una serie de fenómenos y de contextos, sean naturales o sean fruto de la continua acción humana de transformación del territorio, extremadamente heterogéneos y no susceptibles del punto de vista ontológico, de *reductio ad unum*.

Existe dificultad por la multiplicidad conceptual de la noción de ambiente, polivalente por un lado y unitaria por el otro. Según la polivalente se configura un vasto número de significados y de implicaciones porque su tutela se reconduce a la necesidad de preservar las bellezas paisajísticas y una óptica cultural, la defensa de la calidad de vida a través de estrategias y de lucha contra la contaminación, de gobernar el territorio teniendo en cuenta el desarrollo urbanístico conforme a las exigencias ecológicas.

Esta visión del ambiente, si bien real, es muy fragmentaria y produce el efecto de reconocer varias disciplinas con regulaciones parciales. El elemento en común de estas definiciones es el concepto unitario de ambiente, y está representada por la calidad de la vida, individual o colectiva. Solo la calidad de la vida, nos da la exigencia de salvaguardar el ambiente, considerado como territorio, como habitat, como paisaje, rinde posible la correspondencia entre la tutela de la salud humana y del ambiente.

Una definición más acertada podría ser la de unívoca de ambiente, que proviene del mundo científico, del latín (*ambire* = ir al rededor), señala el término ambiente “el conjunto de factores vivientes (bióticos)¹³⁰ y los no vivientes (abióticos)¹³¹ de un ecosistema.

Los factores abióticos son el medio físico en el cual los organismos (los factores bióticos) viven, como el aire, el agua, el suelo, con todas sus características físicas y químicas.

3. *Noción científica de ambiente*

El derecho ambiental trae de la noción científica los aspectos jurídicamente relevantes, tomando en consideración, sobre todo los abióticos que, dan al hombre sustento y bienestar, los cuales constituyen recursos naturales, por ello, es oportuno adoptar medidas idóneas de salvaguardia.

Los *factores abióticos* son: a) Las fuentes energéticas y las materias primas de origen mineral u orgánica, empleadas como factores de la producción; b) El habitat, o el ambiente en donde el hombre vive; c) Los organismos vivientes, que influyen sobre la calidad de vida; d) El espacio,

129. Un concepto de ambiente lo podemos ver en la jurisprudencia italiana: En el ámbito del proceso de definición de un concepto jurídico de ambiente, ha tenido mucha importancia los pronunciamientos de la Corte Constitucional Italiana. El juez ha definitivamente declarado el rango constitucional primario de la tutela del ambiente, de cualquier tipo de agresión externa, incluyendo en el concepto jurídico de ambiente a todos los recursos naturales y culturales, aún estas ya estén sujetas a disciplinas distintas, y por esto sujetas a competencias institucionales distintas. Entonces, la tutela del ambiente debe de garantizar la conservación, la gestión racional y el mejoramiento de las condiciones naturales (agua, aire, suelo y territorio), la existencia y la preservación de los patrimonios genéticos terrestres o marítimos, de todas las especies animales o vegetales que viven allí en su estado natural y en definitiva de la persona humana en todas sus relaciones. (sentencia. 289 de mayo 1987 n. 210). Ver también la sentencia de casación 1463 de 1979.

130. Los *factores bióticos* son los organismos vivientes, diversos al hombre, con los cuales interactúa, como por ejemplo: los virus, los animales, las plantas, las bacterias. Estos organismos están organizados en poblaciones de la misma especie. Entre los miembros de la misma población se instaura la competencia intra específica por los recursos, principalmente por el espacio y por los alimentos. Este control intra específico, contribuye al control de la densidad de las poblaciones en relación a la disponibilidad de los recursos. Entre las poblaciones de distintas especies que coexisten se instaura una competencia inter específica por los recursos, visto que son especies ecológicamente afines y utilizan los mismos recursos para la sobre vivencia.

131. Los factores abióticos son el medio físico en el cual los organismos (los factores bióticos) viven, como el aire, el agua, el suelo, con todas sus características físicas y químicas.

lugar habilitado a la recepción y a la asimilación de los descartes de la producción y del consumo. La explotación de estos recursos ha sufrido un incremento exponencial sobre todo con los procesos de industrialización del último siglo que ha sobre pasado las capacidades regenerativas de nuestro planeta, relativamente a la reproducción de los factores renovables. Esta explotación salvaje ha comprometido seriamente la dotación mundial de fuentes no renovables¹³².

En las últimas décadas se ha creado una cultura ambientalista, con la convicción de salvaguardar el ambiente, y tomar conciencia que esta en juego la vida en nuestro planeta. Por esto es que el derecho ambiental aporta estrategias preventivas, operativas y represivas que no pueden pertenecer a un solo país, sino que debe de interesar a la comunidad internacional y al derecho internacional. El reconocimiento de la necesidad de la solidaridad social para la solución operativa ha dado un fuerte incentivo al derecho internacional y a la intensificación de los programas de investigación como los de: *a*) mejorar los métodos cualitativos y cuantitativos de la evaluación de las modificaciones del ambiente; *b*) consentir una mejor comprensión de las relaciones de causa efecto y sus roles en una gestión integrada del ambiente; *c*) elaborar métodos que estimulen la creatividad en la búsqueda de alternativas de sustitución y de esquemas de producción y de consumo racional desde un punto de vista ecológico; *d*) analizar y monitorear una correcta actuación de parte de los Estados ante las decisiones tomadas internacionalmente.

El empeño de cada Nación, debe entonces, orientarse hacia el estudio y la realización de políticas de naturaleza anticipatoria y preventiva que, en actuación de las decisiones internacionales, relacionadas a las decisiones internacionales y que estas favorezcan una optima sucesión ecológica, donde cada estadio dependa de aquel precedente y condiciona al futuro¹³³.

4. *El principio de desarrollo sostenible*

Se entiende por desarrollo sostenible o sostenibilidad o, estilo de vida sostenible: “*Al conjunto de relaciones entre las actividades humanas, consideradas en su dinámica, y la biosfera con sus*

132. Sobre el concepto de ambiente ver: FRANCO, Marilena, *Il Diritto dell' Ambiente*, CEDAM, Padova 1990. pp. 7-9. “*Si tratta di un concetto composto che raggruppa beni materiali e immateriali caratterizzati tutti dall' unico comune denominatore del loro correre ad assicurare quel complesso di condizioni ritenute fondamentali per l' ordinato assetto, l' armonico sviluppo e la migliore qualità di vita di una determinata società e degli individui che in essa operano*”.

133. En el ámbito internacional, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el ambiente está constituido por el conjunto de factores físicos, químicos, biológicos y sociales que ejercitan una influencia apreciable sobre la salud y el bienestar de los individuos y la colectividad. La Comunidad Europea lo describe como equilibrio biológico (con referencia, por ejemplo, a la interacción de los factores climáticos, hídricos, atmosféricos, etc.); también hay un significado ligado a los aspectos geográficos y territoriales. En este sentido la directiva de la Comunidad Europea n. 337/85 en materia de Evaluación de Impacto Ambiental (valutazione di impatto ambientale- VIA) incluye en el concepto de ambiente a la fauna y a la flora, también al suelo, el agua, el aire, el paisaje, el clima, los bienes materiales y el patrimonio cultural o “el conjunto de los elementos que, en la complejidad de sus relaciones constituyen el cuadro, el habitat y las condiciones de vida del hombre.

Podemos mencionar algunas diferencias conceptuales en los ordenamientos jurídicos del mundo: *a*) la tutela ambiental viene considerada como interés de la comunidad y por eso porta entre las exigencias fundamentales para asegurar el bienestar y el progreso de la comunidad; *b*) se configura el derecho al ambiente como inviolable y a eso se hacen acompañar precisos deberes como aquel de respetarlo y protegerlo o el deber de abstenerse de las actividades lesivas de los bienes ambientales; *c*) se otorga al derecho al ambiente un contenido jurídico que se concreta en informaciones y en la participación colectiva con la finalidad de valorizar el rol activo de la persona humana en relación con la naturaleza. El Artículo 66 de la Constitución de Portugal (1976) señala el derecho a un ambiente salubre y ecológicamente equilibrado. El artículo 45 de la Constitución Española (1978) señala que el derecho de los individuos a un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Los artículos 72 y 73 de la Constitución de Eslovenia (1991) menciona el derecho subjetivo al ambiente salubre y el deber de cada ciudadano a proteger las áreas naturales de particular valor y rareza. El artículo 225 parágrafo 3 de la Constitución Brasileña (1988) en base a los cuales los autores de comportamientos y actividades lesivas para el ambiente son sujetos a sanciones penales y administrativas independientemente por la obligación a reparar los daños causados.

dinámicas”. Estas relaciones deben ser tales que permitan a la vida humana continuar, a los individuos de satisfacer sus necesidades y a las diversas culturas de desarrollarse, pero en modo tal que las variaciones aportadas a la naturaleza por las actividades humanas sean respetuosas de algunos límites, así de este modo no se destruya el contexto biológico global.

La definición de desarrollo sostenible está asociada a dos conceptos básicos: *a) la carrying capacity*, que individua la capacidad portante del planeta Tierra caracterizada por ritmos naturales precisos, con dinámicas biofísicas y bioquímicas complejas; y de límites de diversos caracteres (de territorio, de absorción, de tipo biológico etc.) tales para definir el sistema en el cual vivimos como un sistema concluido; *b) la programación sostenible*, entendida como la proyección del desarrollo económico, tecnológico y social hacia metas y objetivos compatibles con la sucesión ecológica, de esta manera garantizar la satisfacción de las necesidades de hoy, sin comprometer las de las generaciones posteriores.

Una programación de desarrollo sostenible debe estar circunscrita al interior del *carrying capacity* y postular el respecto de dos principios importantes: *a) el principio del rendimiento sostenible*, según el cual a la velocidad con la cual el hombre utiliza los recursos naturales renovables debe corresponder la velocidad de regeneración de éstos; *b) el principio de las intervenciones compensables*, para los cual la utilización y la explotación del capital natural no renovable debe de estar balanceado en forma compensativa.

La programación de desarrollo sostenible debe hacerse en todo nivel, sea éste: internacional, comunitario o nacional. *A nivel internacional*: la elaboración de desarrollo sostenible se ha venido delineándose en el curso de las diversas Conferencias internacionales: en particular en la formulación propuesta en 1989 por el Ministro Noruego Gro Harlem BRUNTLAND, presidente de la *World Comisión on Enviroment and Development*. El *raporto Bruntland* define al desarrollo sostenible como: “*el principio que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la posibilidad de las generaciones futuras en la satisfacción de sus propias necesidades*”.

En sustancia son cuatro los elementos fundamentales que constituyen el desarrollo sostenible: *a) el principio del uso aequo y sostenible de los recursos naturales* representado por el uso racional y prudente de los recursos naturales; *b) el principio de la equidad intergeneracional*: entendido como norma programática que impone a los estados el considerar, en la aplicación de las propias políticas, las exigencias y las necesidades no sólo de las generaciones presentes, sino también de aquella futura. Esto significa poner un límite al uso indiscriminado y excesivo de los recursos naturales en modo de evitar una depredación de los mismos a los fines de su explotación para las generaciones futuras; *c) el principio de equidad intrageneracional*: cada Estado en la aplicación de las propias políticas de desarrollo debe responder no solo a las exigencias de su pueblo, sino también a aquellos de otros Países. En la práctica emerge la necesidad de parte de todos los Estados de cooperar por la consecución de un objetivo en común; *d) el concepto de integración entre las políticas del desarrollo y aquellas de la tutela del ambiente*: se trata de afrontar los problemas relativos al ambiente a través de la adopción de una aproximación global y equilibrada e integrada a las exigencias económicas de desarrollo y a aquellas ambientales.

El desarrollo sostenible, entendido como modelo idóneo a conjugar aspectos ambientales sociales y económicos, constituye la base programática de numerosas conferencias internacionales sobre temas ambientales¹³⁴.

134. La definición del desarrollo sostenible viene tratada también en *el Vértice sobre el Desarrollo Sostenible*, desarrollado en Johannesburgo, Sudáfrica del 26 de agosto al 04 de septiembre de 2002 donde participan 190 naciones. El documento final, aprobado en la fase conclusiva del *summit* define el plan de acción concentrado sobre la voluntad y el empeño de salvaguardar y proteger el ambiente, reducir la pobreza, abastecer de agua potable a los países subdesarrollados, aumentar las energías renovables y, al mismo tiempo aviar las ayudas financieras de los Países industrializados a las Naciones en vía de desarrollo.

5. *Escenario internacional*

Por largo tiempo, la tutela del ambiente ha sido considerada materia exclusiva de interés interno de los Estados. Es a partir de los años 60, que la Comunidad Internacional ha tomado conciencia que la salvaguardia del ambiente necesita que todos intervengamos en la tutela del ambiente entendido como patrimonio común de la humanidad. Es solo en época reciente, que la Comunidad Internacional ha iniciado a cooperar por la tutela del ambiente porque es consciente que sólo una acción sinérgica esta en grado de minimizar los costos y de maximizar los resultados.

Podemos analizar también en este campo el esquema de protección ambiental de la *Unión Europea*, visto que las políticas europeas surgieron orientadas exclusivamente para la promoción de la producción y del intercambio. Solo en un segundo momento se concentraron sobre los daños causados por los productos en el ambiente. Los orígenes del derecho comunitario en materia de tutela del ambiente resalen a la conferencia de Jefes de Estado y de gobierno en octubre de 1972, que señalaba que era indispensable la implementación de una política ambiental común¹³⁵. En el Tratado de Roma de 1957, el problema de una política ambiental común que fluye sinérgicamente con las políticas económicas de desarrollo, había sido afrontado. En los artículos 1 y 2 existían solo enunciaciones genéricas para la mejora de la calidad de vida y para un crecimiento armónico de la actividad económica de los Estado miembros.

El cuadro de la legislación ambiental comunitaria está construido al interior de varios programas de acción europea para la tutela del ambiente. Se trata de instrumentos programáticos a mediano y largo plazo que informan las conductas políticas y operativas de la Comunidad para el periodo específico¹³⁶.

Desde 1973 a hoy se han adoptado seis programas de acción comunitaria para la tutela del ambiente. Luego de la reforma de los Tratados de Roma (actuada con los tratados de Maastricht y de Amsterdam), las bases jurídicas para la política comunitaria en materia de ambiente están constituidas por los artículos 174-176 (ex artt. 130 R-130 T) CE¹³⁷.

A nivel comunitario (Unión Europea): El Tratado de Ámsterdam del 02-10-1997, en el artículo 6 del Tratado instituido de la CE, encuadra la perspectiva del problema de la tutela ambiental y del desarrollo sostenible, rindiendo capaz de condicionar en manera transversal la acción de la Comunidad en todos sus campos de su competencia. Se trata de una novedad de gran relevancia, en cuanto introduce la variable ambiente entre los parámetros de referencia para verificar en mérito a la realización de todas las acciones comunitarias. De esta manera la tutela ambiental, a demás de constituir un objetivo específico de la Unión, viene a estar integrada en la definición y en la actuación de todas las políticas comunitarias. A tal fin se hace necesario lo siguiente: *a)* el prever un ciclo productivo completo que minimice la producción de desechos, alentando su reciclamiento, y evitar el consumo excesivo de recursos naturales; *b)* poner un freno a la explotación irracional de los recursos naturales; *c)* modificar el comportamiento de la colectividad sobre el consumo.

135. En el mes de febrero de 2000 en el sector ambiental existían 708 actos adoptados, de derecho comunitario (266 directivas, 124 reglamentos, 318 decisiones) Véase los datos de la Comisión UE.

136. Véase: FICCO, Paola, *L'Evoluzione del Diritto Ambientale Comunitario*, en *Lezioni di Diritto Privato Europeo*, a cura di ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007, pp. 1161-1210.

137. Desde 1973 a hoy la Comunidad ha adoptado seis programas de acción para la tutela del ambiente. El último ha sido adoptado con la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de julio 2002 n. 160/2002/CE e individua las prioridades de la política ambiental comunitaria hasta el 2010. El primer programa abarca el periodo 1973-1977 y señalaba un programa genérico de acción comunitaria europea en materia ambiental. El segundo programa cubría el periodo 1977-1981 y fortificaba las acciones del primero, tanto que cubre el seguimiento de la actuación de una política y de un programa comunitario en materia ambiental. Ambos tenían como objetivo prioritario el prevenir y controlar las fuentes de contaminación. El tercer programa de tutela del ambiente y el Acto único europeo de 1982 al 1986, bajo una política de prevención del daño ambiental, con el objetivo principal de preservar los recursos naturales dotados de reglas de conducta. El cuarto programa de acción y el Tratado de Maastricht para el periodo 1987-1992, Directiva 85/337/CEE del Consejo, del 27 de junio de 1985, este programa recalca algunos principios contenidos en el tercer programa, pero dedica especial atención a la individuación de sectores de intervención: *a)* la prevención de la contaminación (sobre todo atmosférica, hídrica y acústica); *b)* el mejoramiento de la gestión de los recursos; *c)* la participación en los tratados internacionales; *d)* el desarrollo de instrumentos adecuados (económicos, jurídicos, etc.). El quinto programa de acción 1993-2000 con Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros,

6. *La tutela del ambiente en el derecho consuetudinario*

La tutela del ambiente en el derecho consuetudinario inicia con la *prohibición de la contaminación transfronteriza*¹³⁸: Una primera fase, en el problema ambiental se pone en el cuadro de las relaciones de vecindad, sobre todo cuando reguarda a los cauces de aguas internacionales y la emisión de humo y sustancias tóxicas debido a la actividad industrial realizada cerca de la frontera. Hoy, el derecho internacional en materia del ambiente se desarrolla sobre la base de principios recogidos sobre todo de actividades extremadamente peligrosas, como las de las centrales nucleares en grado de provocar daños notables, y en grandes cantidades de territorio. Del examen de la práctica, es posible afirmar la existencia de reglas del Derecho Internacional general, que imponen una prohibición de contaminación interestatal. Esta regla, prevé que ningún Estado tiene derecho a usar su propio territorio o de permitir su uso en modo de causar daño al territorio de otro Estado.

Esta norma fundamental, impone una obligación a cada Estado, de no accionar en modo de causar un perjuicio a otros Estados. Es verdad que cada Estado posee un derecho exclusivo en el uso de su soberanía en el ámbito de su territorio, y tiene el derecho de disponer libremente de los recursos naturales presentes en el contexto territorial sobre el cual se irradia su soberanía, pero es también que en una comunidad internacional constituida por sujetos igualmente soberanos, la libertad de cada Estado no debe perjudicar a aquella de otros Estados.

Origen histórico de la prohibición de la contaminación interfronteriza: Tuvo origen con la sentencia del 11 de marzo de 1941 con el Laudo de un Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, instituido para resolver los conflictos entre Estados Unidos y Canadá en mérito a la Fundición de *Trail*. El Tribunal estableció “*conforme a los principios de derecho internacional... ningún Estado tiene derecho a usar o permitir el uso de su propio territorio en modo de causar daños derivantes de la emisión de humos sobre el territorio de otro Estado... cuando es determinado por consecuencias significativas y cuando es demostrado de pruebas claras y convincentes*” (Laudo Arbitral, UN Reports Int. Arb, Awards III, 1965)¹³⁹.

Verificada la existencia en el derecho consuetudinario la prohibición de contaminación transfronteriza es posible indagar sobre las consecuencias de estos principios que se crean en los Estados: a) El deber de la *due diligence*¹⁴⁰; b) la obligación de prevención¹⁴¹; c) el

sobre un programa comunitario de política y de acción a favor del ambiente y de un desarrollo sostenible. El sexto programa de acción comunitaria para el periodo 2001-2010 con la Decisión n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 22 de julio 2003. Este programa propone cinco líneas prioritarias de acción: a) mejorar la aplicación de la legislación vigente; b) integrar las temáticas ambientales en las otras políticas; c) colaborar con el mercado; d) involucrar a los ciudadanos modificando su comportamiento; e) tener en cuenta al ambiente en las decisiones en materia de administración y gestión territorial. Además nos señala cuatro sectores prioritarios en la política europea: a) cambio climático; b) diversidad biológica; c) ambiente y salud, la gestión sostenible de los recursos y de los desechos.

138 CALDWELL, L. *International Environmental Law and Policy*, Durham, 1980, p. 170. Contaminación tiene dos concepciones jurídicas: la emisión por parte del hombre de sustancias o formas de energía en el ambiente, el carácter nocivo de los efectos que la emisión produce o es destinada a producir (si se piensa a la acumulación progresiva en la atmosfera de sustancias nocivas. Se distingue de la contaminación accidental, que sucede en el caso de accidentes, y la contaminación no accidental, que se produce a consecuencia del desarrollo de una determinada actividad.

1390. La prohibición a la contaminación interestatal es sucesivamente tratada en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972, sea en el Principio n. 2 de la Declaración adoptada en la Conferencia de Río de Janeiro en 1992. en el Derecho Consuetudinario se señala “*Todos los Estados tienen, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a las propias políticas ambientales, y la responsabilidad de asegurar que las actividades desarrolladas en el interior de su jurisdicción estén bajo su control no causen daños en el ambiente de otros Estados o de espacios sustraídos de la jurisdicción de otros Estados*” En la Declaración de Río la formulación es casi idéntica.

140. Una primera obligación positiva derivada de la prohibición de la contaminación transfronteriza, según la doctrina prevalente, es el deber de cada Estado de adoptar todas las medidas oportunas para eliminar o atenuar los riesgos de los daños transfronterizos. Debe de verificar la legitimidad de la utilización del territorio. Lo interesante es la diligencia usada por el Estado de origen en el adoptar las medidas idóneas para prevenir o atenuar los riesgos de daños ecológicos.

141. Entre los instrumentos que contribuyen a actuar el deber de diligencia podemos señalar la obligación de prevención. La progresiva toma de conciencia de la irreversibilidad de muchos daños ambiental, ha favorecido la transformación

principio de precaución¹⁴²; d) El principio del que contamina paga¹⁴³; e) colaboración entre las naciones¹⁴⁴.

7. *El derecho convencional en el tema del ambiente*

El surgimiento de las nuevas temáticas ambientales llama a una atención global en razón de la naturaleza internacional de los problemas a ellas colegadas y por la convicción que solamente las soluciones comunes y las estrategias colectivas pueden conducir a resultados apreciables.

En realidad, todavía en la mitad del siglo XX, la reglamentación existente en el campo ambiental y algunas normas de derecho internacional generalmente reconocidas con naturaleza consuetudinaria: crean ordenamientos de máxima que postulaban la prohibición de la contaminación transfronteriza, la obligación de reducir los riesgos de incidentes y prevención de eventuales daños.

En los últimos decenios del siglo pasado la sensibilidad hacia la investigación de determinaciones conjuntas se reforzó notablemente, sea para la identificación de los fenómenos de contaminación, sea para la verificación de graves incidentes como el del 1967, cuando la petrolera Torrey Canyon derramó su cargamento de petróleo a lo largo de Gran Bretaña. Fueron esencialmente estos factores los que aceleraron el proceso de transformación del derecho ambiental, determinando la evolución de derecho consuetudinario a derecho convencional, provocando consigo la creación de un sin número de tratados internacionales, entre ellos podemos señalar:

de una práctica orientada a reconocer la existencia de una obligación de prevención que se suma a aquella de reparación. El contenido de tal deber consiste en la adopción de todas las medidas preventivas necesarias a impedir la realización de que ciertas actividades causen graves peligros transfronterizos; esto es conseguido a través de un comportamiento dirigido por la *due diligence*, requerida para el caso concreto, esto elimina cualquier forma de responsabilidad por parte del Estado.

142. En el principio n. 15 de la Declaración de Río de 1992 se lee que “*con la finalidad de proteger el ambiente, los Estados aplicarán en modo amplio la aproximación precaucional según sus respectivas capacidades. Cuando existan amenazas de daños graves o irreversibles*”. La ausencia de una plena certeza científica no será usada como argumento para retardar las adopciones de medidas eficaces, en función de su costo, para prevenir la degradación ambiental. Este principio establece una obligación para los Estados, el de accionar preventivamente para evitar de que el daño sea producido, también la de prescindir de una certeza científica que pueda justificar una acción determinada y su implantación puede tener resultados irremediamente tardíos para prevenir un grave perjuicio al ambiente.

El documento elaborado en Río afirma, además, que las medidas necesarias para prevenir la degradación ambiental debe resultar eficiente en relación a su costo. Esto implica que el principio precaucional puede ser aplicado solamente después de una atenta y rigurosa ponderación del riesgo que el daño se verifique y los costos económicos de las medidas en grado de evitar un mal perjuicio al ambiente. El costo de las medidas preventivas deben de resultar interiores a aquellos que potencialmente se gastarían para reparar el daño producido..

143. Es considerado vinculante en los Países europeos y los de OCSE y codificado como principio n. 16 de la Declaración de Río, no solo se requiere que el autor del daño al ambiente sea considerado responsable y sujeto a reparación aquellos que han sido dañados, sino también, impone a los Estados a no legislar en modo tal de garantizar que el autor del daño no sea recompensado.

144. Esta regla ya estaba presente en la Declaración de Estocolmo, y en la Conferencia de Río encuentra su codificación; y se prevé, que los Estados “*deben de cooperar en un espíritu de partnership global para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra*” (Principio 7), “*deben cooperar para el desarrollo de nuevas reglas en el derecho internacional sobre la responsabilidad y la reparación de los efectos negativos derivantes de los daños en el ambiente, causados por las actividades realizadas al interior de su esfera de jurisdicción o fuera de ésta*”, (Principio n. 13) y “*deben de cooperar en el desarrollo del derecho internacional del ambiente en el campo del desarrollo sostenible*”; (Principio n. 27). El difuso ordenamiento doctrinario, considera como corolario de la regla relativa a la obligación de cooperación, tres obligaciones de carácter procesal: a) la obligación del Estado de Informar, tempestivamente, a los otros Estados sobre la propia voluntad de realizar una actividad de causar daños al ambiente; b) la obligación de solicitar (en caso de oposición de Estados terceros, la realización de un proyecto) las consultas necesarias con la finalidad de llegar a una arreglo pacífico del problema; c) la obligación de la notificación de urgencia de las catástrofes naturales y de todas las situaciones aptas de crear daños al ambiente.

Estas tres obligaciones procesales encuentran su fundamento en el principio de cooperación en materia de ambiente y se han afirmado gracias al creciente número de acuerdos y sentencias que hacen referencia a este tema.

8. *La conferencia de Estocolmo y las sucesivas convenciones*

La nueva fase del Derecho Ambiental se inauguró con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, tenida en Estocolmo en 1972 y concluyó con la adopción de una Resolución relativa a acuerdos institucionales y financieros, de un Documento de Principios como: a) la necesidad de prevenir las causas principales de contaminación y los mayores riesgos ecológicos; b) la libertad de disfrutar los recursos naturales conforme a la Carta de las Naciones Unidas y en modo de garantizar a todos la satisfacción de las condiciones de vida; c) el llamado a una política de cooperación destinada a limitar los eventuales daños o agresiones al ambiente y que envuelven a todos los Estados en virtud a un principio, el de la igualdad¹⁴⁵.

Indudablemente que la Conferencia de Estocolmo fue la reunión más significativa de la época pero también sucesivamente fueron estipulados otros tratados importantes como: a) la Convención de Ginebra de 1979 *sobre la Contaminación Atmosférica a Larga Distancia*¹⁴⁶; b) la Convención de Montego Bay *sobre el Derecho del Mar* de 1982¹⁴⁷; c) Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985¹⁴⁸; d) la Convención de Viena de 1986 *sobre el tema de Energía Nuclear*; e) la convención *sobre El Derecho de los Cursos de las Aguas Internacionales* de 1997¹⁴⁹; f) el Tratado Antártico.

9. *La conferencia de Río de Janeiro*

La elaboración cumplida por el concepto de desarrollo sostenible fue una tarea esencial que, al final de los años ochenta, la Asamblea de las Naciones Unidas encomendó a una Comisión de expertos, la *Comisión Brundtland*, que al final de su trabajo dotó de una importante relación sobre un nuevo objeto de estudio denominado *Our Common Future*¹⁵⁰. Fue en el clima de los nuevos contenidos definitorios que, después de dos años de trabajos preparatorios en junio de 1992 se convoca en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo.

Esta Conferencia revalora los principios expresados en Estocolmo y de considerar el desarrollo sostenible como un punto de referencia esencial e irrenunciable de la nueva aproximación a las temáticas ambientales, entendidas desde una óptica siempre menos sectorial. Esta conferencia redactó tres

145. La Conferencia de Estocolmo llamó la atención internacional sobre la gravedad del problema ecológico, puestos de manifiesto por la UNEP (Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente), órgano auxiliar de las Naciones Unidas que tiene funciones de estudio, programación, promoción, racionalización y asistencia técnica a los Estados en el ámbito del Derecho Internacional del Ambiente, dotado de una estructura (Consejo de alta administración y Director ejecutivo) y de autonomía.

146. Convención de Ginebra de 1979 *sobre la Contaminación Atmosférica a Larga Distancia*, redactada para afrontar el fenómeno de las lluvias ácidas debido a emisiones de azufre, hidrocarburos y óxidos de azoto que, transformándose en ácidos, recaen sobre la tierra y también a notables distancias de los lugares de origen provocando daños relevantes. Su campo de aplicación se extiende a la contaminación atmosférica, donde “su fuente entra en la jurisdicción nacional de un Estado y que tenga efectos dañinos en una zona de jurisdicción de otro Estado”. El Protocolo de la Convención de 1979 sobre contaminación atmosférica a larga distancia ha sido ratificado y ejecutada con la Ley italiana del 6 de marzo del 2006, n. 125.

147. Para conciliar dos exigencias fundamentales: a) el derecho soberano de los Estados a disfrutar los propios recursos (art. 193); b) la obligación de los mismos a proteger y preservar el ambiente marino, instituyendo zonas de salvaguarda de los ecosistemas y de las especies de la fauna y de la flora. Esta convención dedica especial interés a la cooperación regional y mundial, a la elaboración conjunta de normas y procedimientos y remarca la necesidad de notificar prontamente los daños y de conducir actividades de investigación ambiental.

148. Con el objetivo de contrastar los efectos nocivos derivantes del adelgazamiento de la capa de ozono, fenómeno que determina el aumento de la radiación ultravioleta de origen solar con consecuencias fuertemente negativas sobre la salud humana y sobre sus ecosistemas susceptibles de padecer fuertes alteraciones. En 1987 en el protocolo adicional de Montreal se especifican y se refuerzan las obligaciones previstas en esta convención.

149. Basado en dos principios cardinales: la necesidad de agua y su uso razonable en sus cauces por parte de los Estados ribereños; y la obligación de los mismos de cooperar e intercambiar información para salvaguardar los ríos de la contaminación.

150. Ver TAMBURELLI, Gianfranco, *Ambiente (tutela dell' Ambiente) diritto internazionale*, estratto dal volume di aggiornamento dell' *Enciclopedia Giuridica* 2004, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2004.

importantes documentos: *a)* la Declaración de Río sobre el ambiente y el desarrollo; *b)* la Agenda XXI; *c)* la Declaración de los Principios para la Conservación y el Desarrollo Sostenible de la Foresta.

a) La Declaración de Río sobre el ambiente y el desarrollo.

Representa una verdadera manifestación de principios y sobre todo el derecho de cada generación a colocarse como sujeto central alrededor del cual se debe organizar el desarrollo sostenible para tener una vida sana y productiva, para vivir en armonía con la naturaleza¹⁵¹.

b) La Agenda XXI

Documentó efectivamente la voluntad de los firmantes de realizar conjuntamente tal equilibrio a través de las intervenciones que directamente recaían en las cuatro secciones de la Agenda, quiere decir: *a)* social económico; *b)* de la conservación y gestión de los recursos; *c)* de la participación de todos los componentes nacionales en los procesos decisionales; *d)* de la actuación práctica de las decisiones concertadas¹⁵².

10. Zonas no sujetas a soberanía

Las reglas de derecho internacional que impone a cada Estado la obligación de abstenerse de actividades contaminantes se ponen en modo particular en las zonas no sujetas a algún tipo de jurisdicción, por que en estas zonas se debe de realizar la misma utilización de los espacios sin causar perjuicio a la libertad y a los intereses de los otros Estados. En relación al espacio extra atmosférico, éste reviste un rol clave, el Tratado¹⁵³ sobre los principios reguladores de las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio externo.

En este acuerdo la libertad de utilización del espacio, encuentra un límite en la prohibición de causar perjuicio al ambiente. El artículo 9 señala que “*las partes efectuarán los estudios del espacio extra atmosférico, comprendida la luna y otros cuerpos celestes, y procederán a su exploración en modo de evitar los efectos dañosos de su contaminación como sus modificaciones nocivas al ambiente terrestre resultantes de la introducción de las sustancias extraterrestres*”.

El mar internacional es otra zona fuera de la jurisdicción de los Estados. En este campo existe una excepción al principio de libertad de los mares desde el momento que para un Estado es posible aplicar su autoridad contra las naves de banderas extranjeras, con la finalidad de adoptar medidas necesarias para prevenir o eliminar peligros graves y inminentes de contaminación que amenacen la costa, a consecuencia de un incidente marino. El 29 de noviembre de 1969 se adoptó la Convención sobre la intervención en alta mar en caso de incidentes que comportan contaminación de hidrocarburos.

11. Desarrollos en tema de tutela ambiental

a) El Protocolo de Kioto de 1997

El Protocolo de Kioto, es fruto de numerosos compromisos, y se propone como principal

151 Para esta finalidad se crearon iniciativas como: *a)* aquella de evitar y reducir los riesgos de la contaminación y de tutelar las exigencias ambientales; *b)* de cooperar para combatir la pobreza con el fin de conseguir un desarrollo homogéneo o por lo menos equilibrado entre todos los países, en modo de eliminar la disparidad entre los países; *c)* reconocer la importancia de un *global partnership* con la finalidad de tutelar la integridad del ecosistema terrestre respecto al cual los Países tienen posibilidades comunes pero diferenciadas en base al mayor aporte en la contaminación de los Países más desarrollados, quienes deberán contribuir con mayores recursos para desarrollar programas anticontaminación.

152. Los fines perseguidos por la agenda abarcan también al control del comercio internacional, a la reducción de la deuda externa de los Países menos desarrollados, la armonización de las políticas comunes, la subordinación de la economía a la ecología. El último resultado conseguido en Río fue la Declaración sobre la gestión, la conservación y el desarrollo sostenible de cada tipo de foresta, basada en la exigencia de contener los desequilibrios climáticos de cada descontrolada deforestación.

153. Ver el caso *Torrey Canyon*, que en marzo de 1967, este barco petrolero con bandera liberiana, cargado de más de 100 00 toneladas de hidrocarburos, encalla fuera de las aguas territoriales de Gran Bretaña.

objetivo: la reducción de los gases contaminantes a través de una serie de empeños que tienen como periodo referencial el 2008/2012, partiendo del presupuesto de que los Estados tienen responsabilidades diversas respecto a la emisión de gas, en Kioto se han individualizado tres categorías diversas de Países y a cada una de las cuales se les ha otorgado una tarea y objetivos diversos¹⁵⁴.

b) Los acuerdos de Marrakech de 2001

Después de la adopción del Protocolo de Kioto, se han realizado cinco sesiones de la Conferencia de los Estados miembros, en ocasión de la Conferencia de Marrakech, desarrollada entre el 29 de octubre y el 10 de noviembre de 2001, las partes han adoptado conjuntamente 22 decisiones que constituyen los acuerdos de Marrakech¹⁵⁵.

c) El vértice de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible de 2002

En Johannesburgo se tocó un tema medular como es el del desarrollo sostenible, discutido entre el 2 y el 4 de septiembre de 2002. Después de 10 años del *summit* de Río, la reunión de Johannesburgo se presenta como una toma de conciencia sobre las prioridades ambientales y ecológicas y las declaraciones de intenciones. Los objetivos trazados no han sido alcanzados. Las conclusiones finales confluyen en una Declaración política con la cual los Estados firmantes ponen nuevamente el interés de erradicar la pobreza, de cambiar los modelos de consumo y de proteger los recursos naturales. En realidad lo que emerge de Johannesburgo es la concientización de que se debe tomar es de naturaleza política para individualizar una *governance* mundial¹⁵⁶.

Entre los objetivos claves podemos mencionar: a) la protección contra la reducción significativa de la biodiversidad entro el 2010; b) la protección de los océanos y de la pesca; c) la estabilización a niveles no peligrosos para el equilibrio del clima, de la concentración de anhídrido carbónico y de los otros gases de efecto invernadero.

12. Perú y el medio ambiente

Vista la variedad de biodiversidad que el Perú posee, es evidente la gran importancia que asume su conservación¹⁵⁷ así como un estudio exhaustivo de su legislación:

154. Objetivos y condiciones: a) *Países en vía de desarrollo*, para los cuales se ha previsto reducción del gas con efecto invernadero, pero solo obligaciones de cooperación e intercambio de información; b) *Países en transición* o hacia una economía de mercado, que en base al Protocolo están obligados a reducir la emisión de gas con efecto invernadero. c) *Países económicamente avanzados*, para los cuales el protocolo les fija el 5% de reducción de las emisiones de gas en el periodo comprendido entre el 2008 al 2012. y se ha previsto un régimen diferenciado para los países de la Unión Europea, quienes deben de reducir el 8%, los Estados Unidos de Norteamérica el 7%, mientras algunos países tienen el derecho de aumentar sus emisiones.

155. El paquete de acuerdos comprende: a) decisiones en tema de ayuda y financiamiento a los países en vía de desarrollo en materia de clima; b) decisiones sobre los permisos de emisión de sustancias contaminantes; c) decisiones sobre los mecanismos de control de las obligaciones previstas en los acuerdos; d) una declaración sobre el desarrollo durable. La venta de los derechos de emisión: El elemento clave está constituido por la especificación de un sistema de intercambio de permisos de emisión en el cual a cada Estado se le atribuye una cuota porcentual de reducción de las emisiones de gas con efecto invernadero denominada derecho de emisión. Si un Estado produce un porcentaje de gas a efecto invernadero superior a la autorizada, tiene la posibilidad de comprar a otro estado que produce menos.

156. En el curso de la conferencia, los participantes adoptan un Plan de Acción que fija los principios, fines y plazos para favorecer la construcción de un desarrollo sostenible. Los principios fundamentales son dos: a) la confirmación del principio 15 de la Declaración de Río relativo a la aproximación precaucional; b) la confirmación del principio 7 de la Declaración de Río relativo a una responsabilidad común pero diferenciada entre países industrializados y países en vía de desarrollo.

157. Cabe señalar que la economía nacional depende en un 60% de la biodiversidad, en particular en las áreas de producción agrícola y forestal. El Perú es un centro importante de germoplasma de especies comerciales útiles. El número de especies con aplicaciones industriales, actuales o potenciales es alto: 2642; de ellas, 682 son fuentes de alimentación, 1044 son medicinales, 444 son recursos para leña, 86 *forage*, 55 se usan para obtener fertilizantes, 60 se usan para oleos y grasas, 46 para aromas y

Con la aprobación del *Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (CMARN)*¹⁵⁸, en 1990, inicia una política ambiental que ha llevado a la definición de una serie de objetivos, a la elaboración de una propuesta de organización de instrumentos de gestión ambiental como la evaluación del impacto ambiental.

En 1991 se promulga el Decreto Legislativo n. 757, *Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*, algunos aspectos del CMARN son modificados. En particular los objetivos de protección ambiental vienen alineados con la promoción de la inversión privada. En la ley marco se delega además, la responsabilidad de regular las actividades ambientales a los ministerios atribuyendo la competencia de sectores específicos a sus centros periféricos. En 1993 se crea la primera Unidad Ambiental Sectorial en el Ministerio de Energía y Minas.

En 1994 nace el Consejo Nacional del Ambiente (*CONAM*) en respuesta a la necesidad de coordinar transversalmente la gestión pública, que, queda bajo la competencia ministerial, provista de mecanismos de coordinación transectorial. La CONAM ha sido un elemento clave para el desarrollo de la gestión ambiental en Perú, como lo han sido la Comisión Ambiental Transectorial (reunión de todos los vice ministros de Estado), las Comisiones Ambientales Regionales (que hoy cubren toda la nación) son espacios de articulación del sector público.

En el 2003 se adopta la Política de Estado XIX, “*Política de Gestión Ambiental y Desarrollo Sostenible*”, que es parte del Acuerdo Nacional¹⁵⁹. Entre los principales objetivos de esta política se encuentra el fortalecimiento de la gestión pública ambiental, la creación de un *Sistema Ambiental de Gestión Ambiental*, la consolidación del proceso de descentralización de gestión (siguiendo las leyes de *Descentralización del Perú*)¹⁶⁰, el desarrollo de instrumentos de naturaleza diversa para generar prácticas ambientales adecuadas.

Con la aprobación de la *Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental*, se completa el proceso legislativo con el cual se pretendió conferir al País de un cuadro de políticas ambientales coherentes, generando de esta manera las bases fundamentales para reforzar al sector público ambiental, así como la acción responsable de la sociedad civil para dar vida a un contexto de ciudadanía ambiental.

En el 2005 se promulga la Ley General del Ambiente, que sustituye al Código del Ambiente de 1990; tal ley contiene nuevas directivas de gestión ambiental adaptadas a las problemáticas nacionales e internacionales.

Actualmente los objetivos de la gestión ambiental son: a) la protección del ambiente, entendida no sólo como una mera suma de elementos, sino como un criterio general que, de un

perfumes, 75 son productos para la cosmetología, 22 para la producción de curtientes y 128 para colorantes y tinturas. Sobre el Perú y la Biodiversidad véase: OYARCE-YUZZELLI, Aarón. *La Vitale Importanza della Tutella della Biodiversità e del le Aree Protette in Perú*, en *Gazzetta Ambiente*, Colombo, Italia 2008, pp. 57-69.

En Perú se encuentran registradas las conservaciones *ex situ* di 70860 accesiones, de 126 cultivos diseminados en diversas instituciones, como empresas comunales, por ejemplo el Programa del Maíz de la *Universidad Nacional Agraria La Molina* con bancos de neoplasma de material silvestre, como variedades locales mejoradas. Este enorme potencial de la biodiversidad como fuente de materia prima para la industria en particular la farmacéutica, debe ser uno de los principales incentivos para la individualización, conservación y evaluación de los ecosistemas tropicales más ricos en especies silvestres. Véase: Informe GEO p. 151

158. *Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (CMARN)*, publicado en 1990.

159. El *Acuerdo Nacional* fue creado por el Dr. Alejandro Toledo Manrique, Presidente del Perú, firmado a julio de 2002. La *XIX Política de Estado: Desarrollo sostenible y gestión ambiental*. Entre las principales obligaciones de las instituciones del Estado y de los privados se puede señalar: el compromiso de integrar la política nacional ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y el orden territorial, para contribuir a superar la pobreza y alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible en el Perú. El compromiso de institucionalizar la gestión ambiental pública y privada, para proteger la biodiversidad, facilitar el uso sostenible de los recursos naturales, asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles; esto ayudará a mejorar la calidad de vida, especialmente en las poblaciones más vulnerables del Perú.

160. Ley Orgánica de las Regiones, n. 27867, modificada por la Ley n. 27902, e la Ley Orgánica de Municipalidades, n. 29792.

lado, tiene en cuenta el desarrollo de la vida humana, y por otro, el normal funcionamiento de los ecosistemas; b) el contribuir a la conservación y al uso sostenible de los recursos naturales.

Tenemos que señalar que el 14 mayo 2008 con el Decreto Legislativo n. 1013 nace el Ministerio del Ambiente, la cual será la entidad directora y responsable de establecer la política nacional aplicable en materia conservacionista ambiental.

Entre la normativa peruana sobre materia ambiental podemos considerar: la Constitución Política del Perú del 1993, en sus artículos 66¹⁶¹, 67¹⁶², 68¹⁶³ y 69¹⁶⁴ nos dan los lineamientos generales de la política ambiental peruana. Además debemos mencionar que el artículo 2, párrafo 22¹⁶⁵ nos enfatiza el disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida humana. El artículo 21¹⁶⁶ salvaguarda el patrimonio cultural de la nación. Además cabe mencionar que la actual constitución posee la declaración antártica que declara la soberanía peruana sobre parte del territorio antártico¹⁶⁷.

161. Constitución Política del Perú art. 66 “*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento*”. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

162. Constitución Política del Perú art. 67 “*El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales*”.

163. Constitución Política del Perú art. 68 “*El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*”.

164. Constitución Política del Perú art. 69. “*El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada*”.

165. Constitución Política del Perú art. 2 inc. 22 “*A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*”.

166. Constitución Política del Perú art. 21 “*Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional*”.

167. Declaración Constitucional Antártica “*El Congreso Constituyente Democrático declara: que el Perú, país del hemisferio austral, vinculado a la Antártida por costas que se proyectan hacia ella, así como por factores ecológicos y antecedentes históricos, y conforme con los derechos y obligaciones que tiene como parte consultiva del Tratado Antártico, propicia la conservación de la Antártida como una Zona de Paz dedicada a la investigación científica, y la vigencia de un régimen internacional que, sin desmedro de los derechos que corresponden a la Nación, promueva en beneficio de toda la humanidad la racional y equitativa explotación de los recursos de la Antártida, y asegure la protección y conservación del ecosistema de dicho Continente*”. Sobre el sistema legal antártico ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Perú and the Environmental protection of Antarctica*, Giuffrè, Milán 2008, pp. 227-245; donde el autor nos señala: Perú has adhered to the Antarctic Treaty on April 10, 1981, through Presidential *Resolución Suprema*, véase: The Peruvian President according to Art. 211 of the Peruvian Political Constitution of 1979 can emanate the *Resolución Suprema*; *Decretos legislativos* are emanated by the president, previous Congress delegation of faculties; *Decretos Supremos*: are the regular laws emanated by the president in the government activity. N. 0424, Ver: Supreme Resolution of the 09 and 13 of July, 1981, sent to the Congress by the President with docket Number. 3-0-Y/06, and approved, afterwards, by the Congress with *Resolución Legislativa*, The Peruvian Congress can emanate the following: *Resoluciones Legislativas and Leyes. Resolución Legislativa* (Legislative Resolution) is adopted by the Peruvian Congress, according to Art. 186 of the Peruvian Political Constitution of 1979. N. 23307 on November 4, 1981, véase: Secretary of Foreign Affairs of Perú, <http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf>. Neither the Legislative Resolution nor the Supreme Resolution mentions any special measure to be taken in order to implement the Treaty, The adhesion to the Treaty was made during the XI Consultative Meeting in Buenos Aires. By signing the Treaty, Perú, recognized that the Treaty is the only valid legal instrument, and also recognized the faculty of the Treaty to create international law over Antarctica; Perú also manifested that will follow its contents and will not reivindicate Antarctic territory.

The *Antarctic Treaty* was ratified following the old Constitution July 12, 1979. The Peruvian President based his ratification on Art. 104 of the Constitution “The President can, celebrate or ratify international treaties with foreign States or international organizations, or adhere to them without the prerequisite of the Congress approval. He has only to inform the Congress afterwards”, allowing him to waive the prerequisite of the Congress approval, because the Treaty was a matter of presidential exclusive competence. This Article must be analyzed together with Art. 211, paragraph 14 of the Constitution, which confers the presidential prerogatives: “*To direct the foreign policy and the international relations, celebrate and ratify Treaties and Conventions, according to the Constitution*”. We can conclude that the *Antarctic Treaty* has followed all the steps provided for by the 1979 Constitution in order to be validly implemented to

En cuanto al tema de las comunidades nativas y campesinas¹⁶⁸ podemos señalar que están protegidas constitucionalmente por los artículos 88¹⁶⁹ y 89¹⁷⁰, reconociéndose su existencia legal y sus formas ancestrales de organización. Asimismo es de suma importancia la ratificación peruana de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Nativas¹⁷¹.

13. *Los organismos genéticamente modificados*

La legislación más avanzada en cuanto a organismos genéticamente modificados la posee la Unión Europea, la cual comprende: a) Directive 2001/18 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms¹⁷²; b) Directive 98/81 on the contained use of genetically modified micro-organisms¹⁷³; c) Regulation 258/97 on Novel Foods and Novel Food Ingredients governing the marketing of GM foods¹⁷⁴; d) Regulation 1830/2003 concerning

the Peruvian legislation, and became part of the national legislation, as Chapter V, Art. 101 enunciate: “*international treaties celebrated by Perú with other nations, become part of our national law*”.

168. La popolazione del Perú ha contribuito nell'antichità, attraverso la sua creatività, a diffondere un uso corretto della mega diversità esistenti, nonché a creare nuove varietà vegetative e non rispettando l'ambiente. Essi si sono, infatti, dedicati alla coltivazione di patate, caucciù, guano, *quinua* che hanno utilizzato per curare e nutrire innumerevoli abitanti del mondo. Pertanto la diversità culturale può anche essere considerato frutto della Diversità Biologica. Attualmente vi è la tendenza a selezionare talune risorse naturali per poi riprodurle artificialmente. Occorre considerare che molti nativi Peruviani sono riusciti ad adattarsi al territorio ambientale circostante in cui poi hanno fissato le loro radici familiari e culturali. Come abbiamo già menzionato il Perú possiede un'alta densità di culture. In esso possiamo individuare quattordici famiglie linguistiche e approssimativamente quarantaquattro etnie di cui quarantadue collocate in Amazzonia. Sobre los proyectos de la gestión ambiental por parte de las poblaciones indígenas ver: *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007. Queste popolazioni possiedono conoscenze importanti sull'uso e le caratteristiche delle varie specie vegetali e animali, nonché sulle diversità delle risorse genetiche e sulle tecniche riguardanti la loro conservazione. Ver *Strategia sulla Biodiversità* en:

<http://www.conam.gob.pe/ends/base.htm>.

169. Constitución Política del Perú art. 88 “*El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta*”.

170. Constitución Política del Perú art. 89 “*Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas*”.

171. Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native del 13 settembre 2007. Vedi anche *Republic of Peru Environmental Sustainability: a Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007.

172. Directive 2001 is the main legislation which governs experimental releases and placement on the market of GMOs. This Directive repealed the earlier Directive 90/220 which had been in place since the early 1990s. The permissions under this Directive are subject to a monitoring the impact of the organisms on the environment, providing a step by step approval process on a case by case assessment of the risk to human health and the environment. See: ADCOCK, Mike, *UE GMO Legislation*, February 2006. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/1_10620010417en00010038.pdf. Art. 1 “*its objective is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States and to protect human health and environment, first, when the deliberate release into the environment of genetically modified organisms for any other purposes than placing on the market within the European Community is carried out and, second, when GMOs are placed on the market as or in products within the Community*”. The main goal of this Directive is to approximate national legislation and procedures in this field. The deliberate release or placing of a GMO is subject to an authorization regime.

Sobre los artículos genéticamente modificados véase: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Genetically Modified Organisms (GMO) and the European Union, Case Study*, ISGI-CNR, en publicación con el Dipartimento di Diritto Privato dell'Università di Roma “*La Sapienza*”, a cura di ALPA, Guido.

173. Directive 98/81 regulates the contained use of genetically modified microorganisms for research and industrial purposes. This Directive repealed the earlier Directive 90/219 put in place in the early 1990s. See: http://europa.eu.int/comm/environment/biotechnology/pdf/dir98_81.pdf

174. Regulation 258/97 lays out the rules for authorization and labeling of novel foods including products containing,

the traceability and labeling of genetically modified organisms as well as the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms¹⁷⁵; e) Regulation 1829/2003 on genetically modified food and feed¹⁷⁶; f) Regulation 1946/2003 on transboundary movements of genetically modified organisms¹⁷⁷; g) Recommendation 2003/556/EC¹⁷⁸.

Toda esta legislación fue emanada debido a la ingeniería genética de los años 1960's¹⁷⁹ como una innovación revolucionaria de la biotecnología¹⁸⁰ analiza las transformaciones de la industria y de la agricultura. Las primeras pruebas de campo de los OGM se realizaron durante los años 80 y fueron comercializados en los 90. Pero, la ingeniería genética sufrió un periodo de controversias. Los OGM son utilizados en la producción de alimentos, los cuales han generado una reacción polarizada entre los productores, consumidores, científicos y los ambientalistas a nivel mundial. Mientras que algunos los ven como un beneficio esencial de la tecnología que puede incrementar la productividad agrícola y ayudar en la lucha contra la desnutrición y la pobreza, otros lo ven como un posible daño a los seres humanos y el medio ambiente. Los científicos y abogados que se encuentran a favor de su liberalización presionan al gobierno y a los organismos internacionales para que promuevan su desarrollo y su comercialización, reduciendo las barreras regulatorias, mientras que los críticos demandan regulaciones precautorias para la salvaguarda ante futuros daños¹⁸¹.

Las reglas internacionales sobre la salvaguarda contra los OGM o biosafety se iniciaron a mediados de los años 90's y fueron completadas en 1999, en la Convention on Biological Diversity (CBD). Sin embargo, el fracaso por alcanzar un acuerdo en la reunión de Cartagena, catapultó las discusiones sobre el comercio internacional. En enero del 2000 se adoptó el

consisting or produced using GMOs. This Regulation requires mandatory labeling to indicate the presence of GMOs. After October 2002, Directive 2001/18 requires that Member States should ensure labeling of GMOs as or in products.

175.Regulation 1830/2003 lays down procedures of traceability and labeling of GMOs and products produced from GMOs. The labeling legislation extends the labeling requirement to all food and food ingredients produced from GMOs regardless of the detectable presence of DNA or proteins with in the final food product. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi:celexplus.

176.Regulation 1829/2003 covers the labeling provisions to all genetically modified food or feed which consist of, contain or are produced from GMOs.

177.Regulation 1946/2003 transposes the Cartagena Protocol on Biosafety into EC law. Creating procedures for transboundary movement of GMOs, which should include the notification of parties of import, information to the BCH and identification and accompanying documentation standards.

178.Recommendation 2003/556/EC are guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming. See: ADCOCK, Mike, EU GMO Legislation.

179.Some authors give the paternity of GMO to Stanley COHEN and Herbert BOYER, researchers from Stanford University, which discovered the "enzimi di restrizione", the base for the genetic engineering, where a genetic material from a living organism can be modified, in a non natural way, throughout the insertion of genetic material from other organisms, even from a different species.

180.About biotechnology and agricultural biotechnology see: SILVESTRINI, Bruno, *Biotechnologie e Ricerca*, in *Animali e Piante Transgenici: Implicazioni*, CNR, Roma 2001. pp. 81-84. FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004.

181.About the International Politics of GMO see: FALKNER, Robert, *The International Politics of Genetically Modified Food, diplomacy*, Palgrave, Great Britain 2007. About the new proposal of the French legislation on GMOs see: *Projet de Loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, December 19, 2007. This Project can be sensitized in: Le projet de loi comporte un premier article fixant les principes encadrant l'expertise et la gestion des risques liés aux organismes génétiquement modifiés. Ensuite, six articles se répartissent entre trois chapitres successivement consacrés à la Haute autorité sur les organismes génétiquement modifiés (chapitre Ier), à la responsabilité (chapitre II) et à la transparence (chapitre III). Enfin cinq articles contiennent des dispositions d'adaptation au droit communautaire en matière d'utilisation confinée (chapitre IV), ainsi que des dispositions nécessaires à l'adaptation et à la mise en cohérence des dispositions du code de l'environnement, du code rural et du code de la santé publique avec les articles des chapitres précédents (chapitres V et VI).

Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidad¹⁸². A pesar de la firma de este protocolo la división entre los países persistió y se demandó medidas más severas, por otro lado los que se encuentran a favor señalaron que este protocolo creará barreras innecesarias y dañará el progreso de la biotecnología. En resumen podemos señalar que el conflicto sobre los OGM se resume en dos: a) el conflicto entre el norte y el sur, y b) el conflicto entre Norte América y Europa¹⁸³.

Existen muchos riesgos derivados de la emisión de plantas transgénicas en el ambiente¹⁸⁴, uno de estos riesgos es el flujo descontrolado de material genético y otro es la erosión de la biodiversidad. El carácter introducido en la planta puede ser transferido fuera del control humano, por medios naturales y espontáneos al contacto con sus mismas especies. El control de caracteres modificados no es fácil, especialmente en plantas como el maíz¹⁸⁵.

14. *El medio ambiente y el comercio*

Sobre la relación entre libre comercio y la protección del ambiente, podemos señalar que existe un libre mercado, lleno de equidad y sin discriminación, en el cual es posible promover el desarrollo sostenible y la conservación de los recursos naturales. En algunas reuniones de la OMC¹⁸⁶, como son la de Doha y la reunión de las Naciones Unidas en Johannesburgo, las cuales han confirmado que la globalización excluye posibilidades de desarrollo de los estándares de vida para los países desarrollados. Visto el contexto internacional es mandatorio para el comercio internacional tener medidas y regulaciones para mejorar y armonizarlos. Sobre el tema nos debemos referir a la Declaración de Río de Janeiro¹⁸⁷, que establece acciones referentes a las medidas ambientales aplicables al comercio, las cuales deben de ser aprobadas por la comunidad internacional.

182. Between the adoption of the Cartagena Protocol in January 2000 and its entry into force in September 2003, an Intergovernmental Committee for the Cartagena Protocol (ICCP) met three times to prepare for the first Meeting of the Parties (COP/MOP-1). While the ICCP could not take binding decisions on the development of the protocol, it nevertheless helped to get the Biosafety Clearing House of the ground and made recommendations on a large list of outstanding issues.

183. About the policy in Europe about GMOs see: BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007.

184. NIEREMBERG, Danielle, HALWEIL, Brian, *Coltivare la sicurezza alimentare in State of the World*, World Watch Institute, Luchi, Italy 2005, pp. 113-136.

185. FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004, pp. 38-52

186. The World Trade Organization (WTO) is an international trade body that seeks to promote liberalized trade throughout the world between its members. Its predecessor was the GATT. See HUGHES, JEWELL, LOWTHER, PARP WORTH, DE PREZ, *Environmental Law*, 4th ed. Butterworths, UK 2002, p. 71. See: SANDS, Philippe, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004. p. 1001-1020. The General Agreement on Tariffs and Trade was originally adopted in 1947 as the main international arrangement to encourage trade between states. The GATT was drafted in response to the protectionist policies of the 1920s and 1930s, which were perceived as major causes of the Great Depression. In December 1993, after seven years of negotiation, the Trade Negotiation Committee of the Uruguay Round adopted by consensus the Final Act. The Final Act includes the Agreement establishing the World Trade Organization (WTO) and annexed agreements on *inter alia*: the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), the General Agreement on Trade in Services (GATS), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), and the Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes (DSU). About the WTO and the environment see also: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'Environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003. See also BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 29-59. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003.

187. Principle 12 of the Rio Declaration: "States should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and sustainable development in all countries, to better address the problems of environmental degradation. Trade policy measures for environmental purposes should not constitute means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade. Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on an international consensus".

Algunas cuestiones sobre medidas nacionales han sido presentadas, por ejemplo los problemas sobre restricciones a las importaciones¹⁸⁸. La compatibilidad de estas medidas con las prohibiciones sobre restricciones cuantitativas, de acuerdo al GATT Agreement (art. XI) han sido evaluadas de acuerdo a los *Agreements* y algunas excepciones se han aplicado (art. XX). Estas regulaciones consienten la adopción y la aplicación de determinadas medidas por los Estados parte, con excepción del principio de no discriminación. Son también admitidas las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de los seres humanos, animales y plantas, además medidas para proteger los recursos naturales no renovables.

15. Conclusiones

Podemos señalar que la legislación ambiental se ha desarrollado a nivel mundial, pasó de ser obligación consuetudinaria a causuística internacional y luego con Estocolmo y Río de Janeiro se impuso no solo el derecho internacional sino una conciencia ambientalista a nivel mundial.

Todas las naciones deben de cumplir la normatividad supranacional, como deben de hacerlo los individuos y sobre todo las empresas, quienes deben de sujetarse a los estándares internacionales establecidos, como los ISOs y los Eco-labels.

Además se debe tener en cuenta la necesidad de las poblaciones indígenas propietarias de sus territorios, los cuales no pueden ser expropiados por el Estado, ni enajenados sin consentimiento previo por parte de los miembros de éstas comunidades.

Otro punto interesante es la permisibilidad en cuanto a la producción de organismos genéticamente modificados, los cuales son prohibidos por los países europeos y permitidos en América latina y los Estados Unidos, generando corrientes contrarias respecto al medio ambiente.

Dentro de los problemas más resaltantes que serán objeto de estudio en los próximos artículos son los del calentamiento global, el problema de la energía y la protección de la biodiversidad a nivel mundial. Temas que deben ser tratados con la debida conciencia ambiental para solucionarlos.

En tal sentido, el Perú pretende mejorar, en su política de protección ambiental mediante la creación del ministerio del ambiente, organismo, que en nuestro criterio debe emitir en forma urgente normas estandarizadas a nivel global sobre: La protección de la selva amazonica y sus pobladores, la eliminación de la polución en las minas, la eliminación de la basura y desechos humanos, las emanaciones de gases toxicos, sistemas de desague de las ciudades, educación ciudadana, etc.

188Ver: SCOVAZZI, Tulio, a cura di, *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano 2001.

EL AMBIENTE Y EL DERECHO EMPRESARIAL

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia. 289 de mayo 1987 n. 210 de la Corte Suprema Italiana; Casación 1463 de 1979, Italia; FRANCO, Marilena, *Il Diritto dell'Ambiente*, CEDAM, Padova 1990; directiva de la Comunidad Europea n. 337/85 en materia de Evaluación de Impacto Ambiental (valutazione di impatto ambientale- VIA); El Tratado de Ámsterdam del 02-10-1997; FICCO, Paola, *L'Evoluzione del Diritto Ambientale Comunitario*, en *Lezioni di Diritto Privato Europeo*, a cura di ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007; CALDWELL, L. *International Environmental Law and Policy*, Durham, 1980; Declaración de Estocolmo de 1972; Conferencia de Río de Janeiro en 1992; TAMBURELLI, Gianfranco, *Ambiente (tutela dell'Ambiente) diritto internazionale*, extracto del volume di aggiornamento della *Enciclopedia Giuridica* 2004, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2004; OYARCE-YUZZELLI, Aarón. *La Vitale Importanza della Tutella della Biodiversità e del le Aree Protette in Perú*, en *Gazzetta Ambiente*, Colombo, Italia 2008, pp. 57-69; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Perú and the Environmental protection of Antarctica*, Giuffrè, Milán 2008, pp. 227-245; *Republic of Peru Environmental Sustainability: a Key to Poverty Reduction in Peru*, *Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007; ADCOCK, Mike, *UE GMO Legislation*, February 2006; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Genetically Modified Organisms (GMO) and the European Union, Case Study*, ISGI-CNR, en publicación con el Dipartimento di Diritto Privato dell'Università di Roma "La Sapienza", a cura di ALPA, Guido; SILVESTRINI, Bruno, *Biotecnologie e Ricerca*, in *Animali e Piante Transgenici: Implicazioni*, CNR, Roma 2001; FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004; FALKNER, Robert, *The International Politics of Genetically Modified Food, diplomacy*, Palgrave, Great Britain 2007; *de Loi relatif aux organismes génétiques modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, December 19, 2007; BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007; NIEREMBERG, Danielle, HALWEIL, Brian, *Coltivare la sicurezza alimentare in State of the World*, World Watch Institute, Luchi, Italy 2005; FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004; HUGHES, JEWELL, LOWTHER, PARPWRTH, DE PREZ, *Environmental Law*, 4th ed. Butterworths, UK 2002; GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'Environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003; SCOVAZZI, Tulio, a cura di, *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano 2001

NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO COMERCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Europa y empresa. – 3. Perspectivas del derecho contractual europeo. – 4. La Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional. – 5. Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. – 6. Principios que rigen la Unión Europea. – 7. Directiva de los Consumidores. – 8. Contratación Internacional. – 9. Conclusiones.

1. Introducción

La Unión Europea¹⁸⁹ está a la vanguardia en cuanto al derecho comercial en el mundo. En cuanto a su estructura institucional podemos señalar que está conformada por: *a)* el Consejo europeo; *b)* las instituciones comunitarias; *c)* la Comisión; *d)* el Parlamento europeo; *e)* la Corte de justicia y el Tribunal de Primer grado; la Corte de las Cuentas; *f)* otros órganos. Cabe señalar que para la creación de la Comunidad Andina de Naciones CAN¹⁹⁰ y el MERCOSUR¹⁹¹, tomamos en cuenta el modelo de la Unión Europea, salvo MERCOSUR que no posee una Corte de Justicia, sino un sistema arbitral para la solución de sus conflictos.

Este sistema de integración que es el más avanzado en la actualidad y vista la cercana aprobación del futuro ALCA en Latino América, es menester estudiar los aspectos esenciales del sistema empresarial Europeo:

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

189. TESAURO, Giuseppe, *Diritto Comunitario*, 2da ed. Cedam, Padova 2001, p. 3 ss. La Unión Europea moderna tiene como inicio el discurso de Churchill en la Universidad de Zurich en septiembre de 1946 "...*Noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d'Europa... Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea deve essere una partnership tra Francia e Germania*". El Tratado CECA (*European Coal and Steel Community*) de París el 18 de abril de 1951, firmado por Francia, Alemania, Italia los tres países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), luego el CED (Comunidad Europea para la Defensa) de 1952 que no entró en vigencia, dopo el EURATOM del 25 de marzo de 1957. En 1957 se firma en Roma el Tratado que establece la European Economic Community EEC, de 1957, llamado también el Tratado de Roma El Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993, con este documento los miembros ven un modelo federal. Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, entrada en vigor el 1 de mayo de 1999. El 1 de enero de 2002 entra en vigencia el Euro. El 1 de mayo ocho países de la Europa central y oriental (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría) entran a la Unión (conformada por Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, UK, España y Suecia). El 1 de enero del 2007 Bulgaria y Rumania entra a la Unión, actualmente son 27 países miembros. Y permanecen como candidatos: Croacia, Macedonia y Turquía. En diciembre del 2007 se firma el Tratado de Lisboa que modifica el texto de los tratados precedentes. Ver también: MOUSSIS, Nicholas, *Access to European Union*, Euroconfidential, Genial 1997. ZANGHI, Claudio, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 1995

190. CAN, el 25 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de mejorar, juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social, dándole por nombre el Pacto Andino, o Grupo Andino. El 13 de febrero 1973 Venezuela se adhirió al acuerdo. El 30 de octubre de 1976 Chile se retiró de él.

191. MERCOSUR: constituido por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, quienes el 26 de marzo de 1991 suscribieron el *Tratado de Asunción*, creando el Mercado Común del Sur, que constituye el proyecto comercial más relevante en que se encuentran comprometidos esos países. En la Cumbre de Presidentes de *Ouro Preto* en diciembre de 1994, se aprobó un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción, por el que se establece la estructura institucional y se lo dota de personalidad jurídica internacional. Entre los temas más importantes del Mercosur se encuentran: *a)* el acceso al mercado; *b)* la agilización de los trámites en frontera; *c)* arancel externo común; *d)* defensa comercial y de la competencia; *e)* solución de controversias; *f)* incorporación de la normativa Mercosur. Véase : <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>.

2. *Europa y empresa*

Entre los temas más importantes en los países europeos podemos apreciar el tema de la privatización: el paso de lo público a lo privado, algunos juristas la llaman la democratización de la economía, salvo los servicios públicos esenciales que deben de permanecer en manos del Estado por motivos de seguridad y defensa nacional. Existe *a)* privatización débil, son las instituciones privadas pero con control estatal, un ejemplo son las sociedades municipalizadas. *b)* la privatización sustancial, donde se cambia toda la estructura de la empresa, el Estado queda de lado. Pasa de ser un Estado regulador a ser un Estado empresario.

Entre las causas de la privatización podemos analizar las siguientes: *a)* exigencia del butget, para reducir la deuda pública; *b)* la mundialización del intercambio comercial, como la de las empresas; *c)* la ideología; *d)* la política. Con la finalidad de mantener el control en las empresas vendidas, el Estado crea las *golden shares*¹⁹². Las *golden shares* son utilizadas para garantizar al Estado un poder que le consienta gobernar a la sociedad. La *golden share* nace en Francia como *action d'or*. A partir del 2000, los países miembros de la Unión Europea deben de adecuar sus legislaciones a los principios básicos de la Unión¹⁹³.

3. *Perspectivas del derecho contractual europeo*

Actualmente se encuentra en proceso *law making process*, pero no se puede extraer una conclusión definitiva sobre lo propuesto por la Comisión europea, sobre los resultados de los centros de investigación, sobre las iniciativas de los legisladores europeos. Las críticas acerca de la uniformización del derecho contractual más blandas son las críticas al mejoramiento del *acquis*. Para los que imaginaban una rápida conclusión del *iter*, de tal manera de llegar a una codificación de reglas generales sobre los contratos, por otro lado el desplazamiento en el tiempo de este objetivo, así como su agregación con el mejoramiento del *acquis*, finalmente la reducción del proyecto al *common frame of reference* ha significado su redimensionamiento.

Aún no es posible señalar que exista un cuerpo de referentes al derecho privado europeo, y no solo en materia del consumidor, sino también en materia de relaciones familiares, de ambiente, de garantías y tutela del crédito, además sobre la circulación de productos defectuosos.

El reciente derecho de las relaciones inter privados de fuente comunitaria, donde se abandone la atención hacia las intervenciones normativas y los efectos creativos que este produce en términos de instituciones nuevas y técnicas de tutela innovadora para dirigir la mirada al diseño incluyente delineado por los numerosos procedimientos del legislador supra nacional, aparece entonces una idea uniformadora que al origen de su doble naturaleza de derecho nacional, en cuanto a la fuente reguladora de relaciones de los ordenamientos nacionales, y el derecho de la Unión, en cuanto derecho vigente al interior de los países comunitarios. La uniformidad de las reglas y principios, cual objetivo principal de la acción de las instituciones comunitarias, está garantizada por el carácter imperativo de las disposiciones normativas, por la inmediata eficacia

192. *Golden Shares*, en Francia son llamadas *action classifie*; en Italia: *poteri speciali*. Ver http://europa.eu/abc/history/2000_today/index_it.htm

193. *Le libertà su cui si fonda il mercato interno sono: a)* libera circolazione dei beni; *b)* servizi; *c)* persone e *d)* capitali, facendo riferimento sia alle persone fisiche e le persone giuridiche, siano queste società e imprese con sede principale in un paese membro. Los principios básicos de la Unión son: *a)* la libertad de establecimiento; *b)* la libertad de circulación, ver art 73 B del Tratado de la Unión; art. 56 prohíbe todas las restricciones de capitales entre países miembros. Ver Directiva 23 mayo 2003, C 58/99. Ver 4 junio 2002 G 367/98 – C 503/99. 2 junio 2005 164 2004.

La Unión adopta medidas destinadas a la instauración o al funcionamiento del mercado interno, conforme a las disposiciones pertinentes a los tratados. El mercado interno comprende un espacio sin fronteras, en el cual se asegura la libre circulación de las mercaderías, de los servicios y de los capitales según las disposiciones de los tratados. El Consejo, bajo propuesta de la Comisión, define las orientaciones y las condiciones necesarias para garantizar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados. Véase: TRIGGIANI, Ennio, *l'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Levante, Bari 2008.

perceptiva en relación a los individuos¹⁹⁴, de la obra de direccionamiento y guía de la Corte de Justicia, de aquellos no menos relevantes¹⁹⁵.

El derecho europeo de los contratos, además de presentar las características antes indicadas, señala por una connotación fuertemente autónoma que, a un examen superficial del dato normativo, puede parecer contradicha por el llamado literal a institutos y técnicas de tutela ya conocidas a cualquier ordenamiento nacional. Es frecuente el uso de formulas predefinidas o la adopción de reglas resolutorias de conflictos, con sus orígenes reconducibles a la experiencia jurídica de uno u otro Estado miembro¹⁹⁶.

4. La Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional

La Convención¹⁹⁷ tiene como objetivo fundamental la unificación de criterios del derecho sustantivo. Sustituir la normatividad interna. Italia sigue la Convención del Haya de 1955, que regía la ley aplicable. Cuando existen fuentes del mismo grado, la prevalencia la tiene la Convención de Viena, basándose en la especialidad.

La presente convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en *Estados diferentes*: a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. No tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debería haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad.

5. Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

La Convención de Roma es relativa al campo del derecho internacional privado, en materia de competencia jurisdiccional y de ejecución de las sentencias, con la finalidad de adoptar reglas uniformes concernientes a la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea¹⁹⁸.

194. En este sentido es significativo el principio consolidado de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares de violaciones al derecho comunitario. Este principio fue por la primera vez reconocido en la célebre sentencia *Franovich* (C. giust. CE 19 noviembre 1991, causas reunidas nn. C-6/90, in Foro it., 1992, IV, 145).

195. De aquí el carácter marcadamente jurisprudencial del derecho privado europeo, con su formación como consecuencia de las técnicas interpretativas adoptadas por la Corte de Justicia y por las decisiones de las cortes nacionales llamadas a releer el derecho interno a la luz de la fuente sobre nacional, de vez en vez ampliando o restringiendo el concreto ámbito aplicativo, y de esta manera incidir sobre los tiempos de realización de le mercado único. Véase: CHINÈ, Giuseppe, *Il diritto contrattuale europeo, riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, en Lezioni di diritto privato europeo, raccolte da ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007, pp. 373-365.

196. En cuanto a la normatividad europea sobre contratos podemos mencionar: la directiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo, la cual contiene una verdadera y propia disciplina marco aplicable a todas las formas de contratación que prescindan de la presencia física simultánea. La directiva 200/31/CE sobre el comercio electrónico

197. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de las Naciones Unidas de 1980.

198. La convenzione è stata aperta alla firma il 19 giugno 1980 a Roma ed è entrato in vigore il 1° aprile 1991. Tutti i nuovi Paesi aderenti all'Unione hanno firmato la convenzione. Grazie all'adesione di Austria, Finlandia e Svezia hanno

Se aplica a las obligaciones contractuales en las situaciones de conflicto de leyes, también en los casos en los cuales la norma es de un Estado miembro y uno que no, pero con exclusiones enumeradas taxativamente en el contrato¹⁹⁹. Las partes pueden elegir la ley aplicable a todo o a parte del contrato, además pueden elegir el tribunal de competencia en caso de litigio. En cualquier momento las partes pueden someter al contrato a una ley diversa a la que la regulaba inicialmente. Según el principio de proximidad, el contrato está regulado por el país que presenta un ligamen más estrecho²⁰⁰.

6. Principios que rigen la Unión Europea:

Entre los principales principios que rigen a la Unión Europea podemos mencionar los siguientes:

a. Libre circulación

Proviene de un concepto económico, un intercambio económico favorable, hoy ha adoptado una connotación política. Circula en tanto es ciudadano europeo no en cuanto prestador de servicios o trabajador. La libertad de circulación la obtendrá aquella persona²⁰¹ que encuentra una oferta de trabajo por una retribución, aquel que presta servicios a favor de otro Estado miembro. Entre la problemática podemos ver: a) el trato paritario; b) la seguridad social; c) la tutela. Entre los límites podemos observar: a) el orden público; b) sanidad; c) seguridad, etc. La libertad se extiende a su familia directa.

El concepto de trabajador, la Corte de Justicia Europea ha interpretado el concepto de trabajador como la persona que: a) *undertakes a genuine and effective work*; b) *under the direction of someone else*; c) *for which he is paid*. Y según el *case-law* de la Corte Europea de Justicia, el artículo 39 se aplica también para los *professional sportman*.

reso possibile a una versione codificata della convenzione di Roma e dei due protocolli, pubblicata nel 1988, l'ultima versione pubblicata sulla Gazzetta ufficiale e del 2005.

199. Las exclusiones a la aplicación de la Convención de Roma son: a) delle questioni di stato e di capacità delle persone fisiche; b) delle obbligazioni contrattuali relative a testamenti e successioni, regimi matrimoniali ed altri rapporti familiari; c) delle obbligazioni relative a strumenti negoziabili (cambiali, assegni, vaglia cambiari, ecc.); d) delle convenzioni d'arbitrato e d'elezione del foro competente (scelta di un tribunale); e) delle questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche; f) della questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga a obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale egli ha affermato di agire (e, analogamente, della questione di stabilire se l'atto compiuto da un organo di una società, associazione o persona giuridica valga ad obbligare di fronte ai terzi l'intera organizzazione); g) delle questioni relative alla costituzione ed organizzazione di trusts; h) della prova e della procedura; i) dei contratti d'assicurazione per la copertura di rischi localizzati nei territori degli Stati membri (la convenzione, tuttavia, si applica ai contratti di riassicurazione).

200. Salvo nei seguenti casi si applicano norme specifiche: a) quando il contratto ha per oggetto un bene immobile, si presume che la legge applicabile dove è situato l'immobile. b) per i contratti di trasporto di merci, la legge applicabile è quella del luogo di carico o scarico o della sede principale del vettore. Nel caso della tutela dei consumatori si applica il principio di tutela della parte più debole, la legge applicabile sarà la legge dove il consumatore ha la residenza abituale, salvo elezione diversa per le parti, pero questa scelta non può danneggiare il consumatore, questo non può essere privato di protezione, almeno di quella protezione che aveva nel paese in cui risiede abitualmente.

201. *Persone fisiche*: Per quanto riguarda le persone fisiche, il trattato (TCE, Art. 18) stabilisce che tutti i cittadini dell'Unione europea hanno diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, secondo le procedure e le condizioni previste dal trattato stesso e dalla legislazione successiva. Ogni cittadino ha dunque il diritto di entrare e di uscire liberamente dal territorio di uno Stato membro diverso dal proprio e di soggiornarvi, sebbene tale diritto sia regolato in modo diverso a seconda che la persona sia un lavoratore, uno studente, un turista, un pensionato ecc. La categoria che ha maggiori facilitazioni in materia di libera circolazione e soggiorno è quella dei lavoratori, ovvero di coloro che esercitano un'attività economica remunerata reale ed effettiva. Inoltre, in maniera derivata, beneficiano del diritto alla libera circolazione e al soggiorno anche i membri della famiglia del lavoratore (R. 1612/68 ed D. 73/148), le persone non attive e i familiari delle persone non attive, in altre parole di pensionati, disoccupati involontari.

En cuanto a las restricciones administrativas, podemos mencionar que los permisos de trabajo son entregados solamente para efectos de monitoreo.²⁰² Pero podemos ver también la posibilidad del uso de la *Cláusula di salvaguardia*²⁰³ cuando se verifican perturbaciones graves en el Mercado del trabajo²⁰⁴.

b. Libertad de establecimiento

Se basa en la libre circulación de ciudadanos comunitarios²⁰⁵, nos enfrentamos con temas como el del reconocimiento de los títulos profesionales, el ejercer en otro Estado. Así también el establecer una sucursal en otro Estado miembro.

7. Directiva de los Consumidores

Cada Estado posee normas similares pero no iguales, sobre créditos de consumo, paquetes de viaje todo incluido, etc. El Código Civil regula el contrato en general, la definición de consumidor lo da el Código del Consumidor, señalando la existencia de una diferencia entre consumidor y profesional. Debemos mencionar que el Código Civil establece el principio de libertad contractual, eleva a las partes a una paridad ideal, pero el Código del Consumidor protege al consumidor, deshace la tesis de la paridad. En el sistema continental el juez será el que protegerá al consumidor al aplicar la norma al caso concreto, en el *common law* es al contrario. Un fenómeno extraño se viene manifestando en la actualidad, los sistemas del *common law* están inclinándose hacia la codificación y la familia del *civil law*, hacia la casuística. En cuanto a la normatividad Europea podemos ver la Directiva 93/13; la nueva Constitución de la Unión que regula la libertad contractual y la tutela de los consumidores, visto el poder de superioridad económico, la ventaja psicológica sobre la otra parte²⁰⁶.

Draft of Common Reference

Trata sobre los principios europeos del derecho contractual, y se basa en la *good faith*. Esta armonización del derecho contractual europeo es un fenómeno complejo que puede involucrar tres distintos niveles. El primero: *técnico jurídico*, que consiste de eliminar los costos de transacción, de escoger la ley aplicable, de eliminar las deformaciones entre los ordenamientos nacionales. El segundo nivel, *reglamentación*, que implica la introducción de reglas no derogables para perseguir valores retenidos prioritarios. El tercer nivel, *ideológico*, que mira a crear una identidad común europea²⁰⁷.

202Disposizioni transitorie relative alla libera circolazione dei lavoratori dei nuovi stati membri dopo l'allargamento dell'Unione Europea avvenuto il 1° maggio 2004. Al riferirsi al rilascio automatico dei permessi di lavoro per motivi statistici sul numero dei lavoratori proveniente dai nuovi Stati membri.

203Se un vecchio Stato membro cessa di applicare le misure nazionali e opta per la libera circolazione dei lavoratori in applicazione del diritto comunitario, esiste la possibilità di ristabilire restrizioni qualora si verificano o rischino di verificarsi perturbazioni gravi sul mercato del lavoro. Queste *clausole di salvaguardia*” sono sempre apparse nei trattati di adesione ma non sono mai state utilizzate. Di conseguenza, la Commissione non ha alcuna esperienza pratica del loro funzionamento. Va tuttavia da sé che la Commissione si aspetta che uno Stato membro fornisca prove convincenti di un elevato grado di perturbazione sul mercato del lavoro per giustificare una richiesta di ripristino di restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori che costituisce una delle quattro libertà fondamentali del trattato CE. Lo stesso varrà per il ricorso alla clausola di protezione tra i nuovi Stati membri. Vedi caso Austria/Germania per servizi.

204Ver Directiva Collins, Directiva *Bolkesnstein*, o directiva de servicios, que incluye una serie de disposiciones beneficiosas para las empresas de servicios y sus usuarios como son la simplificación de procedimientos y trámites para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios y un sistema de cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros.

205Ver Tratado UE artt. 39, 43-48.

206En Alemania podemos observar los casos de prohibición de negocios contrarios a las buenas costumbres. Por ejemplo el caso *Alemania Vs. Nintendo*. Donde el juego que estuvo en escrutinio, poseía escenas no apta para los menores y por ende contraria a las buenas costumbres.

207Sobre la distinción entre uniformización, armonización, ver BENNACHIO, G., *Diritto Privato della Comunità Europea*, Fonti, Modelli, Regole, Cedam, Padova 2004, p. 11 ss.

8. Contratación Internacional

En la contratación internacional se presentan problemas para ubicar la selección de la ley y del juez, entre los cuales podemos señalar *a)* la nacionalidad de las partes; *b)* la sede de negocios de una de las partes; *c)* lugar de constitución; *d)* lugar de conclusión del contrato; *e)* lugar de ejecución; *f)* lugar de ubicación del bien; *g)* moneda; *h)* lugar del pago. Como también si un contrato ha sido redactado en muchos idiomas, cuál será la versión oficial.

Podemos señalar que por la autonomía contractual es la ley que emerge del contrato la que se aplicará a éste, o el *power contractus*.

9. Conclusiones

El presente artículo nos trae innovaciones a nivel contractual, tales como la elección de la norma aplicable en los contratos, la elección de una o más normas durante el iter contractual y posterior a éste. La intención de la investigación es la de trasladar el pensamiento jurídico habitual de recurrir al Código Civil peruano como única fuente para la solución legal a un problema contractual, y la posibilidad de aplicar norma extranjera en territorio nacional y norma nacional en territorio extranjero, así como normatividad supranacional referente a la materia

La Unión Europea nos brinda nuevos principios en la relación interpersonal e interstatal, tales como la libre circulación de mercaderías, la libre circulación de servicios, la libre circulación de personas, la libertad de establecimiento y la no discriminación. Principios que siempre fueron impulsados por los organismos internacionales, el derecho natural y actualmente por los sistemas de integración. Es el paso que toca seguir a todas las naciones en vía de desarrollo y en nuestro caso al Perú.

Es importante mencionar que en un sistema de integración, la aplicación de un tratado y la vigencia de una sentencia de la corte supranacional es de aplicación inmediata y *erga omnes*, la sentencia y el tratado no necesitan pasar por el proceso de nacionalización para poseer validez en territorio nacional, su no cumplimiento inmediato acarrea sanciones al Estado que la incumple.

Por tanto el estudiar las instituciones de la Unión Europea es muy importante porque la UE es el modelo que todos los sistemas de integración a nivel mundial siguen, y el derecho que crea está a la vanguardia. Además la UE se encuentra en un proceso especial, el de la codificación y armonización de las normatividades, tratando de conjugar el derecho romanista con el derecho del *common law*.

NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO COMERCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

BIBLIOGRAFÍA

TESAURO, Giuseppe, *Diritto Comunitario*, 2da ed. Cedam, Padova 2001; ZANGHI, Claudio, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 1995; Directiva 23 mayo 2003, C 58/99; TRIGGIANI, Ennio, *l'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Levante, Bari 2008; *Francovich* (C. giust. CE 19 noviembre 1991, causas reunidas n. C-6/90, in Foro It., 1992; CHINÈ, Giuseppe, *Il diritto contrattuale europeo, riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, en Lezioni di diritto privato europeo, raccolte da ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007.

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS (GMO) AND THE EUROPEAN UNION - CASE STUDY-

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMMARY: 1. Preface. – 2. Comment on an European Union Court of Justice Resolution. – 3. European Union (UE) legislation on GMOs. – 4. GMO doctrine. – 5. Biodiversity Convention. – 6. Environment and international commerce. – 7. Biodiversity in Peru and the key role of Native and Farmer's Communities. – 8. Andean Community Biological Diversity Protection. – 9. Conclusions.

1. Preface

The international community has realized that some measures have to be taken in order to provide adequate responses to the environmental problems appeared during the XX century. Due to the environmental situation some international agreements have been made; among the most relevant documents we can mention the Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment of 1972²⁰⁸, the UN General Assembly Resolution 37/7 on a World Charter for Nature of 1982, the Rio Declaration on Environment and Development of 1992²⁰⁹, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of 1985²¹⁰, the Convention on Biological Diversity of 1992²¹¹. This legislation was created in order to have a more sustainable development and to ensure a better life for future generations.

The author will analyze a case brought to the European Union Court of Justice on GMOs commenting the application of the communitarian legislation, the GMOs doctrine as well as the Biodiversity Convention relating to this important new matter. The author will also analyze the Biodiversity protection in Peru and the role of native and farmers communities, and the Andean Community legislation on biological diversity protection.

2. Comment about a Case of the European Union Court of Justice Resolution Joined cases C-439/05 P and C-454/05 P appeal the Directive 2001/18/EC- Decision 2003/653/EC-Deliberate release into the environment of genetically modified organisms September 13, 2007

The case

This case concerns an attempt of the Austrian Government to introduce, with the

* Professor of International Law and Comparative Law at *Universidad de San Martín de Porres*, Lima, Peru, LL.M. Master in European Private Law, *Università di Roma "La Sapienza"*.

208. See SANDS, Philippe, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004. pp. 3-16. The UN Conference on the Human Environment was held in Stockholm from 5 to 16 June 1972. It was convened pursuant to UN General Assembly Resolution 2398 (XXIII) of December 1968, on a proposal from Sweden. Delegates from 113 States attended the Conference, representing most of the UN membership with the exception of USSR, Cuba and a number of other socialist countries. See also: CORDINI, Giovanni, FOIS Paolo, MARCHISIO, Sergio, *Diritto Ambientale Profili Internazionali Europei e Comparati*, Giappichelli Editore, Torino 2005, pp. 1-10

209. The Rio Declaration on Environment and Development, adopted at the 1992 UN Conference on Environment and Development (UNCED), is intended to develop the principles adopted in the 1972 Stockholm Declaration. The Rio Declaration comprises twenty-Seven principles which set out the basis upon which states and people are to co-operate and further develop international law in the field of sustainable development.

210. The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, was negotiated under the auspices of UNEP, is intended to protect humans and the environment from harmful effects of activities which modify the ozone layer.

211. The Convention on Biological Diversity, was adopted under the auspices of UNEP. It is designed to protect the earth's biodiversity by promoting sustainable use. After this convention comes the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, 29 January 2000, where the parties reaffirm the commitment to the precautionary approach contained in Principle 15 of the Rio Declaration.

intention to create a farming area free of genetically modified organisms (GMOs), a law imposing a general ban on the cultivation of genetically modified plants or seed, and the breeding and release of transgenic animals, in particular for hunting and fishing purposes, in Upper Austria. The proposed national legislation was based on a report entitled “*GMO-Free agricultural areas: design and analysis of scenarios and implementation measures*”²¹². Austria then notified²¹³ the European Commission of its intent in compliance with article 95 (5)²¹⁴ of the Treaty.

The Austrian government cited scientific factors in the report, explaining that the release of GM plants and animals to the environment would constitute a threat to the biodiversity and environment of the Upper Austria. The report made reference to possible effects to human health in terms of allergenicity of pollen from both conventional and genetically modified plants.

In consequence, the European Commission requested scientific opinion from the European Food Safety Authority²¹⁵ (EFSA) to investigate whether the information in the report contained any new scientific evidence in terms of risks to human health and the environment that would justify such prohibition of GM seeds, propagating material and transgenic animals.

The conclusion of the scientific investigation revealed that there was no scientific evidence, in terms of risk to human health and the environment to justify the prohibition, and no scientific evidence was presented to indicate that this area of the Upper Austria had unusual or unique ecosystems that require a separate risk assessment from those carried out for other similar areas in Europe²¹⁶.

With the report from EFSA the Commission made a decision: “*the Republic of Austria has failed to provide new scientific evidence or to demonstrate that a specific problem in the Land Oberösterreich had arisen following the adoption of Directive 2001/18 which made it necessary to introduce the notified measure. Rejecting Republic’s of Austria request for derogation*”.

Court of First Instance Decision

On November 3, 2003, the Land Oberösterreich brought action seeking the annulment of the contested decision; days after the Republic of Austria brought an action based in four pleas in law:

212. See: HOPPICHLER Joseph, *Concepts of GMO-Free Environmentally Sensitive Areas*, Federal Institute for Less-Favored and Mountainous Areas, Vienna. This paper summarizes a two-part study dealing with concepts of GMO-Free environmentally sensitive areas conducted on behalf of the Austrian Ministry of Women’s Affairs and Consumers Protection, 1998, and the second part deals with the results of a survey of experts opinions about GMO-Free areas related to different problems around the deliberate release of GMOs and the natural or/and agricultural environment, 1998/1999.

213. On March 13, 2003, the Republic of Austria notified the Commission of a draft law of the Land of Oberösterreich banning genetic engineering of 2002. That draft law was intended to prohibit the cultivation of seed and planting material composed of or containing GMOs and the breeding and release, for the purposes of hunting and fishing, of transgenic animals. The notification intended to secure, on the basis of Article 95 (5) EC.

214. 95 (5) CE “*Moreover, without prejudice to paragraph 4, if, after the adoption by the Council or by the Commission of a harmonization measure, a Member State deems it necessary to introduce national provisions based on new scientific evidence relating to the protection of the environment or the working environment on the grounds of a problem specific to that Member State arising after the adoption of the harmonization measure, it shall notify the Commission of the envisaged provisions as well as the grounds for introducing them*”.

215. (EFSA) is the European Food Safety Authority, is the keystone of European Unions (UE) risk assessment regarding food and feed safety. In close collaboration with national authorities and in open consultation with stake holders, EFSA provides independent scientific advice and clear communication on existing emerging risks. See: http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa_locale-1178620753812_home.htm

216. See: *Opinion of the Scientific Panel on Genetically Modified Organisms on a question from the Commission related to the Austrian notification on national legislation governing GMOs under article 95 (5) of the Treaty*, The EFSA Journal (2003) 1, 1-5. <http://www.efsa.eu.int>

- a) *First plea*: infringement of the right to be heard based on art. 95 (4) EC²¹⁷.
- b) *Second plea*: the breach of the obligation to state reasons by the Court²¹⁸.
- c) *Third plea*: the infringement of art. 95 (5) EC. The small size of farms is a common characteristic in all Member States²¹⁹. Unique ecosystems (Small farms and the importance of organic production in the Land Oberösterreich).
- d) *Fourth plea*: the breach of precautionary principle²²⁰.

The Court of First instance rejected the four pleas under the following grounds: on regards the first plea of law the Court said that procedures of art. 95 (4)²²¹ and (5) EC are initiated by the notifying Member State, and on interest of the notifying Member State and proper functioning of the internal market be, concluded rapidly. And the six months dead line laid down in art. 95 (6)²²² applies without distinction to requests for derogation concerning national measures in force (art. 95 (4) EC) and to requests concerning measures in draft form, to which art. 95 (5) EC is applicable. The fact that the Austrian law is in draft does not diminish the interest on the Commission to rule quickly.

In regards to the second plea in law on the breach of the obligation to state reasons, the Commission has ruled in a detailed and comprehensive way, making possible to the appellant to contest in the pre- established period.

About the third plea, on infringement of art. 95 (5) EC, the Court established in base to the AFSA report that there was no uniquely local scientific information on the environmental or

 217. The Austrian government alleged that the Court wrongly dismissed the claim and the right to be heard was infringed because the Commission relied on the EFSA opinion but did not give the actors an opportunity to comment on it. Also the applicants' argument runs counter to the scheme of art. 95 (5) EC, because the fact that that provision relates to a national measure which is not yet in force does not diminish the interest in having the Commission rule quickly on the request for derogation which has been submitted to it. The authors of the EC Treaty intended that that procedure should be speedily concluded in order to safeguard the applicant Member's State interest in being certain of the applicable rules, and in the interest of the proper functioning of the internal market.

218. The Court has set out its arguments in a detailed and comprehensive manner, enabling the actors to be aware of its factual and legal grounds and the Court to review the lawfulness of the decision. The Court based its decision in three factors: a) the Member State had failed to demonstrate that the notified measure was justified in the light of new scientific evidence concerning protection of the environment; b) the notified measure was not justified by a problem specific to the Republic of Austria; c) the Commission rejected the arguments of the Austrian authorities seeking to justify the national measures by recourse to the precautionary principle, signaling that it was too generic and lacked substance.

219. The scientific evidence presented: no new or local scientific information on the environmental or human health impacts of existing or future GMOs crops or animals. No scientific evidence was presented which showed that this area of Austria had unusual or unique ecosystems that required separate risk assessment from those conducted for Austria as a whole or for other similar areas of Europe.

220. *Precautionary principle*: precautionary approach is a response to uncertainty, in the face of risks to health or the environment. In general, it involves acting to avoid serious or irreversible harm, despite lack of scientific certainty as to the likelihood, magnitude, or causation of that harm. Precaution is an established principle of environmental governance, prominent in law, policy and management instruments at international, regional and domestic level, across such diverse areas as pollution, toxic chemicals, food and phytosanitary standards, fisheries management, species introduction and wildlife trade.

The Court considered irrelevant the appeal to the precautionary principle. About precautionary principle in France see: OURY, Jean-Paul, *La querelle des OGM*, Presses Universitaires de France, Paris 2006, p.86-98. The author makes a reference to Aristotle: "*On pourrait spontanément associer la précaution à la prudente aristotélicienne*".

221. 95 (4) EC "*If, after the adoption by the Council or by the Commission of a harmonization measure, a Member State deems it necessary to maintain national provisions on grounds of major needs referred to in art. 30, or relating to the protection of the environment or the working environment, it shall notify the Commission of these provisions as well as the grounds for maintaining them*".

222. 95 (6) "*The Commission shall, within six months of the notification as referred in paragraphs 4 and 5, approve or reject the national provisions involved after having verified whether or not they are a means of arbitrary discrimination or a distinguish restriction on trade between Member States and whether or not they shall constitute an obstacle to the functioning of the internal market*". "*In absence of a decision by the Commission within the period the national provisions referred to in paragraphs 4 and 5 shall be deemed approved*". "*When justified by complexity of the matter and in the absence of danger to human health, the Commission may notify the Member State concerned that the period referred to in this paragraph may be extended for further period of up to six months*".

human health impacts and that no scientific evidence was presented that could demonstrate that the Upper Austria had unusual or unique ecosystems that required separate risks assessments. The Court stated that the requisites in 95 (5) EC are cumulative and it is sufficient that only one of the conditions not be satisfied for the rejection of the derogation.

About the fourth plea on the breach of the precautionary principle the Court found that it was irrelevant to examine this plea, stating that the conditions for application on the provision 95 (5) were not met.

Court of Justice Decision

The Land Oberösterreich and the Republic of Austria raise two pleas for annulment alleging:

- a) the infringement of the right to be heard²²³ and
- b) the infringement of article 95 (5) EC²²⁴.

On regards to the infringement to the right to be heard the Court of Justice stated art. 95 EC provides that, following the adoption of measures for the approximation of legislation of Member States. Those States are required to notify national provisions which derogate from those measures to the Commission for its approval. Art. 95 (4) EC relates to the maintenance of national measures which predate the harmonization measures and art. 95 (5) EC relates to derogating national measures that the member State wishes to introduce. The procedure starts with a Member State notifying derogating national provisions to the Commission, the Commission then will carry out an assessment of the information in the file to determine whether the requisite are fulfilled, ending the procedure with a decision approving or rejecting those national provisions²²⁵. Also in regards to the principle to be heard, the case law of the Court states that to the procedure on art. 95 (4), the principle of the right to be heard does not apply²²⁶.

The Court also mentions the necessity for the introduction of new national provisions that must be based on new scientific evidence relating to the protection of the environment or the working environment by reason of a problem specific to that Member State arising after the adoption of the harmonization measure.

On the bases of the right to be heard the Court held that it applies not only to citizens but also to Member States. However from the structure of art. 95 (5) EC is not apparent that the Commission is required to hear the notifying Member State before the approval or rejection of the national provision in question. This article only lies down the conditions to be fulfilled in order to obtain a Commission decision and the period for it. For this consideration the Court rejected the plea alleging the infringement the right to be heard

On regards to the plea of infringement of article 95 (5) EC on the existence of a specific problem, the Court states that the lawfulness of national measures notified under art. 95 (5) EC is closely linked to the assessment of the scientific evidence consigned by the notifying Member State. It should be based on new scientific evidence relating to the protection of the environment or the working environment made necessary by reason of a problem specific to the Member State concerned arising after the adoption of the harmonization measure, and that the proposed provision as well as the grounds for introducing them be notified to the Commission. The Court

223. Stating the difference between a national provision in respect of which a derogation has been requested (citing the case adopted by the Court of Justice in *Denmark v. Commission* in respect to art. 95 (4) and a national provision still in draft form (requested under art. 95(5) EC).

224. The Court could extend the six-month dead line and allow an exchange of views to take place.

225. The Commission is not to reach a decision until it has verified that the national provision are not a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. See: Case C-512/99 *Germany v. Commission*, 2003, ECR I-845, paragraph 44.

226. See: *Denmark v. Commission*, paragraph 50.

following the case law establishes that the conditions are cumulative in nature and must therefore all be satisfied if the derogating national measures are not to be rejected by the Commission²²⁷.

The requisite of the cumulative nature was not contested by Austria. And also did not presented scientific evidence to rebut EFSA's conclusions that showed that Austria had failed to establish that the territory of the Land Oberösterreich contained unusual ecosystems that required separate risk assessments from those conducted by Austria as a whole or in other similar areas of Europe.

The Court of Justice dismissed the appeals and ordered the Land Oberösterreich and the Republic of Austria to pay the costs. It is important to mention that the Opinion of the Advocate General²²⁸ (Sharpston) was based in the same grounds as the Court Judgment.

3. *UE legislation on OGM*

The EU legislation on genetically modified organisms is composed by: *a)* Directive 2001/18 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms²²⁹; *b)* Directive 98/81 on the contained use of genetically modified micro-organisms²³⁰; *c)* Regulation 258/97 on Novel Foods and Novel Food Ingredients governing the marketing of GM foods²³¹; *d)* Regulation 1830/2003 concerning the traceability and labeling of genetically modified organisms as well as the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms²³²; *e)* Regulation 1829/2003 on genetically modified food and feed²³³; *f)* Regulation 1946/2003 on transboundary movements of genetically modified organisms²³⁴; *g)* Recommendation 2003/556/EC²³⁵.

227. See: Case C-512/99 *Germany v. Commission*, paragraph 81.

228. The Opinion of Advocate General Sharpston gave more depth to the arguments presented by the appellants; analyzing each one of the four pleas presented by the applicants.

229. Directive 2001 is the main legislation which governs experimental releases and placement on the market of GMOs. This Directive repealed the earlier Directive 90/220 which had been in place since the early 1990s. The permissions under this Directive are subject to a monitoring the impact of the organisms on the environment, providing a step by step approval process on a case by case assessment of the risk to human health and the environment. See: ADCOCK, Mike, *UE GMO Legislation*, February 2006. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/1_10620010417en00010038.pdf. Art. 1 “*its objective is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States and to protect human health and environment, first, when the deliberate release into the environment of genetically modified organisms for any other purposes than placing on the market within the European Community is carried out and, second, when GMOs are placed on the market as or in products with in the Community*”. The main goal of this Directive is to approximate national legislation and procedures in this field. The deliberate release or placing of a GMO is subject to an authorization regime.

230. Directive 98/81 regulates the contained use of genetically modified microorganisms for research and industrial purposes. This Directive repealed the earlier Directive 90/219 put in place in the early 1990s. See: http://europa.eu.int/comm/environment/biotechnology/pdf/dir98_81.pdf

231. Regulation 258/97 lays out the rules for authorization and labeling of novel foods including products containing, consisting or produced using GMOs. This Regulation requires mandatory labeling to indicate the presence of GMOs. After October 2002, Directive 2001/18 requires that Member States should ensure labeling of GMOs as or in products.

232. Regulation 1830/2003 lays down procedures of traceability and labeling of GMOs and products produced from GMOs. The labeling legislation extends the labeling requirement to all food and food ingredients produced from GMOs regardless of the detectable presence of DNA or proteins with in the final food product. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi:celexplus.

233. Regulation 1829/2003 covers the labeling provisions to all genetically modified food or feed which consist of, contain or are produced from GMOs.

234. Regulation 1946/2003 transposes the Cartagena Protocol on Biosafety into EC law. Creating procedures for transboundary movement of GMOs, which should include the notification of parties of import, information to the BCH and identification and accompanying documentation standards.

235. Recommendation 2003/556/EC are guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming. See: ADCOCK, Mike, *EU GMO Legislation*.

4. OGM doctrine

Genetic engineering emerged in the 1960s²³⁶ as a revolutionary innovation in biotechnology²³⁷ that some observers expected radically to transform industry and agriculture. As soon as the first genetically modified organisms (GMOs) were field-tested during the 1980s and commercialized in the 1990s. However, genetic engineering became engulfed in a global controversy. Its use in food production, in particular, has provoked highly polarized reactions among producers, consumers, scientists and environmentalist worldwide. While some view it as an essentially beneficial technology that can increase agricultural productivity and help in the fight against malnutrition and poverty, others see potential harm to humans and the environment. Advocates of the technology urge governments and international organizations to promote its development and commercial adoption by reducing regulatory barriers, while critics demand precautionary regulation to safeguard against potential future harm²³⁸.

The international rules on GMO safety or biosafety started in the mid-1990s and were expected to be completed in 1999, at a specially convened conference of the parties to the Convention on Biological Diversity (CBD). However, failure to reach an agreement at this meeting in Cartagena, Colombia, catapulted the biosafety talks into the limelight of the global trade-environment conflict. In January 2000 the Cartagena Protocol on Biosafety²³⁹ was adopted. Even though a convention was signed division persisted between those countries that demanded strict international biosafety rules and those that feared that the biosafety treaty would impose unnecessary trade barriers and harm the growth prospects of the biotechnology sector. Summarizing we can mention two of the main characteristics of the GMO conflict: a) conflict between North and South, and b) North America and Europe²⁴⁰.

There are a lot of risks derived from the emission of transgenic plants on the environment²⁴¹, one of these risks is the uncontrolled flow of genetic material and another is the erosion of the biodiversity. The character introduced into the plant can be transferred out of the control of the human will, by the natural and spontaneous contact with the same specie or simile ones. For example the control of the transference of the modified characters is not easy, especially for plants like corn²⁴².

236. Some authors give the paternity of GMO to Stanley COHEN and Herbert BOYER, researchers from Stanford University, which discovered the “enzimi di restrizione”, the base for the genetic engineering, where a genetic material from a living organism can be modified, in a non natural way, throughout the insertion of genetic material from other organisms, even from a different specie.

237. About biotechnology and agricultural biotechnology see: SILVESTRINI, Bruno, *Biotechnologie e Ricerca*, in *Animali e Piante Trasgenici: Implicazioni*, CNR, Roma 2001. pp. 81-84. FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004.

238. About the International Politics of GMO see: FALKNER, Robert, *The International Politics of Genetically Modified Food, diplomacy*, Palgrave, Great Britain 2007. About the new proposal of the French legislation on GMOs see: *Projet de Loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, December 19, 2007. This Project can be sensitized in: Le projet de loi comporte un premier article fixant les principes encadrant l'expertise et la gestion des risques liés aux organismes génétiquement modifiés. Ensuite, six articles se répartissent entre trois chapitres successivement consacrés à la Haute autorité sur les organismes génétiquement modifiés (chapitre Ier), à la responsabilité (chapitre II) et à la transparence (chapitre III). Enfin cinq articles contiennent des dispositions d'adaptation au droit communautaire en matière d'utilisation confinée (chapitre IV), ainsi que des dispositions nécessaires à l'adaptation et à la mise en cohérence des dispositions du code de l'environnement, du code rural et du code de la santé publique avec les articles des chapitres précédents (chapitres V et VI).

239. Between the adoption of the Cartagena Protocol in January 2000 and its entry into force in September 2003, an Intergovernmental Committee for the Cartagena Protocol (ICCP) met three times to prepare for the first Meeting of the Parties (COP/MOP-1). While the ICCP could not take binding decisions on the development of the protocol, it nevertheless helped to get the Biosafety Clearing House of the ground and made recommendations on a large list of outstanding issues.

240. About the policy in Europe about GMOs see: BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007.

241. NIEREMBERG, Danielle, HALWEIL, Brian, *Cultivare la sicurezza alimentare in State of the World*, World Watch Institute, Luchi, Italy 2005. p.113-136.

242. FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004. p. 38-52.

5. *The Biodiversity Convention*

In 1992 the international community gathered together in Rio di Janeiro to discuss global programs related to the environment and sustainable development. One of the results of this United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) was the Convention on Biological Diversity²⁴³. The Rio Convention²⁴⁴ is the most elaborated form of international legislation for the conservation of biological diversity. The Convention expresses and confirms all the fundamental principles of the modern environmental international law. These principles are: *cooperation, prevention, precaution, intergenerational responsibility, environmental impact assessment, sustainable development, differentiate common responsibility, information, education, participation, and responsibility for environmental damages*²⁴⁵.

The contracting parties have the duty to implement mechanisms to identify and evaluate the biological resources in their territories, thought their conservation in situ and ex situ. It is the duty of the parties to take measures and strategies to protect the biodiversity.

The international agreements on biodiversity²⁴⁶ are: the Ramsar Convention on Wetlands, important for the habitat of aquatic birds,²⁴⁷ The Geneva Protocol concerning Mediterranean Specially Protected Areas²⁴⁸, the Cartagena Protocol on Biosafety²⁴⁹ adopted in Montreal, January 29, 2000.

Agenda 21 is a political programmatic document but it is not a binding one. It has been approved but has no priority on its implementation, nor instruments, financial or technological instruments to be applied. The commitment of the industrialized countries is generic, in order to reach the 0.7% of the GDP to be dedicated to the public development²⁵⁰

243. See SWANSON, Timothy, *Global Action for Biodiversity*, Earthscan, UK 1997, p. 1-19.

244. The Convention on Biodiversity of June 5, 1992. See: G. GARAGUSO, e S. MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993. p. 201-230. After the adoption of the Convention there have been five other conferences: Nassau 1994; Jakarta 1995; Buenos Aires November 1996; Bratislava May 1998; Nairobi May 2000. See: V. DELLA FINA, *La Tutela della Biodiversità nell'Ordinamento Italiano*, nel *Codice delle Aree Protette* a cura di S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, O. FERRAILOLO, G. SALBERINI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999. p. 491-500.

245. See G. TAMBURELLI, *Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII dell' *Enciclopedia Giuridica*, 2004, Roma.

246. Among the most important conventions on biodiversity we can mention: *International Convention for the regulation of Whaling*, 2 December 1946; *Convention on Wetlands of International Importance Especially as Water fow Habitat*, 2 February 1971; *Convention Concerning the Protection of the World Cultural and National Heritage*, 16 November 1972; *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, 3 March 1973; *Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*, 23 June 1979; *Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992; *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*, 29 January 2000; *Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests*, 13 June 1992; *United Nation Convention to Combat Desertification in Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa*, 17 June 1994. See: SANDS, Philippe and GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge 2004.

247. About Ramsar Convention see: FERRAILOLO, *La tutela giuridica delle zone umide*, in *Codice delle aree protette*, cit., pp. 477-485.

248. About the Geneva Protocol see: FERRAILOLO, *Le aree specialmente protette del mediterraneo*, in *Codice delle Aree Protette*, Giuffrè, Milano 1999, p. 451.

249. BAIL, Christoph, FALKNER, Robert, MARQUARD, Helen, *The Cartagena Protocol on Biosafety*, Earthscan, London 2002. The Cartagena Protocol on Biosafety has been hailed as a significant step forward, a major millennial milestone that provides an international regulatory framework to reconcile the respective needs of trade on one hand and environmental protection on the other, with respect to one of the fastest growing industries – biotechnology. The protocol thus creates an enabling environment for the environmentally sound application of biotechnology. It makes possible for humanity to derive maximum benefit from the potential that biotechnology has to offer, while minimizing the possible risks to the environment and to human health.

The Cartagena Protocol is the first international instrument mean to establish limits on the introduction and release in the environment of living modified organisms which might have adverse effects on biodiversity or might be dangerous for human health, See DELLA FINA, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, in *Il sistema giuridico italiano delle aree protette*, cit., pp. 74-82, and RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 3, p. 654 ss.

250. GARAGUSO, Giulio e MARCHISIO, Sergio, *Da Stoccolma a Rio*, in *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993.

6. *The environment and international commerce*

About the relation environment protection and freedom of commerce, it is widely established an open market system, full of equity and with no discrimination, that can be possible to promote the sustainable development and the conservation of the natural resources. In some international WTO²⁵¹ meetings, as in Doha and the UN meeting in Johannesburg, have been confirmed that globalization excludes possibilities improvement of life standards for developing countries. Giving this context it is imperative to trade related international measures and regulate international commerce. In accordance to this point we have to refer to Principle 12 of the Rio Declaration²⁵², which establishes that actions regarding the environmental measures about commerce have to be taken with the international approval.

Some questions about national measures have been presented, for example the problems with import restrictions²⁵³. The compatibility of these measures with the prohibition of quantitative restrictions, according to GATT Agreement (art. XI) have been evaluated according to the Agreement and some general exemptions have been made (art. XX). These regulations consent the adoption and application by the parties of determinate measures, except the principle of non discrimination. Are also admitted measures needed to protect life of the health of humans, animals and plants, also measures to protect non renewable natural resources.

7. *Biodiversity Protection in Peru and the key role of Native and farmer's Communities*

Native and farmers communities in Peru²⁵⁴ have contributed largely to the Peruvian environment

251. The World Trade Organization (WTO) is an international trade body that seeks to promote liberalized trade throughout the world between its members. Its predecessor was the GATT. See HUGHES, JEWELL, LOWTHER, PARPORTH, DE PREZ, *Environmental Law*, 4th ed. Butterworths, UK 2002, p. 71. See: SANDS, PHILIPPE, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004. p. 1001-1020. The General Agreement on Tariffs and Trade was originally adopted in 1947 as the main international arrangement to encourage trade between states. The GATT was drafted in response to the protectionist policies of the 1920s and 1930s, which were perceived as major causes of the Great Depression. In December 1993, after seven years of negotiation, the Trade Negotiation Committee of the Uruguay Round adopted by consensus the Final Act. The Final Act includes the Agreement establishing the World Trade Organization (WTO) and annexed agreements on *inter alia*: the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), the General Agreement on Trade in Services (GATS), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), and the Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes (DSU). About the WTO and the environment see also: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'Environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003. See also BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007. p. 29-59. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003.

252. Principle 12 of the Rio Declaration: "States should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and unsustainable development in all countries, to better address the problems of environmental degradation. Trade policy measures for environmental purposes should not constitute means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade. Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on an international consensus".

253. See: SCOVAZZI, Tullio, a cura di, *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano 2001.

254. Peru is located in the central occidental side of South America, its coast face the Pacific. The total area is 1,285,216 km², where is present an impressive biological and cultural richness. An ample coastal and marine area, with northern currents and the Andes that runs parallel to the Pacific Ocean, determinates a variety of ecosystems, from mountains to the humid-tropical and the tundra. Arid and semi arid zones, can be distinguished also dry forests (Tumbes, Piura, Lambayeque), hills (along the coast), semi arid zones of the Andes and semi humid over the oriental area (San Martín). Resuming 55% of the territory has a tropical climate, 14% deserted climate, 9% humid, 18% boreal and 13% highlands or tundra. This unique scenario creates 84 environmental zones and 17 transitional areas (of the 104 existing in the world), eight geographic provinces and three hydrographical that holds 12.201 lakes, 1.007 rivers and 3.044 glaciers. See: Gobierno de Perú. *Biological Diversity in Peru. National Report*. Lima, December 1997; DELGADO-RAMOS, Gian Carlo. *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*. Plaza y Valdés. México, 2004. See also: Peruvian National Strategy on Biodiversity. *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru*,

since the start of the Peruvian civilization. Potatoes, rubber, *quinua*, have nourished and healed numerous amounts of people around the world. Cultural diversity is considered to be part of Biological Diversity, and studying that these cultures use selectively natural resources reproducing some artificially. Even more, considering that most cultures have adapted to the environment where they are established. Native people possess important knowledge about the use and properties of several species, genetic resources and techniques for their conservation²⁵⁵. Moreover, we can mention that Peru has 14 linguistic families and 44 native cultures, 42 of them are located in the Amazon²⁵⁶.

The protection of the native and farmers communities is established in a web of laws, starting from the main Peruvian law, the Political Constitution, art. 88²⁵⁷ and art. 89²⁵⁸; recognizing these communities, respecting their organization, cultural identity, and promotes the agriculture through native communities²⁵⁹. Concerning international legislation, Peru has ratified the Declaration on the Rights of Indigenous People of 2007²⁶⁰, this Declaration it is a tool for peace and justice, based upon mutual recognition and mutual respect, recognizing that all civilizations and cultures contribute to the diversity.

Among the relevant Peruvian relevant legislation regarding native communities we can mention the law n. 26839 of the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity. This law gives emphasis to the great value or the knowledge, innovations and procedures of the native communities on the conservation and sustainable use of the biodiversity²⁶¹. The law n. 27811, *Law that establishes the protection regime of the knowledge of indigenous people related to biological resources*²⁶². To arrest the problem of foreign private investors promoted by the Peruvian policy

Country Environmental Analysis, World Bank, Report n. 40190-PE, 2007. p. 11. Peru is the third biggest country in Latin America, situated below the Ecuadorian Line down to 18° latitude south. The borders are: north: Ecuador and Colombia, east: Brazil and Bolivia and south: Chile. And west the Pacific Ocean. See also:

http://peru.gob.pe/frame.asp?dsc_url_web=http%3A/www.peru.info/s_ftogeneral.asp%3fpdr%3D844.

255. See: *Estrategia sobre la Biodiversidad Peruana*.

256. About the projects on environmental management of indigenous populations see: *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007.

257. Peruvian Political Constitution art. 88: “*The Nation respects the cultural identity of the Native and Farmers Communities. The government guarantees the agricultural development as well as the right to property over their lands*”.

258. Peruvian Political Constitution, art. 89 defines: “*Native and farmers communities have legal existence and are recognized by law. Are autonomous in regards of their organization, group work, their uses and costumes, free disposition of their lands, and in economical and administrative matters in the limits of the law and the Constitution*”.

259. The Peruvian Political Constitution of 1993. The *General Law of Native and Farmers Communities* law n. 24656, of April 1987, declared its integral development as national interest. Recognizing them as democratic institutions, autonomous in their organization, group work, land use, as well as in the administrative aspects, inside a constitutional framework.

The 1974 Constitution also made mention to the Native and Farmers Communities on Chapter VIII, art. 169 “*The Native and Farmers Communities, have legal existence. Are autonomous in their organization, common work, land use, as well as in their administrative and economic aspects, according to the national laws. The Country respects and protects their traditions, and promotes the cultural development of the members of the communities*”. Art. 162. “*The Nation promotes the integral development of the communities, and promotes the creation of group companies and cooperatives*”. Art. 163 “*The lands of the Native and Farmers Communities are inalienable, except if established in a specific law based on the communities interest and under the community’s solicitation*”.

260. Declarations on the Rights of Indigenous People of the United Nations of September 13, 2007. See also: *Republic of Peru Environmental Sustainability: a Key to Poverty Reduction in Peru*, *Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007.

261. See art. 23 of the law n. 26839, *Native and Farmers Communities*, we recognize the value of the knowledge, innovation and practices of the native communities on the conservation and sustainable use of biodiversity. It is recognized the necessity to protect their knowledge and establish measures to promote the use with informed consent of the community, guaranteeing the just and equal distribution of the benefits derived from its use.

262. *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, Law n. 27811. The most important aspects of this law are: the acknowledgement of the indigenous rights and their power to decide over their collective knowledge. Among the main objectives of the law

to attract capital, and have activities in national territories, and might create problem to the indigenous people, the Peruvian government have dictated the law about private investment and the development of economic activities on the national territory and on the lands of Native and Farmers Communities²⁶³. This law refers to the registration of the collective knowledge of the Native and Farmers Communities; this Registry divided in three different ones: a) Public National Registry of the Indigenous People Knowledge²⁶⁴ (run by INDECOPI²⁶⁵), b) National Confidential Registry of Common Knowledge of Indigenous People²⁶⁶, c) Local Registries of Collective Knowledge of Indigenous Population²⁶⁷. In order to prevent risks from the use of biotechnology the law n. 27104 has approved in 1999, regulating the security on biotechnology according to art. 8, g and art. 19 inc. 3 and 4 of the Convention on Biological Diversity, approved by Legislative Resolution n. 26181, specially in the use of biotechnology to produce GMO²⁶⁸.

 we can mention a) to promote the respect, the protection, preservation, application and development of the indigenous collective knowledge; b) to promote the use of this knowledge in order to benefit indigenous population and the entire humanity; c) to promote the strengthen and the development of the capacity and the traditional mechanisms used by the indigenous populations; d) to avoid the authorization of patents and inventions from the knowledge of collective indigenous populations of Peru, without taking in to account the collective knowledge as a prerequisite while the examination the inventive and creative level.

The law also establishes the conditions to the access to the collective knowledge, such as the previous solicitation of the inform consent of the institution that represents the indigenous population that posses a scientific knowledge. The information given is limited to the biological resources that the knowledge refers.

263. *Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*; Law n. 26505. The present law establishes the general principles to promote investment from privates to generate the economy in the national territory and in the communities land. The regime of the agricultural lands is regulated by the Civil code and by this law.

The government guarantees to all persons, natural or juridical, the free access to the property of the lands. Art. 7, mentions that there has to be a previous agreement with the owner of the lands in order to establish the mining rights. In case a deposit is to be considered of national interest, it has to have an agreement of the Secretaries with a previous report from the Mining Secretariat, and the owner has to be compensated in advance from the holder of the right, with a market price. The coastal communities in order to sell their lands or any form of disposition, have the requirement of the vote of the members, the result have to be over 50% of the presents to session, with the respective quorum. For the Andean communities the percentage rises up to 66.6%.

Article 8 mentions that 10% of the net value of the sold products, before taxes, are derived to the Trust Fund for Indigenous Population Development. The parties can establish a bigger percentage, taking into consideration the degree of application in the final product. States also that collective knowledge are part of the cultural heritage of the indigenous populations, and these rights do not prescribe on time and can not be taken away.

264. *Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*.

265. INDECOPI, *Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (The National Market and Intellectual Property Protection Institute), *Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías*.. Appellate level: *La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propieda Intelectual*.

All license's contracts have to be registered in the INDECOPI's Register. Other factor that need to be taken in to account is the additional information regarding the environmental impact assessment, when there is a case that will bring risk to the environmental balance in the indigenous populations territory. There has been established a trust fund for the development of the indigenous population. The Department of New Technologies and Inventions has the following functions: a) keep a register of the collective knowledge of the indigenous population; b) keep a license and use registry; c) evaluate the validity of the license contracts related to the collective knowledge of the indigenous population, analyzing the opinion of the competent authorities on the protection of indigenous knowledge. (art. 64). The National Council specialized on the protection of indigenous knowledge, is composed by 5 members, specialist in the sector, 3 nominated by the institutions that represent the indigenous populations, and 2 are nominated by the National Commission of the Andean, Amazonian and Afro Peruvian Populations; they with do this task *ad honorem*.

266. *Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*.

267. *Registros Locales de Conocimientos Colectivos de Los pueblos Indígenas*.

268. About the objectives of the law n. 27104 see art. 2. This law doses not include the activities with human genes, all kinds of vaccines applicable to humans, about organisms that are modified through conventional techniques and traditional methods of: in vitro fertilization, transduction, transformation or any other natural process; polyploidy induction, mutagenesis, formation and use of somatic cells of animal ibrioma; this if is not include the manipulation of the molecules of the DNA or the use of GMO as vector organisms, receptors or parental.

About the Peruvian institutions encharged to protect the environment, we can comment that the Secretary of the Environment has been just created on May 2008 through Legislative Decree n. 1013. This Secretary has fusion the old institutions that use to deal with the environment care in Peru: INRENA²⁶⁹, INDEPA²⁷⁰, CONAM²⁷¹, SINANPE²⁷², SENAMHI, OEFA²⁷³ and The Geophysical Institute of Peru.

8. *Andean Community Biological Diversity Protection*

The *Comunidad Andina*²⁷⁴ presents the following legislation on environment and biodiversity: the Decision 182, on Andean System's agriculture, food security and environment of 1983²⁷⁵, emphasizes the rights of the citizens to food in adequate conditions and in human dignity. Each country promotes its national system of food security²⁷⁶. The Decision 345 guarantees the common protection of the rights of the possessors of new vegetal varieties²⁷⁷. In order to regulate the access to the genetic resources the Andean Community has emanated the Decision 391²⁷⁸. This Decision reflects the will of the Community to recognize and value the rights

269. National Institute of Natural Resources (INRENA) is a public entity, previously belonged to the Secretary of Agriculture, created by *Decreto Ley* n. 25902 on November 27 1992. See art. 19 of the Law n. 25902 Frame Law of the Secretary of Agriculture, and Supreme Decree n. 002-2003-AG INRENA's Bylaws. The main responsibility of INRENA was to promote the rational use and conservation of natural resources and the active participation of citizens.

270. The National Institute for the Development of the Andean, Afro-Peruvian, and Amazon population (INDEPA) created by law n. 28495 on December 6, 2004. *Indepa* is the entity responsible to propose and supervise the normal compliance of national policies, as well as coordinate with local authorities the execution of projects directed to the promotion, defense, research and strengthen the rights and development, with the Andean, Afro-Peruvian and Amazon populations. It important to mention that this institution has not become part of the Secretary. INDEPA substitutes the preexisting National Commission of Andean, Afro-Peruvian and Amazon Populations (CONAPA).

271. The National Commission on Environment (CONAM) was the national authority on the environment, and has the objective to plan, promote, coordinate, control and safeguard the environment and the cultural heritage of the Peru. *Conam* was created by law. 26410, published on December 22, 1994.

272. National Service for Protected Areas.

273. OEFA responsible about the supervision and control environmental damages and apply sanctions.

274. The *Comunidad Andina de Naciones* (CAN) constitutes an integration area, economical and social of the sub region, created in 1969 (at that time named *Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino*) conformed initially by Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela. Chile renounces to the *Pacto Andino* and solicits the reentry in the year 2006, in this year Venezuela renounces to the Pact. See Web page of CAN.

Geographical Description: the five Countries of the Andean sub region covers an area of 4,7 million square kilometers, 25% of the Latin-American area and 3,5% of the world area (www.comunidadandina.org). Over this territory, can be found a great variety of natural resources that have been used in a unsustainable way, this situation limits the well being out the Countries of this sub region. Its geography is marked by the presence of the Andes that covers Venezuela, and goes across Ecuador, Colombia, Peru and Bolivia. The Andean geography presents many contrasts that manifest on the landscape from *llanuras* in Colombia and Venezuela to glaciers in Bolivia, Ecuador and Peru. The variety of the ecosystems in the Andean sub region comprehends the mountains to the virgin jungle in the Amazon. We can also find enormous savannas extensions, deserts of diverse characteristics that face the Pacific Ocean and the Caribbean Sea.

275. *Decisión 182, Sistema andino sobre agricultura, seguridad alimentaria y medio ambiente, 1983, adopted on July 25 1983*, during the 5th. Meeting of the agricultural secretaries, due to the first Colombian agricultural expedition, directed by the naturalist and genius José Celestino Mutis. The main objective of this decision is to harmonize the agricultural policies in order to preserve the environment. Creating the Andean Agricultural System Celestino Mutis to use rationally the natural resources. Among the main objective are: a) to increment agricultural productivity; b) to guarantee the offer of the basic products and guarantee the nutritional necessities of the citizens; c) improve the consumption patterns of every Party and the agricultural potential; d) stimulate and facilitate the food commerce inside the sub region; e) promote agro industrial development; f) interchange experience and information.

276. See: art. 7 of the Decision 182.

277. *Decisión 345, Régimen Común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales*, 1993. The objectives of this decision are: a) to recognize and guarantee the protection of the rights of the possessors of new vegetal species granting a certificate; b) to promote the research on the Andean area; c) to promote the technological transfer inside the sub region and beyond. This decision applies to all botanical kinds and species, when its cultivation, crop, use are not prohibited due to harm to human or animal or vegetable health. Each country signs to create a registry.

278. *Decisión 391, Régimen Común sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*, 1996.

of the indigenous and local communities²⁷⁹. In order to promote the balanced development based on equity through the integration process, the Decision 435 has been published and an Andean Committee of Environmental Authorities has been created²⁸⁰. The *Comunidad Andina* has also legislated about the regional strategy on the Biodiversity through the Decision 523²⁸¹ in order to promote the cooperation and the economical and social integration, and to promote life standards²⁸².

9. Conclusions

We may conclude that a Country may ban GMOs but in order to ban them it should be able to demonstrate that new scientific evidence relating to the protection of the environment or the working environment by reason of a problem specific to that Member State has arise in order to the Commission to approve the banning of the GMO and the Commission has to prove whether or not this banning are a means of arbitrary discrimination or a distinguish restriction on trade between Member States and whether or not they shall constitute an obstacle to the functioning of the internal market.

GMOs can be seen as essentially beneficial technology that can increase agricultural productivity and help in the fight against malnutrition and poverty, but all this technology should be tested by governments and specialized institution in order to safeguard against potential future harm to humans and the environment. There are a lot of risks derived from the emission of transgenic plants on the environment, from risks of uncontrolled flow of genetic material to the erosion of the biodiversity. The gene introduced can be transferred out of the control of the human will, by the natural and spontaneous contact with the same specie or simile ones.

The conservation of the environment has to be one of the main issues of the world policy, especially in the countries that preserve the most amount of biodiversity, as is the case of the study, the Andean Community and specially Peru.

279.The access process is regulated by Chapters: III, IV, V, VI of the Decision 391 (CAN). Peru is a nation with a great biological and genetically wealth, they have to be preserved and used in a sustainable manner; and due to the necessity to recognize the historical contribution of the indigenous, Afro-American and local communities over the biodiversity, about its conservation and development and use of its elements, as well as its benefits that this contribution generates; and due to the interdependence of the indigenous communities with the biological resources. This decision is applicable to the genetic resources of the parties, to the derivate products, etc. Each Party will recognize and will study the rights and faculties to decide of the indigenous, Afro-American and local communities, about the knowledge, innovation and traditional practices associated to the genetic resources.

280.Decisión 435, *Se crea el Comité Andino de Autoridades Ambientales*, June 11, 1998. The CAAAM, will give support and advise the Secretary General of CAN on environmental matters, as well as the application of the Decision and the environmental complementary laws. The main functions of the Committee are: a) to propose the sub regional strategy on sustainable development of natural resources, including poverty, and the participation of the citizens; b) support the Commission and the Secretary General designing the Environmental Plan according to the plan ratified in 1996 in Santa Cruz del la Sierra, and the Regional Action Plan on Environmental Actions ratified by the Forum of the Environmental Secretaries of Latin America and the Caribbean on the XI Meeting; c) promote cooperation mechanisms; etc.

281.Decisión 523, *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, July 7, 2002.

282.Given the reason that the CAN concentrates about 25% of the world biodiversity, the biodiversity is consider one of the basic resources of the Andean Sub region, and it is a source of development of the parties to the treaty. The regional strategy has three fronts: a) the promotion of biodiversity studies; b) group work to design and manage the projects and the policies; c) generate proposals about the opportunity and the responsibility to possess a quarter of the world's biodiversity. It is important to mention Decision 524, creates a work group on Indigenous Populations (as an answer to: *The Proposal of the Project to the Implementation of the Regional Strategy on Biological Diversity for the Andean Tropical Countries*). CAN-BID Project.

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS (GMO) AND THE EUROPEAN UNION - CASE STUDY-

BIBLIOGRAFÍA

PHILIPPE, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004; SANDS, Philippe, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004; CORDINI, Giovanni, FOIS PAOLO, MARCHISIO, Sergio, *Diritto Ambientale Profili Internazionali Europei e Comparati*, Giappichelli Editore, Torino 2005; HOPPICHLER Joseph, *Concepts of GMO-Free Environmentally Sensitive Areas*, Federal Institute for Less-Favored and Mountainous Areas, Vienna 1998; OURY, Jean-Paul, *La querelle des OGM*, Presses Universitaires de France, Paris 2006; *Germany v. Commission*, 2003; ADCOCK, Mike, EU GMO Legislation; SILVESTRINI, Bruno, *Biotechnologie e Ricerca*, in *Animali e Piante Trasgenici: Implicazioni*, CNR, Roma 2001; FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004; FALKNER, Robert, *The International Politics of Genetically Modified Food, diplomacy*, Palgrave, Great Britain 2007; *Projet de Loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, December 19, 2007; BATTINI, Stefano, *Amministrazione Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007; NIEREMBERG, Danielle, HALWEIL, Brian, *Coltivare la sicurezza alimentare in State of the World*, World Watch Institute, Luchi, Italy 2005; FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004; SWANSON, Timothy, *Global Action for Biodiversity*, Earthscan, UK 1997; G. CARAGUSO, e S. MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993; V. DELLA FINA, *La Tutela della Biodiversità nell'Ordinamento Italiano*, nel *Codice delle Aree Protette* a cura di S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, O. FERRAILOLO, G. SALBERINI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999; TAMBURELLI, *Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII della *Enciclopedia Giuridica*, 2004; SANDS, Philippe and GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge 2004; FERRAJOLO, *Le aree specialmente protette del mediterraneo*, in *Codice delle Aree Protette*, Giuffrè, Milano 1999; BAIL, Christoph, FALKNER, Robert, MARQUARD, Helen, *The Cartagena Protocol on Biosafety*, Earthscan, London 2002; HUGHES, JEWELL, LOWTHER, PARP WORTH, DE PREZ, *Environmental Law*, 4th ed. Butterworths, UK 2002; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003 ; SCOVAZZI, Tulio, a cura di, *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano 2001; DELGADO-RAMOS, Gian Carlo. *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*. Plaza y Valdés. México, 2004; *A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report n. 40190-PE, 2007; *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007; *The Proposal of the Project to the Implementation of the Regional Strategy on Biological Diversity for the Andean Tropical Countries*. CAN-BID Project.

LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ E LE AREE PROTETTE IN PERÚ

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Convenzione sulla Diversità Biologica. – 3. La tutela della diversità biologica in Perú. – 4. Legislazione sulle aree protette. – 5. Le istituzioni peruviane e la tutela della biodiversità e le aree protette. – 6. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine. – 7. La tutela della diversità biologica e le aree protette nella Comunità Andina. – 8. Considerazioni finali.

1. Premessa

Il Perú²⁸³ è uno dei paesi con la maggiore diversità biologica del mondo, con un territorio enorme e diverso e con un'enorme ricchezza di risorse naturali. La tutela e l'uso della diversità biologica sono importanti nei paesi sudamericani, specialmente in Perú, nei settori della pesca, dell'agricoltura, dell'allevamento nonché nel settore forestale; come il valore sulle attività farmaceutiche, industriali e il turismo²⁸⁴. Residenti notevole molteplicità di culture: quattordici famiglie linguistiche, quarantaquattro etnie, di cui quarantadue dislocate in Amazzonia²⁸⁵. Queste popolazioni possiedono conoscenze importanti per quanto concerne l'uso e le proprietà delle specie naturali, le varietà di risorse genetiche e le tecniche di conservazione.

Questo studio è volto ad analizzare la tutela giuridica della biodiversità e il regime delle aree protette in Perú²⁸⁶ quale settore del diritto ambientale; l'analisi verrà condotta partendo

* Professore di diritto internazionale privato e diritto comparato dell'Universidad de San Martín de Porres, Lima-Perú. Borsista SAFIRE del CNR, presso l'ISGI. Artículo publicado en: *Gazzetta Ambiente*, Colombo, n. 6, Italia 2008, pp.57-69. (Publicado en Italiano).

283. Il Perú ha un territorio di 1,285,216 km², in cui è presente un'impressionante ricchezza biologica e culturale. L'ampia zona costiera e marina, con correnti da sud a nord, e la Cordigliera delle Ande, che si sviluppa in direzione parallela al Pacifico, determina vari ecosistemi, da quelli montagnosi fino agli umidi-tropicali e alla *tundra*. Le zone aride e semi umide del Perú si possono distinguere in boschi secchi (Tumbes, Piura, Lambayeque), colline (lungo tutta la costa), zone semiaride della Cordigliera delle Ande e la zona semi umida sul versante orientale (San Martín). In termini generali, il 55% del territorio ha clima tropicale, il 14% desertico, il 10% umido, il 18% boreale e il 13% d'alta montagna o *tundra*. Questo ventaglio di biomi configura le 84 zone di vita e le 17 transizionali (delle 104 esistenti nel mondo), otto province biogeografiche e tre grandi conche idrografiche che contengono 12.201 tra laghi e lagune, 1.007 fiumi e 3.044 ghiacciai. Vedi: Gobierno de Perú, *Biological Diversity in Peru. National Report*, Lima, dicembre 1997; DELGADO-RAMOS, Gian Carlo, *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*, Plaza y Valdés, México, 2004. Vedi anche: *Strategia Nazionale sulla Biodiversità del Perú*.

284. Vedi *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report 40190-PE, 2007, p. 11

285. La famiglia linguistica è un gruppo di lingue che hanno vincoli storici e derivano di una lingua più antica e coprono più di una popolazione indigena. Tra le famiglie Linguistiche e gruppi etnici possiamo segnalare: a) *Arawak*: Amuesha (Yanesha), Ashaninka, Ashéninka, Caquinte, Culina, Nomatsiguenga, Machiguenga, Piro (Yine); b) *Cahuapana*: Chayahuita, Jebero; c) *Harakmbut*: Amarakaeri, Arazaire, Harakmbut, Huachipaire, Pukirieri, Toyoeri, Sapiteri; d) *Hutoto*: Andoque, Huiroto, Ocaina; e) *Jibaro*: Achuar, Aguaruna (awajun), Candoshi-Murato, Huambisha (Wampis), Jibaro, Shapra; f) *Pano*: Amahuaca, Capanahua, Cacataibo, Cashinahua, Chintonahua, Cujareño, Isconahua, Marínahua, Mastanahua, Mayo-pisabo, Mayoruna (Matsés), Morunahua, Nahua, Sharanahua, Shetebo, Shipibo-conibo, Yaminahua; g) *Peba Yahua*: Yahua; h) *Quechua*: Quechua (Lamas), Quechua (Napo), Quechua (No Esp.), Quechua (Pastaza); i) *Shimaco*: Urarina (Loreto); j) *Tacana*: Ese'Eja; k) *Ticuna* (Loreto); l) *Tucano Occidental*: Orejón (Mai Huna), Secoya; m) *Tupi-Guarani*: Cocama-cocamilla, Omagua; n) *Záparo*: Andoa, Arabela, Iquito. Vedi: INEI-Censo 1993/CAAAP/El Ojo Verde-Cosmovisiones amazónicas, Aidesep, 2004.

286. Il Perú è il terzo paese in grandezza dell'America Latina. Con un territorio che va dal sud dell'equatore fino ai 18° di latitudine sud, confina al nord con l'Ecuador e la Colombia, ad est con il Brasile e la Bolivia ed al sud con il Cile. Ad ovest è bagnato dall'Oceano Pacifico. Vedi: http://peru.gob.pe/frame.asp?dsc_url_web=http%3A/www.peru.info/s_ftogeneral.asp%3fpdr%3D844.

dalla legislazione sovranazionale, regionale, tenendo presente le istituzioni create *ad hoc* per implementare la politica ambientale, il ruolo essenziale svolto dalle comunità native e contadine in questo processo, nonché il regime delle aree protette.

2. *La Convenzione sulla Diversità Biologica.*

Gli accordi internazionali in materia²⁸⁷ sono: la Convenzione di Ramsar sulle zone umide d'importanza internazionale, in particolare con riferimento agli habitat degli uccelli acquatici²⁸⁸; la Convenzione di Rio sulla Biodiversità e il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza adottato a Montreal il 29 gennaio 2000²⁸⁹.

Nel 1992 la comunità internazionale si riunì a Rio di Janeiro per discutere circa i problemi globali concernenti l'ambiente e lo sviluppo sostenibile. Uno dei risultati più importanti raggiunti della Conferenza delle Nazioni Unite per l'Ambiente e lo Sviluppo (UNCED) è stato l'adozione del testo della *Convenzione per la conservazione della diversità biologica*²⁹⁰. Tale Convenzione²⁹¹ rappresenta la forma più compiuta d'elaborazione di un regime internazionale a tutela della biodiversità. La Convenzione afferma taluni principi fondamentali del moderno diritto internazionale dell'ambiente: cooperazione, prevenzione, precauzione, responsabilità intergenerazionale, valutazione d'impatto ambientale, sviluppo sostenibile, responsabilità comune ma diversa, informazione, educazione e partecipazione, responsabilità per danni ambientali²⁹².

Le parti contraenti hanno l'obbligo di implementare l'osservanza di detti principi mediante interventi volti a identificare e valutare le risorse biologiche esistenti nel proprio territorio, nonché attraverso la loro conservazione *in situ* ed *ex situ*²⁹³. Si dovranno quindi creare aree protette allo scopo di conservare la natura e le specie viventi e di permetterne un'utilizzazione sostenibile.

3. *Legislazione peruviana in materia ambientale.*

Vista la varietà di biodiversità che il Perù possiede, è evidente la grande importanza che assume la sua conservazione²⁹⁴. Questa considerazione rileva sotto il profilo della

287. *Altre convenzioni internazionali sulla biodiversità: a) La Convenzione internazionale che regola la caccia alla balena del 2 dicembre 1946; Convenzione riguardante le zone umide di importanza internazionale soprattutto come habitat degli uccelli acquatici*, firmata a Ramsar, 2 febbraio 1971, emendata dal Protocollo di Parigi del 3 dicembre 1982; *Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale*, 16 novembre 1972; *Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione*, 3 marzo 1973; *Convenzione relativa alla conservazione delle specie migratrici appartenenti alla fauna selvatica*, 23 giugno 1979; *Il Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza*, del 29 gennaio del 2000. Vedi: SANDS, Philippe and GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge 2004.

288. *Sulla Convenzione di Ramsar*, v. FERRAJOLO, *La tutela giuridica delle zone umide*, nel *Codice delle aree protette*, cit., pp. 477-485.

289. *Il Protocollo di Cartagena* costituisce il primo strumento internazionale destinato a porre dei limiti all'introduzione nell'ambiente d'organismi viventi modificati che possano avere effetti negativi sulla diversità biologica ovvero siano rischiosi per la salute umana. Per un primo commento, vedi DELLA FINA, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, in *Il sistema giuridico italiano delle aree protette*, cit., pp. 74-82, e RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 3, p. 654 ss.

290. Vedi SWANSON, Timothy, *Global Action for Biodiversity*, Earthscan, UK 1997, pp. 1-19.

291. G. CARAGUSO, e S. MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993, pp. 201-230. In seguito all'entrata in vigore della Convenzione, si sono tenuti cinque Conferenze delle Parti, il principale organo cui è stato affidato il compito di seguirne l'attuazione. Vedi anche: V. DELLA FINA, *La tutela della biodiversità nell'ordinamento italiano*, in *Codice delle Aree Protette*, S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, G. SALBERNI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999, pp. 491-500.

292. *Su tali principi vedi G. TAMBURELLI, Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII dell'*Enciclopedia Giuridica*, Roma 2004,

293. *Spettano così alle Parti l'elaborazione di strategie e l'adozione di misure volte a dare effettiva tutela alla biodiversità ex art. 8 e 9 della Convenzione (conservazione in situ ed ex situ).*

294. *È da segnalare che l'economia nazionale dipende per il 60% dalla biodiversità, in particolare nelle aree di produzione agricola e forestale. Il Perù è un centro importante di germoplasma di specie commerciali utili. Il numero di*

legislazione che il Perù ha adottato in materia ambientale.

Con l'approvazione del *Codice del Medio Ambiente e delle Risorse Naturali (CMARN²⁹⁵)*, nel 1990, prende avvio una politica nazionale ambientale che ha portato alla definizione di una serie d'obiettivi, all'elaborazione di una proposta d'organizzazione dello Stato intorno al tema ambientale e alla creazione di un insieme di strumenti di gestione ambientale come la valutazione dell'impatto ambientale.

Nel 1991, con la promulgazione del Decreto Legislativo n. 757, *Legge Quadro per la Crescita dell'Investimento Privato*, taluni aspetti del CMARN sono modificati. In particolare gli obiettivi di protezione ambientale sono allineati con la promozione dell'investimento privato. Nella Legge Quadro si delega, inoltre, la responsabilità di regolare le attività ambientali ai Ministeri, attribuendo competenze di settore specifiche ai loro centri periferici. Nel 1993 è creata la prima Unità Ambientale Settoriale nel Ministero delle Energie e delle Risorse Minerarie.

Nel 1994 nasce il *Consiglio Nazionale dell'Ambiente (CONAM)* come risposta alla necessità di coordinare trasversalmente la gestione pubblica, che, resta di competenza ministeriale, provvista di meccanismi di coordinamento trasettoriali, tuttora in funzione. CONAM è stato un elemento chiave per lo sviluppo della gestione ambientale in Perù come lo sono stati la Commissione Ambientale Trasettoriale (Riunione di tutti i Vice Ministri di Stato), le Commissioni Ambientali Regionali (che oggi coprono tutta la Nazione) quali spazi d'articolazione del settore pubblico.

Nel 2002 è adottata la XIX Politica di Stato, "*Politica di Gestione Ambientale e di Sviluppo Sostenibile*", che fa parte dell'Accordo Nazionale²⁹⁶: tale strumento rileva perché, per la prima volta, viene raggiunto tale livello. Tra i principali obiettivi di questa politica vi è il rafforzamento della gestione pubblica ambientale, la conformazione di un *Sistema Nazionale di Gestione Ambientale*, la consolidazione di un processo ordinario nella decentralizzazione della gestione ambientale (seguendo le leggi di *Decentralizzazione del Perù*)²⁹⁷, lo sviluppo di strumenti di diverso genere per pervenire a pratiche ambientali adeguate.

Con l'approvazione della *Legge Quadro del Sistema Nazionale di Gestione Ambientale*, si completa il processo legislativo col quale si è inteso conferire al paese un quadro di politiche ambientali coerenti generando, inoltre, le basi fondamentali per rafforzare il settore pubblico ambientale, così come l'azione responsabile della società civile per creare un ambiente di cittadinanza ambientale.

Nel 2005 è promulgata e pubblicata, dopo un lungo dibattito nazionale, la Legge Generale dell'Ambiente, che sostituisce il Codice dell'Ambiente del 1990; tale legge contiene nuove

specie con applicazioni industriali, attuali o potenziali è alto: 2642; di loro, 682 sono fonti d'alimentazione, 1044 sono medicinali, 444 sono risorse di legname, 86 forage, 55 si usano per ottenere fertilizzante, 60 si usano per olio e grassi, 46 per aromi e profumi, 75 sono prodotti di cosmetologia, 22 in produzione di *curtenti* e 128 in coloranti e tinture.

In Perù sono registrate la conservazione *ex situ* di 70860 accessioni, di 126 coltivi disseminati in diverse istituzioni, come imprese comunali, ad esempio il Programma del Mais dell'*Universidad Nacional Agraria La Molina*, ha 250 banche di neoplasma che includono materiale silvestre, come varietà locali migliorate. Questo enorme potenziale della biodiversità come fonte di materia prima per l'industria, in particolare quella farmaceutica, deve essere uno dei principali incentivi per l'individuazione, conservazione e valutazione degli ecosistemi tropicali più ricchi in specie silvestri. Vedi Informe GEO p. 151

295. *Codice del Medio Ambiente e delle Risorse Naturali (CMARN)*, pubblicato nel 1990.

296. L'Accordo Nazionale fu creato dal Dr. Alejandro Toledo Manrique, Presidente Costituzionale del Perù, firmato a luglio 2002. *XXIX Politica di Stato*: Sviluppo sostenibile e gestione ambientale. Tra i principali rapporti tra le istituzioni dello Stato ed i privati possono segnalare: il compromesso ad integrare la politica nazionale ambientale con le politiche economiche, sociali, culturali e d'ordine territoriale, per contribuire a superare la povertà e raggiungere l'obiettivo dello sviluppo sostenibile in Perù. Il compromesso di istituzionalizzare la gestione ambientale, pubblica e privata, per proteggere la biodiversità, facilitare l'uso sostenibile delle risorse naturali, assicurare la protezione ambientale e promuovere centri popolati e città sostenibili; ciò aiuterà a migliorare la qualità di vita, specialmente nelle popolazioni più vulnerabili del Perù.

297. *Legge Organica delle Regioni*, legge n. 27867 modificata dalla legge n. 27902, e la legge Organica dei Municipi, legge n. 29792.

direttive di gestione ambientale adattate alle problematiche di settore presenti in Perù e nel mondo.

Ora gli obiettivi della gestione ambientale sono: a) la protezione dell'ambiente, non sola intesa come semplice somma d'elementi, bensì come un criterio generale che, da un lato, tiene conto dello sviluppo della vita umana e, dall'altro, della normale funzione degli ecosistemi; b) contribuire alla conservazione e all'uso sostenibile delle risorse naturali.

Dobbiamo segnalare che il 14 maggio 2008 con il Decreto Legislativo n. 1013 nasce il Ministero dell'Ambiente, che sarà ora l'entità direttrice e responsabile di stabilire e applicare la politica nazionale ambientale.

L'adozione della Convenzione sulla Biodiversità.

Il Perù è uno dei paesi adottanti la Convenzione sulla Diversità Biologica (CDB)²⁹⁸; essa è stata introdotta nell'ordinamento interno con la Risoluzione Legislativa n. 261181 del 30 aprile 1993. Il processo di ratificazione è stato realizzato in accordo a quanto prescritto dall'art. 56²⁹⁹ e l'art. 102 paragrafo 3 della Costituzione Politica Peruviana del 1993³⁰⁰, nonché secondo quanto prescritto dall'articolo 2³⁰¹ della Legge n. 26646³⁰². Detto articolo stabilisce introduce il requisito dell'approvazione dei trattati dal Congresso previa ratificazione del Presidente.

Possiamo concludere che la ratificazione della Convenzione sulla Diversità Biologica ha realizzato il percorso legale prestabilito dalla legislazione peruviana, con la previa approvazione del Congresso. La CDB ha, infatti, bisogno di leggi speciali nella legislazione peruviana per essere implementata dal Governo Peruviano. Per dimostrare la validità della ratificazione della Convenzione possiamo menzionare la Legge n. 26647 che all'art. 2 detta: "*L'approvazione legislativa dei trattati in materie stabilite dall'art. 56 della Costituzione corrisponde al Congresso, attraverso di una Risoluzione Legislativo. In tal caso, la ratificazione del Presidente effettuata posteriormente mediante un Decreto Supremo*".

All'interno del quadro normativo peruviano sulla diversità biologica possiamo citare:

a) La Costituzione Politica del Perù del 1993, ovvero la fonte legislativa più alta in Perù, essa prevede talune norme che riguardano l'ambiente e le risorse naturali, nel Capitolo II agli artt. 66³⁰³-69. L'art. 66 fa riferimento alla proprietà dello Stato sulle risorse naturali rinnovabili e non rinnovabili stabilendone anche i requisiti per la sua concessione ai privati; l'art. 67³⁰⁴ conferisce la facoltà allo Stato di determinare la politica nazionale in materia ambientale promuovendo l'uso sostenibile delle

298. *La Convenzione sulla Diversità Biologica*, sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992. Che tra i suoi obiettivi ci sono a) la conservazione della diversità biologica, l'uso durevole dei suoi elementi e la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche, grazie ad un accesso soddisfacente alle risorse genetiche ed un adeguato trasferimento delle tecnologie pertinenti in considerazione di tutti i diritti su tali risorse e tecnologie, e grazie ad adeguati finanziamenti.

299. Art. 56 della Costituzione Politica Peruviana: "I trattati sono approvati per il Congresso, prima della ratificazione presidenziale, quando i trattati versano sulle seguenti materie: a) diritti umani; b) sovranità e integrità territoriale; c) sicurezza nazionale; d) economia nazionale. Devono anche essere approvati dal Congresso i trattati che creano, modificano o derogano tasse; quelli che modificano o derogano leggi, o quelli che hanno bisogno di legislazione speciale per la sua esecuzione.

300. La Costituzione Politica di 1993 sostituisce la Costituzione del 1979.

301. Art. 102 paragrafo 3 della Costituzione Politica Peruviana del 1993: Sono attribuzioni del Congresso: "*Approvare i trattati, d'accordo con la Costituzione*".

302. Legge n. 26647, Ratificazione dei Trattati in Perù, del 26 Giugno del 1996.

303. Costituzione Politica del Perù, Art. 66: *le risorse naturali, rinnovabili e non rinnovabili, sono patrimonio della Nazione. Lo Stato decide del loro uso. Per legge organica si stabiliscono le condizioni del loro uso e della concessione ai privati di titoli reali su di esse.*

304. Costituzione Politica del Perù, Art. 67: *Lo Stato determina la politica nazionale dell'ambiente. Promuove l'uso sostenibile delle risorse naturali.*

risorse naturali; l'articolo 68³⁰⁵ obbliga lo Stato a preservare la diversità biologica e le aree protette; l'art. 69³⁰⁶ tratta sulla legislazione adeguata a promuovere lo sviluppo sostenibile in Amazzonia. Tale Costituzione contiene, per la prima volta, la cosiddetta Dichiarazione Antartica³⁰⁷ segnando, pertanto, un'innovazione rispetto alle dodici costituzioni precedenti.

L'art. 2, paragrafo 22 stabilisce che ogni persona ha diritto alla pace, alla tranquillità, a godersi il tempo libero e il riposo, nonché di godere di un ambiente equilibrato e adeguato allo sviluppo della vita. Nel paragrafo 5 viene fissato il diritto a richiedere senza motivazione alcuna l'informazione di cui si necessita con l'obbligo da parte dell'ente pubblico di fornire la stessa al soggetto richiedente con i costi e tempi di legge, fatta eccezione per le informazioni inerenti alla privacy e quelle escluse per legge o per motivi di sicurezza nazionale.

Il diritto alla salute è contemplato all'art. 7³⁰⁸, ed il patrimonio culturale è salvaguardato dall'art. 21³⁰⁹. Si pone l'accento che non è rilevante la natura di proprietà pubblica o privata affinché un bene possa essere dichiarato patrimonio culturale della Nazione.

b) La legge sulla protezione all'accesso alla biodiversità peruviana e alle conoscenze collettive delle popolazioni indigene.³¹⁰ Tra gli aspetti più importanti c'è quello di creare la *Commissione nazionale per la protezione all'accesso alla diversità biologica peruviana e alle conoscenze collettive dei popoli indigeni*. Questa commissione dipende dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri³¹¹. Altro aspetto importante è la creazione di un *Registro di Risorse Biologiche e Conoscenze Collettive delle Popolazioni Indigene del Perù*. Questa legge è il primo strumento legale che definisce il concetto di *biopirateria*: "L'accesso e l'uso non autorizzato e non compensato di risorse biologiche o conoscenze tradizionali dei popoli indigeni da parte di terzi senza autorizzazione e in contravvenzione dei principi stabiliti nella Convenzione sulla Diversità Biologica e le norme in vigore che regolano la materia. L'appropriazione può darsi attraverso il controllo fisico, mediante diritti di proprietà sui prodotti che incorporano questi elementi ottenuti illegalmente o in alcuni casi attraverso la sua invocazione"³¹².

c) La legge organica per l'uso sostenibile delle risorse naturali³¹³. La presente legge regola il regime d'uso sostenibile delle risorse naturali dal momento che queste costituiscono patrimonio della nazione, regolando le condizioni e i modi di concessione ai privati, secondo il disposto nella Costituzione (artt. 66 e 67 del Capitolo II del Titolo III in concordanza col Codice

305. Costituzione Politica del Perù, Art. 68: *Lo Stato ha l'obbligo di promuovere la conservazione della diversità biologica e le aree naturali protette.*

306. Costituzione Politica del Perù, Art. 69: *Lo Stato promuove lo sviluppo sostenibile nell'Amazzonia con una legislazione adeguata.*

307. Dichiarazione, il Congresso Costituente Democratico dichiara che il Perù, paese dell'emisfero australe, vincolato all'Antartide per le sue coste che si progettano verso di lei, così come per fattori ecologici e per antecedenti storici, e conforme ai diritti e obblighi che ha come parte consultiva del Trattato Antartico, propizia la conservazione dell'Antartide come una Zona di Pace dedicata alla ricerca scientifica, e la vigenza di un regime internazionale che, senza rinunciare ai suoi diritti, promuove in beneficio di tutta l'umanità, il razionale ed equo sfruttamento delle risorse dell'Antartico, ed assicura la protezione e la conservazione di codest'ecosistema del Continente.

308. Costituzione Politica del Perù, Art. 7 "tutti hanno diritto alla protezione della propria salute, della salute familiare e della comunità, così come, il dovere di contribuire alla sua promozione e difesa".

309. Costituzione Politica del Perù, Art. 21 "i depositi e resti archeologici, costruzioni, monumenti, luoghi, documenti bibliografici e d'archivio, oggetti artistici e testimoni di valore storico, espressamente dichiarati beni culturali, e provvisoriamente quelli che sono qualificano come tali, sono patrimonio culturale della Nazione, indipendentemente della sua condizione di proprietà privata o pubblica, sono protette dallo Stato".

310. *La ley de protección al acceso a la diversidad biológica Peruana y los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas* (30 aprile 2004) Legge n. 28216.

311. Vedere art. 2 della Legge n. 28216

312. Vedere la Terza disposizione complementare e finale della Legge n. 28216.

313. *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*. Legge n. 26821 Legge promulgata il 25 giugno del 1997.

del Medio Ambiente e delle Risorse Naturali e le Convenzioni Internazionali ratificate dal Perú. Tutto questo all'interno di un quadro adeguato ad attrarre l'investimento estero, procurando un equilibrio dinamico tra crescita economica, conservazione delle risorse e dell'ambiente, e lo sviluppo integrale della persona umana³¹⁴.

Un aspetto molto importante è quello del diritto dei cittadini ad essere informati ed a partecipare alla definizione e all'adozione delle politiche per la conservazione e l'uso sostenibile delle risorse naturali.

Il Perú, come la maggior parte delle Nazioni, è sovrano per quanto concerne lo sfruttamento delle risorse naturali. Questa sovranità si traduce nella competenza che lo Stato possiede per quanto riguarda la legislazione e l'esercizio di talune funzioni esecutive e giudiziarie. Per quanto concerne, invece, la *Ricerca scientifica*³¹⁵, lo Stato promuove la ricerca scientifica e tecnologica sulla diversità, qualità, composizione, potenziale e gestione delle risorse naturali; promuove, inoltre, l'informazione e la conoscenza per quanto riguarda le risorse naturali. Tali motivi sono alla base della concessione di permessi, i quali, tuttavia, non devono violare diritti concessi per titoli anteriori.

La Conservazione delle risorse naturali si attua, in particolare, attraverso la delimitazione d'aree, la dichiarazione di specie in estinzione, riserve, ecc. (vedi art. 12). Questa legge pone quale obbligo per lo Stato, il miglioramento e la conservazione delle aree naturali che presentino un'interessante diversità biologica, paesaggi e altri elementi del patrimonio naturale della Nazione, sotto forma d'Aree Naturali Protette nel cui ambito d'uso sostenibile, le risorse naturali saranno assoggettate a normativa speciale. Le risorse naturali in pericolo d'estinzione che non sono incluse nelle Aree Naturali sono disciplinate da leggi speciali³¹⁶.

c) Legge del sistema nazionale di valutazione d'impatto ambientale³¹⁷. (SEIA), è un sistema unico e coordinato d'identificazione, prevenzione, supervisione, controllo e correzione anticipata dei problemi ambientali negativi derivanti delle azioni umane dei progetti d'inversione. Crea un processo uniforme che comprende i requisiti, periodi, e valori delle VIA dei progetti d'investimento. Questa legge garantirà la partecipazione dei cittadini al processo di valutazione d'impatto ambientale.

Le categorie dei progetti secondo i rischi ambientali sono: a) Categoria I – *Dichiarazione d'Impatto Ambientale*.- tutti progetti che nel corso della loro esecuzione non causano impatti negativi sull'ambiente; b) Categoria II – *Studio d'Impatto Ambientale semi dettagliato*.- per i progetti che nel corso della loro esecuzione possano causare impatti ambientali moderati, i cui effetti negative possono essere eliminati o ridotti attraverso l'adozione di misure facilmente applicabili. I progetti di questa categoria hanno bisogno di uno Studio d'Impatto Ambientale dettagliato (EIA-d); c) Categoria III – *Studio d'Impatto Ambientale Dettagliato*: per i progetti che per le loro caratteristiche di grandezze o localizzazione possono produrre impatti ambientali negativi, quantitativamente e qualitativamente, si sollecita un'analisi più profonda per verificare l'impatto ambientale e per proporre delle strategie di gestione risolutive delle problematiche prodotte. I progetti di questa categoria hanno bisogno di uno Studio d'Impatto Ambientale dettagliato (EIA-d).

314. Vedere art. 2 della Legge n. 26821 (*Legge Organica sull'Uso delle Risorse Naturali*).

315. Art. 9 della Legge n. 26821 sulla ricerca scientifica.

316. Tra alcuni aspetti delle aree protette in Perú possiamo indicare i seguenti: gli abitanti d'una zona geografica, in particolare, i membri delle *comunidades campesinas y nativas*, possono beneficiare, gratuitamente e senza escludere ai terzi, delle risorse naturali di libero accesso nei dintorni delle sue terre, sempre che non esistano diritti esclusivi o escludenti di terzi o riserve dello Stato. Ex art. 18 le *comunidades nativas y campesinas* preferiscono adottare la misura dell'uso sostenibile per le proprie terre rispetto alle altre risorse naturali. Per le condizioni dell'uso sostenibile si veda l'art. 29.

317. *Ley Ambiental Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, Legge n. 27446 del 16 marzo del 2002.

Per la classificazione del progetto d'investimento, l'autorità competente deve seguire taluni direttive inerenti alla protezione della salute delle persone; la protezione della qualità ambientale relativamente all'aria, all'acqua e al suolo, ma, anche, all'incidenza del rumore e dei residui solidi e liquidi, nonché alle emissioni di gas e agli agenti radioattivi; la protezione delle risorse naturali, con particolare riferimento all'acqua, al suolo, alla flora e alla fauna; la protezione delle aree naturali protette; la protezione degli ecosistemi e degli stili di vita delle comunità; la protezione di spazi urbani, del patrimonio archeologico, storico, architettonico e dei monumenti nazionali.

La valutazione sull'impatto ambientale dovrà essere elaborata da un ente autorizzato, dotato d'infrastruttura e attrezzature professionali di diverse specialità, nonché avente esperienza in gestione ambientale. La selezione di detto ente è d'esclusiva competenza e responsabilità del titolare o soggetto richiedente l'azione la quale sopporterà i costi legali e amministrativi della stessa³¹⁸.

d) Legge sulla Conservazione e l'Uso Sostenibile della Diversità Biologica³¹⁹. La legge inerente alla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica è nata in concomitanza agli articoli 66 e 68 della Costituzione Politica del Perù e alla Convenzione sulla Diversità Biologica. Tra le disposizioni più importanti di tale legge possiamo menzionare le seguenti: conservare la diversità degli ecosistemi, delle specie e dei genomi, in altre parole, mantenere i processi ecologici essenziali necessari alla sopravvivenza delle specie; promuovere la partecipazione giusta ed equitativa per quanto concerne i benefici che derivano dall'uso della diversità biologica; incoraggiare l'educazione, lo scambio d'informazioni, lo sviluppo della capacità delle risorse umane, la ricerca scientifica e l'intercambio tecnologico, riferito alla diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi elementi, favorire lo sviluppo economico nel paese sulla base dell'uso sostenibile dei parti della diversità biologica attraverso la promozione e del coinvolgimento dei privati in detta attività.

L'art. 13 detta poi i meccanismi di conservazione della diversità biologica che lo Stato deve promuovere; in particolare, tra questi, emergono i cosiddetti meccanismi di conservazione *in situ*: le Aree Protette. Esse sono volte a garantire gli ecosistemi, le specie e i genomi nel loro luogo d'origine e a promuoverne l'uso sostenibile. Si parlano, invece, di meccanismi di conservazione *Ex situ* con riferimento a vivai, giardini botanici, banche di genomi. Questi ultimi meccanismi svolgono un ruolo di supporto per quanto concerne le misure di conservazione *in situ*. L'articolo 16 detta la definizione di Aree Naturali Protette: "Spazi terrestri e/o marittimi del territorio nazionale, riconosciuti, stabiliti e protetti legalmente dallo Stato, data la loro importanza al fine di conservare la diversità biologica e gli altri valori ad essa correlati. Queste aree sono istituite con carattere definitivo e le eventuali modifiche successive all'atto istitutivo delle stesse potranno aversi solo per legge. Queste Aree Protette formano il *Sistema Nazionale d'Arete Naturali Protette statale*³²⁰ al quale si affiancano il Governo Centrale, Regionale, le Municipalità, Istituzioni Private e le popolazioni locali"³²¹.

318. La valutazione d'impatto ambientale passerà, inoltre, attraverso un processo di controllo al termine del quale, l'autorità competente fornisce il suo parere circa l'approvazione o meno dello studio: tale parere sarà corredato di tutte le considerazioni tecniche e legali che hanno portato alla sua adozione, nonché delle condizioni addizionali sorte durante il controllo della VIA. Questo processo deve essere il più possibile diffuso in modo che la comunità possa prendere parte a tali studi, soprattutto, nella fase di classificazione. Una volta raggiunta l'approvazione, esiste un sistema di revisione e controllo della valutazione d'impatto ambientale, dove l'autorità può applicare sanzioni amministrative ai contravventori.

319. *Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica*, Legge n. 26839, Legge del 08 luglio 1997, e il suo Regolamento *Reglamento de la Ley Sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica. Decreto Supremo n. 068-2001-PCM*

320. Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.

321. Altre caratteristiche importanti della legge n. 26839 si possono trovare nell'art. 25 "lo Stato promuove

È importante la referenza fatta alle *comunidades nativas y campesinas* nell'art. 23, con cui si riconosce l'importanza del valore delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità contadine e native utili alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica. Si riconosce la necessità di proteggere queste conoscenze e stabilire meccanismi per promuoverne l'uso con il consenso informato delle comunità, garantendo la distribuzione giusta ed equitativa dei benefici derivati dal suo uso.

e) *Strategia nazionale sulla biodiversità biologica del Perú*³²². Legge elaborata in base all'art. 6 della Convenzione sulla Diversità Biologica³²³. La legge è articolata in: a) linee strategiche e d'azione; b) la conservazione della diversità biologica in Perú; c) l'integrazione dell'uso sostenibile della diversità biologica; d) l'istituzione di misure speciali per la conservazione ed il ripristino della diversità biologica a fronte di processi esterni; e) la promozione della partecipazione della società peruviana; miglioramento della conoscenza sulla diversità biologica; f) il miglioramento degli strumenti per la gestione della diversità biologica; g) il rafforzamento dell'immagine del Perú nel contesto internazionale.

f) *Legge sulla prevenzione dei rischi derivati dall'uso della biotecnologia*³²⁴ Questa legge ha come obiettivo principale quello della sicurezza della biotecnologia così come stabilito dalla Costituzione Politica e dall'art. 8 lett. g e dall'art. 19 lett. c, commi 3-4 del Convegno della Diversità Biologica approvato con la Risoluzione Legislativa n. 26181. La salute umana, l'ambiente e la diversità biologica, nonché la promozione della sicurezza nella ricerca e nello sviluppo della biotecnologia, nonché le sue applicazioni inerenti la produzione e la prestazione di servizi, il controllo e l'amministrazione dei rischi derivanti dall'uso e liberazione degli OGM³²⁵ costituiscono gli altri obiettivi della legge in esame.

La presente legge non include le attività riguardanti i genomi umani, a tutti i tipi di vaccini applicati agli esseri umani, agli organismi la cui modificazione genetica sia fatta attraverso tecniche convenzionali e metodi tradizionali: (ad esempio: fecondazione in vitro, coniugazione, trasduzione, trasformazione o qualsiasi altro processo naturale; induzione poliploide, mutagenesi, formazione e utilizzo di cellule somatiche d'ibridoma animale; questo avviene se non vi sia manipolazione delle molecole d'acido desossiribonucleico (DNA) ricombinante o l'uso di OGM come organismi vettori, recettori o parentali).

l'intervento del settore privato attraverso lo sviluppo della ricerca scientifica, dell'accesso e del trasferimento di tecnologie appropriate compresa la biotecnologia; attraverso l'elaborazione e l'esecuzione di un piano d'azione di ricerca scientifica in materia di diversità biologica quale parte della Strategia Nazionale sulla Diversità Biologica; ma, anche, attraverso un'attività di ricerca volta alla risoluzione dei problemi inerenti alla perdita, la degradazione o la diminuzione degli elementi della diversità biologica". L'art. 26 fissa le priorità d'interesse nazionale con riferimento alle attività proprie della ricerca scientifica. Tali priorità ricomprendono le conoscenze delle specie vegetali e animali, dei microrganismi e degli ecosistemi attraverso la realizzazione d'inventari, studi biologici e di *follow up* ambientali; l'amministrazione e la conservazione degli ecosistemi e specie silvestri d'importanza economica, scientifica, sociale o culturale; la conoscenza, la conservazione e l'applicazione industriale e medicinale delle risorse genetiche attraverso la biotecnologia tradizionale e moderna; l'uso differenziato delle risorse inerenti la diversità biologica più cospicua e le sostituzioni degli scarsi; la conservazione e la gestione sostenibile degli ecosistemi, in particolare, dei boschi, delle terre fragili, delle terre aride e semiaride e delle zone umide; il ripristino delle zone degradate; lo sviluppo di tecnologie appropriate e l'uso tanto delle tecnologie tradizionali quanto di quelle moderne.

322. *Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica del Perú*: Decreto Supremo n. 102-2001-PCM.

323. Art. 6 della Convenzione sulla Diversità Biologica.

324. *Ley de Prevención de Riesgos derivados del uso de la Biotecnología* Ley n. 27104, 04 de enero 1999.

325. Sugli obiettivi della legge n. 27104 vedere art. 2 della stessa.

g) La Legge Generale dei Residui Solidi³²⁶. Questa legge stabilisce i diritti, gli obblighi, le attribuzioni e le responsabilità della società volti a garantire una gestione dei residui solidi adeguata dal punto di vista sanitario e ambientale sulla base dei principi di minimizzazione, prevenzione dei rischi ambientali e protezione della salute e del benessere della persona umana.³²⁷ Questa legge si applica alle attività, ai processi e alle operazioni della gestione di residui solidi dal momento della loro generazione fino al loro smaltimento finale, inclusa le diverse fonti di generazione di questi residui nei settori economico, sociale e privato. Essa comprende anche le attività di transito per il territorio nazionale dei residui solidi. Non sono, invece, compresi in questa legge i residui solidi di natura radioattiva essendo, infatti, il loro controllo rimesso all'*Istituto Peruviano d'Energia Nucleare*³²⁸, salvo il caso in cui si abbia il loro ingresso nel paese, nel qual caso tali residui ricadrebbero nelle previsioni normative di tale legge.

Le linee guida della politica ambientale sono: *a)* sviluppare azioni d'educazione e formazione per una gestione di residui solidi efficace, efficiente, e sostenibile; *b)* l'adozione di misure di minimizzazione di residui solidi, attraverso la massima riduzione dei volumi di generazione e delle sue caratteristiche di rischio; *c)* sistema di responsabilità distributiva; *d)* sviluppare e utilizzare tecnologie, metodi, pratiche e processi di produzione e commercializzazione, che favoriscano la minimizzazione o il riuso dei residui solidi e la loro gestione adeguata; *e)* promuovere la gestione selettiva dei residui solidi e ammettere il loro uso collettivo qualora vi siano rischi sanitari o ambientali significativi; *f)* favorire la gestione dei residui solidi e l'adozione complementare delle pratiche di trattamento e adeguata disposizione finale.

h) Regolamento di prevenzione dei rischi derivati dall'uso della biotecnologia³²⁹. Questo regolamento parte dalla considerazione che la biotecnologia moderna offre benefici, ma, anche, potenziali rischi per la salute umana, l'ambiente e la diversità biologica. Con la Risoluzione Legislativa n. 26181, sulla base del Titolo III, Capitolo II della Costituzione Politica peruviana, relativo all'Ambiente e alle Risorse Naturali, è stata approvata la Convenzione sulla Diversità Biologica di Rio di Janeiro vista la preoccupazione mondiale. Per controllare e disciplinare l'uso, la manipolazione e le altre attività che si svolgono sugli *organismos vivos modificados-OVM* (organismi geneticamente modificati – OGM), il Perù ha aderito al *Protocollo di Cartagena sulla Sicurezza della Biotecnologia della Convenzione sulla Diversità Biologica*, nella Quinta Conferenza delle Parti, Nairobi, Kenya, maggio 2001.

Il regolamento contiene la definizione di molti termini in un glossario iniziale. Inoltre, esso stabilisce che ente di coordinamento in materia ambientale sarà il *Consiglio Nazionale dell'Ambiente (CONAM)*, per quanto concerne la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica. La CONAM funge da centro di scambio d'informazione sulla sicurezza biotecnologica, consolidando e diffondendo l'informazione proveniente dagli Organismi Settoriali Competenti OSC³³⁰ sulle attività inerenti gli OGM di loro competenza. La CONAM inoltre dovrà: *a)* informare gli organismi internazionali, regionali o subregionali competenti

326. *Ley general de Residuos Sólidos*, Legge n. 27314 del 20 luglio del 2000.

327. Vedere l'art. I della Legge n. 27314.

328. *Instituto Nacional de Energía Nuclear (IPEN)*. È l'ente rettore dell'energia nucleare in Perù, esso dipende dal Ministero delle Energie e Mine ed ha come compito quello di emanare disposizioni legislative di settore, promuovere, vigilare e sviluppare le attività applicative dell'energia nucleare d'accordo con lo sviluppo sostenibile. L'IPEN è stato creato il 4 febbraio 1975 con il Decreto Legge n. 21094, la Legge Organica del Settore Energie e Mine.

329. *Reglamento de Prevención de Riesgos derivados del uso de la Biotecnología*; Decreto Supremo n. 108-2002-PCM

330. *Le funzioni degli Organismi Settoriali Competenti* sono: *a)* elaborare con i suoi Gruppi Tecnici Settoriali – GTS, il regolamento del settore sui meccanismi e sui processi per le decisioni e rafforzandone, implementandone e vigilando sulla sua messa in azione; *b)* registrare le persone fisiche e giuridiche, pubbliche.

sui registri concessi per realizzare attività riguardanti gli OGM; b) implementare gli accordi e le convenzioni concernenti, il Protocollo; c) analizzare, disegnare e proporre meccanismi per rafforzare le funzioni delle istanze nazionali che sono incaricate dell'applicazione di questo regolamento.

Dobbiamo menzionare che uno dei più rinomati documenti in Perù sull'ambiente è l'*Informe Nacional Sobre el Estado del Ambiente – GEO Perú*³³¹. Questo documento ha come finalità quella di servire da strumento di gestione ed informazione dello stato ambientale della nazione. Destinatari principali sono i decisori politici in materia di sviluppo sostenibile ambientale e risorse naturali. Essi si articolano in 16 aree ed i suoi rispettivi indicatori ambientali, classificati secondo il quadro organizzatore Erato-Pressione-Impatto-Risposta-EPIR, proposto per l'Ufficio Regionale per America Latina e i Caraibi-ORPALC del PNUMA. Questa è una valutazione ambientale integrata con la quale si cerca d'aggiornare l'informazione sullo stato dell'ambiente in Perù; di stabilire le priorità ambientali ed i criteri per l'elaborazione di politiche e strategie ambientali; ma essa si configura anche come meccanismo per valutare l'efficacia delle strategie e le politiche ambientali rafforzando le capacità di valutazione e l'uso dell'informazione.

Il capitolo quinto tratta sulla Gestione Ambientale e l'Uso Sostenibile, offrendo una descrizione sistematica delle politiche ambientali e focalizzando le iniziative e politiche attuali, identificando le barriere per la sua implementazione. L'informe GEO fa menzione alla biodiversità segnalando che è una delle fonti più importanti per il sostentamento delle popolazioni indigene³³². A pagina 146, Capitolo 3, si fa menzione della diversità Biologica attraverso il richiamo alla definizione dettata nella Convenzione sulla diversità biologica³³³. L'informe segnala che ci sono 12 paesi che concentrano la maggior parte della biodiversità nel mondo, questi 12 paesi, sono conosciuti come megadiversi per la ricchezza dei loro ecosistemi e specie genetiche. Tra questi si trova il Perù.³³⁴

4. Aree Naturali Protette.

Le aree protette in Perù³³⁵ sono disciplinate dalla legge n. 26834 del 4 luglio del 1997. Tale

331. *Informe elaborado per il Consejo Nacional del Ambiente*, presentato il 2006. *Informe GEO*. Questo documento è organizzato in cinque capitoli. Il primo, è una presentazione generale sullo sviluppo sostenibile, l'ambiente come un problema globale, le opportunità ambientali che offrono l'America Latina, in quella situazione, il problema che affronta il Perù. Il secondo capitolo, presenta la situazione ambientale in Perù sulla base d'indicatori organizzati in quattro gruppi: a) situazione generale, b) fronte verde, c) fronte marrone, d) fronte azzurro. Il terzo capitolo analizza la politica ambientale peruviana secondo gli accordi internazionali ed agli strumenti nazionali. Il capitolo quarto contiene le conclusioni e raccomandazioni. La quinta parte ci menziona le prospettive future.

332. *La Biodiversità costituisce una fonte importante per il sostenimento diretto e d'occupazione per la gran parte della popolazione*. Particolarmente nel Perù ha vitale importanza per la cultura, la scienza e la tecnologia. Presta servizi ambientali per la fertilità dei suoli, la decontaminazione dell'area e l'ottenimento dell'acqua nei suoi territori ed in quelli del pianeta. *Informe GEO*, p. 16.

333. "L'insieme d'ecosistemi, specie e variabilità genetiche esistenti in uno spazio determinato", sono incluse tutte le piante, animali e micro organismi, come gli ecosistemi ed i processi ecologici dei quali essi sono parte.

334. I dodici Paesi sono i seguenti: Brasile, Colombia, Equatore, Perù, Mexico, Zaire, Madagascar, Australia, Cina, India, Indonesia, e Messico. Tra questi il Perù è al quarto posto con maggiore diversità nel mondo, avente il 70% della biodiversità, ed è al nono posto per specie endemiche, incluse la vita terrestre, marina e d'acqua dolce.

335. Attualmente in Perù esistono 61 aree naturali protette con un'area che occupa 19096654,95 ettari, il 14,86% della superficie del territorio nazionale. Gli elenchiamo secondo la loro ubicazione geografica. Tra esse possiamo menzionare le principali: 1) Cordillera de Colan-Zona Riservata (Amazonas) 2) Santiago Comaina- Zona Riservata (Amazonas), 3) Huascarán- Parchi Nazionale (Ancash) 4) Cordillera Huayhuas- Zona Riservata (Ancash); 5) Ampay- Oasi Nazionale (Apurímac) 6) Salinas e Agua Blanca- Riserva Nazionale (Arequipa) 7) Sub Cuenca del Cotahuasi- Riserva Paesaggistica (Arequipa); 8) Lagunas de Mejía-Oasi Nazionale (Arequipa); 9) Pampa Galeras Barbara D'Achille-Riserva Nazionale (Ayacucho); 10) Pampa de Ayacucho-Oasi d'Interesse Storico (Ayacucho); 11) Cutervo-Parche Nazionale (Cajamarca) 12) Tabaconas Namballe- Oasi Nazionale (Cajamarca); 12) Pagaibamba-Bosche di Protezione (Cajamarca); 13) Suchubamba-Riserva di Caccia (Cajamarca); 14) Chancaybanos-Zona Riservata (Cajamarca); 15) Manu-Parche Nazionale (Cusco); 16) Otishi-Parche Nazionale (Cusco); 17) Amarakaeri-Riserva Comunale (Cusco); 18) Ashaninca-Riserva Comunale (Cusco) 19) El Sira-Riserva Comunale (Cusco); 20) Machiguanga-Riserva Comunale (Cusco); 21) Machupicchu-Oasi

legge definisce le aree protette come: “*Spazi continentali o marittimi del territorio nazionale, espressamente riconosciuti e dichiarati come tali, includendo le sue categorie e zonificazioni, per conservare la diversità biologica e altri valori associati, d’interesse culturale, paesaggistico e scientifico, come il suo contributo allo sviluppo della Nazione*”.

Le aree naturali protette o ANPEs, sono patrimonio della Nazione. La condizione originaria deve essere mantenuta immutata; si permette l’uso regolato dell’area e l’uso delle risorse, sebbene vengano fissate talune restrizioni all’uso diretto. È evidentemente che per l’istituzione d’aree naturali protette occorre conoscere, conservare e proteggere i luoghi esistenti con nota biodiversità. Le condizioni naturali delle ANPE’s devono essere mantenute perché possono costituire spazi non alterati o di minima alterazione nei suoi ambienti. In essi l’incidenza dell’attività umana non trasforma significativamente il suo stato naturale o i suoi valori.

Le ANPE’s forniscono alla Nazione prodotti e servizi ambientali quali ad esempio la protezione di sbocchi che contribuiscono al controllo dell’erosione e dell’inondazione, la protezione dell’infrastruttura installata, la conservazione della diversità biologica *in situ*, opportunità di ricerca, educazione, ricreazione e turismo, nonché la pressa e deposito di gas d’effetto serra (GEI), tema di grand’attualità per il suo impatto globale (cambio climatico). La diversità biologica, come i suoi beni e servizi che provvedono, sono considerati patrimonio economico nazionale. In Perú, l’istituzione delle ANPE’s risale al 1961, anno dell’istituzione del Primo Parco Nazionale, il *Parco Nazionale di Cutervo* (Cajamarca) con la Legge n. 13694.

Nel 1990, con l’emanazione del Decreto Supremo n. 010-90-AG, è nato il *Sistema Nazionale d’Aree Naturali Protette dallo Stato-SINANPE*, che ha come organo direttivo l’*Istituto Nazionale delle Risorse Naturali – INRENA*, del Ministero d’Agricoltura. È necessario segnalare che successivamente, con il Decreto Supremo D.S. n. 010-99-AG è stato approvato il *Piano Rettore della Strategia Nazionale per le Aree Protette* seguito dal Decreto Supremo n. 038-2001-AG, che fissa il *Regolamento dell’Aree Naturali Protette*.

L’obiettivo del SINANPE è quello di contribuire allo sviluppo sostenibile del Paese tramite la gestione efficace delle aree protette che conservano esempi significativi della loro diversità biologica, garantendo benefici ambientali, sociali ed economici alla società. Il SINANPE è gestito dall’*Instituto Nacional de Recurso Naturales-INRENA*, che dipende dal Ministero dell’Agricoltura e si occupa della promozione e realizzazione d’azioni necessarie per la protezione dell’ambiente, la conservazione della diversità biologica, e l’uso sostenibile delle risorse rinnovabili. L’INRENA agisce attraverso un altro ufficio, l’*Intendencia de Áreas Naturales Protegidas - IANP*.

Legge delle Aree Naturali Protette³³⁶

La Legge n. 26834 del 30 di giugno del 1997 disegna il quadro normativo inerente le Aree Naturali Protette e la loro conservazione concordemente a quanto stabilito dall’articolo 68 della Costituzione Politica peruviana. Tale legge nel delineare le aree naturali protette fissa anche taluni obiettivi; gli obiettivi principali della legge del 1997 sono:³³⁷ a) assicurare la continuità delle risorse ecologiche ed evolutive, dentro aree sufficientemente grandi e rappresentative

 d’Interesse Storico (Cusco); 22) Megantoni-Oasi Nazionale (Cusco); 23) Cordillera Azul-Parche Nazionale (Huanuco); 24) Tingo Maria-Parche Nazionale (Huanuco); 25) El Sira-Riserva Comunale (Huanuco) 26) Cordillera Huayhuash-Zona Riservata (Huanuco); 27) Paracas-Riserva Nazionale (Ica); 28) Otishi-Parche Nazionale (Junin); 29) Junin-Riserva Nazionale (Junin); 30) Ashaninka-Riserva Comunale (Junin); 31) El Sira-Riserva Comunale (Junin); 32) Machihuenga-Riserva Comunale (Junin); 33) Nor Yauyos-Cochas-Riserva Paesaggistica (Junin); 34) Huayllay-Oasi Nazionale (Junin); 35) Chacamarca-Oasi d’Interesse Storico (Junin); 36) Piu Piu-Bosche di Protezione (Junin); 37) Pampa Hermosa-Zona Riservata (Junin); 38) Calipuy-Riserva Nazionale (La Libertad); 39) Calipuy-Oasi Nazionale (La Libertad); 40) Puquio Santa Rosa-Bosche di Protezione (La Libertad); 41) Algarrobal el Moro-Zona Riservata (La Libertad); 42) Bosque de Pomac-Oasi d’Interesse Storico (Lambayeque); 43) Laquipampa-Zona Riservata (Lambayeque). Etc.

336 *Ley de Áreas Naturales Protegidas Ley n. 26834*

337 Vedi art. 2 della Legge n. 26834.

d'ogni unità ecologica del paese; *b*) mantenere esempi d'ogni tipo di comunità naturale, paesaggi e forma fisiografica, specialmente quelle che rappresentano la diversità unica e distintiva della nazione; *c*) evitare l'estinzione delle specie di flora e fauna silvestre, in speciale modo quelle di distribuzione controllata o minacciate; *d*) evitare la perdita della diversità genetica; *e*) mantenere e amministrare le risorse della flora e fauna silvestre per assicurare una produzione stabile e sostenibile; *f*) ponderare opportunità per le attività educative e per lo sviluppo della ricerca scientifica; *g*) preservare l'identità culturale esistente in queste aree; *h*) la ristorazione degli ecosistemi deteriorati.

Questa legge detta, inoltre, la classificazione³³⁸ delle Aree Naturali Protette: *a*) d'amministrazione nazionale, che conformano il Sistema Nazionale d'Aree Naturali Protette-SINAMPE; *b*) d'amministrazione regionale, denominate aree di conservazione regionale; *c*) le aree di conservazione privata. L'art. 8 segnala che l'Istituto Nazionale delle Risorse Naturali Protette, INRENA, costituisce l'ente rettore del SINANPE e si occupa del monitoraggio e della gestione delle Aree Naturali Protette che non rientrano nello stesso. Le funzioni più propriamente attribuibili all'INRENA sono: *a*) definire la politica per lo sviluppo delle Aree Naturali Protette; *b*) creare norme amministrative di gestione e di sviluppo delle Aree Protette; *c*) approvare il Regolamento quadro delle Aree Naturali Protette; *d*) supervisionare e monitorare le attività che si sviluppano nelle Aree Naturali Protette e nelle sue zone d'ammortizzazione; *e*) emettere sanzioni amministrative in caso d'infrazione; *f*) promuovere la partecipazione della società, in speciale modo quella delle popolazioni locali e lo sviluppo delle aree protette.

Ogni Area Naturale Protetta ha un direttore, nominato dall'INRENA per quanto concerne le aree protette nazionali, e dai governi Regionali per quanto riguarda, invece, quelle regionali. Ogni Area Naturale Protetta, ad eccezione di quelle private, avrà un Comitato di gestione composto dai rappresentanti del settore pubblico e privato.

I lineamenti della politica e la pianificazione strategica delle Aree Naturali Protette saranno definite nel "Piano delle Aree Naturali Protette". Il *Plan Director*, sarà elaborato e rivisto attraverso un processo partecipativo che dovrà contenere, il quadro concettuale per la costituzione e le operazioni a lungo termine delle Aree Naturali Protette da parte del SINANPE, Aree di Conservazione Regionali e Private; come analizzare i tipi di habitat del Sistema e le misure per conservare e completare la copertura ecologica richiesta.

L'art. 22 individua le categorie del Sistema Nazionale d'Aree Naturali Protette: *a*) *Parchi Nazionali*: aree che costituiscono mostre rappresentative della diversità naturale del paese e della sua grand'unità ecologica. In essi si protegge con carattere intangibile l'integrità ecologica di uno o più ecosistemi, le associazioni della flora e fauna silvestre e i processi di successioni ed evolutivi, come altre caratteristiche paesaggistiche e culturali che siano associate; *b*) *Santuari Nazionali*: aree dove si protegge con carattere intangibile l'habitat d'una specie o una comunità di flora e fauna, come le formazioni naturali d'interesse scientifico e paesaggistico; *c*) *Santuari Storici*: aree che proteggono con carattere intangibile spazi che contengono valori naturali rilevanti e che costituiscono i dintorni di luoghi di speciale valore nazionale per contenere patrimonio monumentale e archeologico o per essere posti dove si sviluppano fatti rilevanti per la storia della Nazione; *d*) *Riserve Paesaggistiche*: aree dove si protegge l'ambiente, dove l'integrità geografica ha una relazione tra uomo e natura, albergando importante valore naturale, estetico e culturale; *e*) *Rifuggi di Vita Silvestre*: aree che hanno bisogno d'intervento attivo con fini di guida per garantire il mantenimento degli habitat, per soddisfare le necessità particolari di determinate specie, come ad esempio il preservare i luoghi di riproduzione, nonché altri luoghi critici per ricoverare o mantenere le popolazioni di queste specie; *f*) *Riserve Nazionali*: aree destinate alla conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile della flora e fauna

338 Vedi art. 3 della Legge n. 26834.

silvestre, acquatica o terrestre. In queste si concede l'uso commerciale delle risorse naturali sotto progetti specifici approvati, supervisionati e controllati dall'autorità competente; g) *Riserve Comunali*: aree destinate alla conservazione della flora e fauna silvestre, a beneficio delle popolazioni rurali. L'uso e la commercializzazione delle risorse sono possibile previa l'approvazione dell'autorità e solo si sono di proprietà dei beneficiari. Possono essere stabilite su suoli di capacità d'uso agricola, d'allevamento, forestali o di protezione sulle zone umide; h) *Boschi di Protezione*: aree che si tutelano con l'obiettivo di proteggere le zone fluviali ed in generale tutti i corsi d'acqua dall'erosione delle terre fragili. In queste aree si permettono l'uso e lo sviluppo delle attività che non mettono a rischio la copertura vegetale dell'area; i) *Cotto di Caccia*: aree destinate allo sfruttamento della fauna silvestre attraverso la pratica regolata della caccia sportiva³³⁹.

Indipendentemente della categoria assegnata, ogni area dovrà essere zonizzata in base ai requisiti e obiettivi, essendo questa zona di conservazione e d'accesso limitato: a) *Zona di protezione* (PE): spazi dove l'ecosistema non ha subito interventi neanche minimi, o luoghi con specie ed ecosistemi unici, rari o fragili che, per mantenere il loro valore, devono essere liberi dall'influenza di fattori esogeni ai processi naturali stessi, mantenendo le caratteristiche dell'ambiente originale. In queste zone sono permesse unicamente le attività relative il monitoraggio dell'ambiente e solo eccezionalmente è permessa la ricerca scientifica; b) *Zona selvaggia* (S): zone che non presentano attività antropica ed in cui predomina il carattere incontaminato. Esse tuttavia sono meno vulnerabili delle aree incluse nella Zona di Protezione. Sono permesse le attività di ricerca, educazione scientifica e quelle ricreative, ma senza l'utilizzo d'infrastrutture a carattere permanente o mezzi motorizzati; c) *Zona d'Uso Turistico Ricreativo* (T): spazi che presentano scorci paesaggistici interessanti ai fini turistici e che per loro natura consentono un uso a scopo ricreativo compatibile con le finalità dell'area. È permessa l'attività di ricerca, educativa, e l'infrastruttura di servizi necessari per l'accesso, la permanenza del turista, l'accesso veicolare, alberghi e uso di veicoli motorizzati; d) *Zona di Sfruttamento Diretto* (AD): spazi destinati per l'uso diretto della flora e della fauna silvestre, pesca inclusa; e) *Zona d'Uso Speciale* (UE): spazi che possiedono una presenza antropica preesistente all'istituzione dell'Area Naturale Protetta, o zone utilizzate a scopo agricolo, d'allevamento o per altre attività, che comportino la trasformazione dell'ecosistema originario; f) *Zona di Recupero* (REC): area transitoria che per motivi naturali o per l'intervento umano, ha sofferto danni importanti e necessità, pertanto, di una gestione speciale per ritrovare la propria qualità ottimale e stabilità ambientale. g) *Zona Storico Culturale* (HC): definisce aree che rilevano dal punto di vista storico o archeologico e dove si ha una gestione orientata all'integrazione e conservazione dell'ambiente circostante. È possibile implementare spazi per turisti e per la popolazione locale. In tali aree si promuove la ricerca, l'attività educativa e l'uso ricreativo, sui valori culturali locali³⁴⁰.

Uso della biodiversità.

L'uso adeguato della biodiversità deve avvenire in modo sostenibile e deve consistere nell'esaminare risorse biologiche utili a rintracciare i composti necessari per scopi farmaceutici, agricoli ed industriali. Tale attività può essere vantaggiosa per i Paesi in via di sviluppo purché questi effettuino gli studi di settore sotto la direzione d'infrastrutture, leggi, negozianti, e politici adeguati. Un altro vantaggio di un corretto uso sostenibile è il fatto che essa può costituire meccanismo di finanziamento per la conservazione della biodiversità³⁴¹.

339.Art. 22 della Legge n. 26834.

340.Vedi anche il *Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas*, Decreto Supremo n. 038-2001-AG

341.Informe GEO p. 151

Con il termine agro-diversità si fa riferimento alle piante coltivate (silvestre, semidomestiche e domestiche), agli animali domestici e alla loro variabilità genetica, all'agro sistema ed ai processi corrispettivi³⁴². Le dimensioni della biodiversità biologica agricola si centrano nelle risorse genetiche per l'alimentazione e l'agricoltura. Tra queste figurano le risorse fitogenetiche che possiede il Perù che è comprovato dall'esistenza di 255 specie di piante nelle banche *ex situ*, con un numero totale di 4400 piante native, e 600 introdotte.

In riferimento alla Gestione Ambientale degli Spazi Subnazionali (regionali e locali) iniziata con il processo di decentralizzazione del 2003 e con la creazione dei Governi Regionali in base alla legge n. 27867³⁴³ che l'art. 53 segnala che le principali funzioni dei Governi Regionali sono: *a)* formulare, approvare, dare esecuzione e dirigere, controllare e amministrare i piani e le politiche in materia d'ambiente e d'ordinamento territoriale; *b)* implementare sistema di gestione ambientale regionale in coordinamento con le Commissioni Ambientali Regionali (CARs)³⁴⁴; *c)* formulare e implementare strategie regionali di diversità biologica e cambio climatico; *d)* proporre la creazione d'aree di conservazione regionale; *e)* promuovere l'educazione e la ricerca ambientale nella regione; *f)* pianificare l'ordinamento e la delimitazione del territorio regionale.

La Legge del Sistema Nazionale di Gestione Ambientale attribuisce ai Governi Locali il ruolo d'autorità locale. Per adempiere questa funzione deve creare ed amministrare un Sistema Locale di Gestione Ambientale, nonché promuovere il dialogo su questo tema con il settore pubblico ed il settore privato, così come articolare le sue politiche ambientali con le CAR ed il CONAM. Essi devono creare una Commissione Ambientale Municipale di carattere consultivo, che deve intervenire ed opinare sulla creazione di strumenti di gestione ambientale in concordanza con l'ambito nazionale, regionale e provinciale.

5. Istituzioni di protezione in Perù

Fino al 14 di maggio 2008 il Perù non possedeva un'istituzione centrale che sia responsabile della protezione dell'ambiente. Cerano istituzioni come INRENA³⁴⁵,

342. La Legge n. 26839 sulla Conservazione e l'Uso Sostenibile della Diversità Biologica stabilisce il concetto: d'agro diversità e la variabilità di coltivazione di piante e di allevamento di animali, nonché di organismi associati con loro all'interno di complessi ecologici dei quali formano parte. Questo si aggiunge alla diversità tra specie ed ecosistema. Pertanto l'espressione Biodiversità Agricola (DBA) ingloba tutti i componenti della biodiversità della quale sono parte l'alimentazione e l'agricoltura, come gli ecosistemi agricoli.

343. Legge n. 27867, *Ley Orgánica de Gobiernos Regionales*.

344. Le *Comisiones Ambientales Regionales* (CARs) sono spazi di concertazione pubblico-privati con la funzione principale di promuovere la gestione ambientale nella regione. Sono promosse per la CONAM. La prima CAR è stata creata a Cusco nel 1998.

345. L'Istituto Nazionale delle Risorse Naturali (INRENA) è un ente pubblico decentralizzato appartenente al Ministero dell'Ambiente (prima della creazione del Ministero dell'Ambiente apparteneva al Ministero d'Agricoltura), creato per Decreto Legge n. 25902 il 27 novembre 1992. Vedi art. 19 della Legge n. 25902 *Legge Quadro del Ministero d'Agricoltura*, e D.S. n. 002-2003-AG *Regolamento d'Organizzazione e Funzioni dell'INRENA*. Questa legge stabilisce le responsabilità dell'ente, tra queste ci sono: promuovere l'uso razionale e conservazione delle risorse naturali con l'attiva partecipazione dei privati. Deve realizzare studi di pre inversione nelle aree di piccola irrigazione, miglioramento d'infrastruttura d'irrigazione e drenaggio, recupero delle terre che hanno sofferto problemi di salinità, uso d'acque sotterranee e il riuso delle acque.

Altre missioni successive sono il prendere le misure necessarie per l'uso sostenibile delle risorse naturali rinnovabili, il cautelare la conservazione della gestione sostenibile del medio ambiente rurale e la biodiversità silvestre. L'INRENA è un'autorità con competenza nazionale tenuta al suo lavoro con i governi regionali e locali, società civile organizzata ed enti pubblici e privati. Tra i servizi principali possiamo menzionare: le concessioni forestali (altri prodotti del bosco, ecoturismo e conservazione), l'erogare le autorizzazioni e i permessi forestali, il controllo forestale, l'erogare le autorizzazioni d'ingresso alle aree naturali protette con fini di ricerca scientifica, filmica o fotografica, fornire l'informazione sulla gestione delle risorse idriche, le autorizzazioni per il funzionamento di zoo allevamenti, aree di manipolazione di fauna silvestre, i permessi di sfruttamento della flora e fauna silvestre, la valutazione d'impatto ambientale, ecc.

INDEPA³⁴⁶, CONAM³⁴⁷, SINANPE, ecc, però non c'era un Ministero pronto a dirigere la politica ambientale nazionale. Il 14 maggio 2008 attraverso il Decreto Legislativo n. 1013 nasce il Ministero dell'Ambiente per disegnare, stabilire e applicare la politica nazionale ambientale.

a. Il Ministero dell'Ambiente.

Il Ministero dell'Ambiente è l'ente che guida la politica ambientale in Perù, tra le varie responsabilità adesso conferite si possono citare: disegnare, stabilire e dare esecuzione alla politica nazionale ambientale, così come promuovere la conservazione e l'uso sostenibile delle risorse naturali, la diversità biologica, le aree naturali protette e lo sviluppo sostenibile dell'Amazzonia.

Al suo interno il Ministero si compone di due vice ministeri: *a)* il Vice Ministero dello Sviluppo Strategico delle Risorse Naturali; *b)* il Vice Ministero di Gestione Ambientale.

346.L'Istituto Nazionale dello Sviluppo delle Popolazioni Andine, Amazzoniche e Afro peruviane (INDEPA) è stato creato per legge n. 28495 del 6 dicembre 2004. Indepa è l'ente incaricato di proporre e supervisionare sul normale compimento delle politiche nazionali, così come di coordinare con i Governi Regionali l'esecuzione dei progetti e programmi diretti alla promozione, difesa, ricerca e l'affermazione dei diritti e lo sviluppo con l'identità delle Popolazioni Andine, Amazzoniche e Afro peruviane. È un ente pubblico decentralizzato, multisettoriale, con rango ministeriale, con personalità giuridica di diritto pubblico, con autonomia funzionale, tecnica, economica, finanziaria, amministrativa. Esso ha giurisdizione nazionale.

Tra le sue funzioni essenziali possiamo citare: *a)* il formulare ed approvare la politica, programmi e progetti a livello nazionale per lo sviluppo delle popolazioni Andine, Amazzoniche ed Afro peruviane; *b)* il pianificare, programmare e coordinare con i Governi Regionali e Locali le attività di sviluppo integrale; *c)* il coordinare azioni d'appoggio, fomentare la consulta popolare, la formazione e l'assistenza tecnica; *d)* il coordinare con i Governi Regionali, le azioni per la protezione della diversità biologica peruviana e le conoscenze collettive (patrimonio culturale comune) secondo la Legge n. 28216, Legge di Protezione all'Accesso alla Diversità Biologica Peruviana e le Conoscenze Collettive delle Popolazioni Indigeni; *e)* l'elaborare ed aggiornare lo studio statistico sulle Popolazioni Andine, Amazzoniche, e Afro peruviane, basandosi sui Registri Pubblici; *f)* studiare gli usi e i costumi delle Popolazioni Andine, Amazzoniche, e Afro peruviane come fonte di diritto per poi giungere alla loro formalizzazione. L'INDEPA sostituisce la preesistente *Commissione Nazionale delle popolazioni Andine, Amazzoniche e Afro peruviane* (CONAPA).

347.La *Commissione Nazionale del Medio Ambiente* (CONAM). Essa ha come finalità quella di pianificare, promuovere, coordinare, controllare e salvaguardare l'ambiente ed il patrimonio culturale della nazione. La *Conam* è stata creata mediante Legge n. 26410, pubblicata il 22 dicembre 1994. Gli obiettivi principali sono la conservazione dell'ambiente con la finalità promuovere lo sviluppo integrale della persona umana sulla base della garanzia di un'adeguata qualità di vita in modo tale da raggiungere un equilibrio tra sviluppo socioeconomico e l'uso sostenibile delle risorse naturali e la conservazione dell'ambiente. È un ente pubblico periferico e della Presidenza del Consiglio dei Ministri e decentrato.

Esso ha le seguenti finalità: pianificare, promuovere, coordinare e salvaguardare l'ambiente ed il patrimonio naturale della nazione. La *Conam* è la massima autorità in tema di politica nazionale ambientale. Le sue decisioni in materia hanno un'efficacia direttamente ed obbligatoriamente esecutiva (vedi l'art. 2 della Legge n. 26410). Tra le sue funzioni principali possiamo menzionare: *a)* formulare, coordinare, dirigere e valutare la politica nazionale ambientale; *b)* promuovere meccanismi per facilitare la cooperazione internazionale per raggiungere gli obiettivi della politica nazionale ambientale; *c)* promuovere la ricerca e la documentazione sulle conoscenze e tecnologie native relative all'ambiente.

La *Conam* è composta di un organo direttivo, un'entità esecutiva e consultiva, essendo il consiglio direttivo, la massima autorità della *Conam*. Essa è composta di sette membri, tre rappresentanti del governo centrale, un rappresentante dei Governi Regionali, uno dei Governi Locali, uno dei settori economici primari ed un rappresentante dei settori economici secondari. Uno degli strumenti di gestione ambientale che è contenuto nella legge di creazione è l'*Informe Nazionale sullo Stato dell'Ambiente*. In questo modo possiamo osservare le variazioni positive nella gestione ambientale e prendere decisioni, nonché formulare politiche e strategie consistenti nella ricerca per lo sfruttamento sostenibile delle risorse naturali. Questi informi sono promossi dal PNUMA con la metodologia del *Global Environmental Outlook* (GEO). Vedi anche <http://www.conam.gob.pe/modulos/home/index.asp>

Un'importante innovazione introdotta da questo ministero è l'istituzione di un Tribunale per la Soluzione di Controversie Ambientali.

Quanto alle entità esistenti prima della promulgazione della legge in questione, possiamo segnalare l'Istituto Nazionale di Meteorologia e Idrologia del Perú- SENAMHI³⁴⁸, come l'Istituto Geofisico del Perú - GP che entra a far parte del Ministero dell'Ambiente. Inoltre sono state inglobate al Ministero la CONAM e l'INRENA.

Per raggiungere tutti gli obiettivi proposti sono stati creati l'Ente di Valutazione e Controllo Ambientale - OEFA³⁴⁹ ed il Servizio Nazionale delle Aree Naturali Protette dallo Stato - SINANPE.

Oltre al Ministero dell'Ambiente possiamo segnalare L'Istituto Nazionale per la Difesa della Concorrenza e la Protezione della Proprietà Intellettuale.

b) L'Istituto Nazionale per la Difesa della Concorrenza e la Protezione della Proprietà Intellettuale (INDECOPI³⁵⁰)

L'INDECOPI è stato creato per il Governo d'Emergenza e Ricostruzione Nazionale attraverso la legge n. 25868³⁵¹. L'Indecopi è un'entità dipendente dal Ministero d'Industria e Turismo, Integrazione e Negoziazioni Commerciali Internazionali. Esso ha e con personalità giuridica di diritto pubblico ed autonomia tecnica, economica, finanziaria ed amministrativa. Tra le sue funzioni possiamo menzionare: a) proteggere il mercato dalle pratiche monopolistiche; b) proteggere i diritti di proprietà intellettuale in tutte le sue manifestazioni, c) promuovere la leale concorrenza tra gli agenti dell'economia peruviana, nonché proteggere tutte le forme di proprietà intellettuale: segni distintivi, diritti d'autore, patenti e biotecnologia, ecc.

6. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine.

La popolazione del Perú ha contribuito nell'antichità, attraverso la sua creatività, a diffondere un uso corretto della mega diversità esistente, nonché a creare nuove varietà vegetative e non rispettando l'ambiente. Essi si sono, infatti, dedicati alla coltivazione di patate, caucciù, guano, *quinua* che hanno utilizzato per curare e nutrire innumerevoli abitanti del mondo. Pertanto la diversità culturale può anche essere considerato frutto della Diversità Biologica. Attualmente vi è la tendenza a selezionare talune risorse naturali per poi riprodurle artificialmente. Occorre considerare che molti nativi Peruviani sono riusciti ad adattarsi al territorio ambientale circostante in cui poi hanno fissato le loro radici familiari e culturali. Come abbiamo già menzionato il Perú possiede un'alta densità di culture. In esso possiamo individuare 14 famiglie linguistiche e approssimativamente quarantaquattro etnie di cui quarantadue collocate in Amazzonia³⁵². Queste popolazioni possiedono conoscenze importanti sull'uso e le caratteristiche delle varie specie vegetali ed animali, nonché sulle diversità delle risorse genetiche e sulle tecniche relative alla loro conservazione³⁵³.

348.SENAMHI, Servizio Nazionale di Meteorología e idrologia del Perú, creata dal Decreto Legge n. 17532 del 25 marzo del 1969. <http://www.senamhi.gob.pe>

349.OEFA: *incaricata del controllo e delle sanzioni in materia ambientale.*

350.*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (INDECOPI). Istituito con Decreto Legge n. 25868 del novembre del 1992. Vedi <http://www.indecopi.gob.pe>

351.*Ley de Creación y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*, Legge n. 25868.

352.Sui progetti di gestione dell'ambiente da parte delle popolazioni indigene vedi: *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007.

353.Vedi *Strategia sulla Biodiversità* in <http://www.conam.gob.pe/ends/base.htm>

La protezione delle comunità native e contadine in Perù inizia con la Costituzione Politica che agli artt. 88-89 parla delle comunità native e contadine. Ex art. 89: “*Le Comunità Contadine e Native hanno esistenza legale e sono persone giuridiche. Sono autonome nella sua organizzazione, lavoro comunale, nei suoi usi e la libera disposizione delle sue terre, come nell’aspetto economico e amministrativo, dentro del marco che la legge stabilisce. La proprietà delle sue terre è imprescrittibile, salvo nel caso d’abbandono previsto nell’articolo 88 della Costituzione. Lo Stato rispetta l’identità culturale delle Comunità Contadine e Native*”. L’art. 88 sancisce che: “*Lo Stato appoggia prevalentemente lo sviluppo agricolo, garantisce il diritto di proprietà della terra privata o comunale o in qualsiasi altra forma associativa. La legge può stabilire il limite e l’estensione della terra secondo le peculiarità proprie di ogni zona*”. Le terre abbandonate per legge, diventano di dominio dello Stato in seguito alla loro acquisizione³⁵⁴.

Oltre alla Costituzione Politica il Perù ha ratificato la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native³⁵⁵ con cui si è riconosciuto formalmente che tutti i popoli contribuiscono alla diversità ed alla ricchezza delle civiltà e delle culture e che contribuiscono al patrimonio comune dell’umanità.

Tra la legislazione peruviana maggiormente rilevante per le comunità native e contadine, nonché per l’ambiente possiamo citare la **Legge sulla Conservazione e l’Uso Sostenibile della Diversità Biologica**, Legge n. 26839. Detta Legge riconosce l’importanza del valore delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità contadine e native per la conservazione e l’uso sostenibile della diversità biologica³⁵⁶. In quanto alla protezione delle conoscenze collettive delle comunità native e contadine, la protezione è data dalla Legge n. 27811, **Legge che stabilisce il regime di protezione delle conoscenze collettive delle popolazioni indigene vincolate alle risorse biologiche**³⁵⁷. In Perù in questo periodo si presenta il problema dell’investimento del

354. Costituzione Politica del Perù del 1993. Già la *Legge generale di Comunidades Campesinas* Legge n. 24656 del 13 aprile del 1987 dichiarava la necessità nazionale e l’interesse sociale e culturale allo sviluppo integrale delle Comunità Native e Contadine. Con tale legge lo Stato ha riconosciuto dette comunità istituzioni democratiche fondamentali, autonome nella loro organizzazione, nel lavoro comunale e nell’uso della terra, così come negli aspetti economici ed amministrativi all’interno del quadro costituzionale.

La Costituzione del 1974 parlava anche delle *Comunidades campesinas y nativas* nel Capitolo VIII, articolo 169: “*Le Comunità Contadine e Native sono legalmente riconosciute. Esse hanno la piena autonomia nell’organizzazione dell’organizzazione del lavoro di comunità, nonché nell’uso della terra e nella gestione degli aspetti amministrativi, economici e legali. La Nazione rispetta e protegge le proprie tradizioni e induce al superamento culturale degli appartenenti a codeste comunità*”. Ex art. 162: “*Lo Stato promuove lo sviluppo integrale delle comunità contadine e native. La creazione d’imprese comunali e cooperative*”. Ex art. 163: “*Le terre delle comunità contadine e native sono inalienabili salvo legge speciale basata sull’interesse della comunità e la previa sollecitazione da parte dei due terzi dei membri della comunità*”.

355. Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native del 13 settembre 2007. Vedi anche *Republic of Peru Environmental Sustainability: a Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007.

356. Vedi Art. 23 della Legge n. 26839 sulle *comunidades nativas y campesinas* con cui si riconosce l’importanza del valore delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità contadine e native per la conservazione e l’uso sostenibile della diversità biologica. Si riconosce la necessità di proteggere queste conoscenze e stabilire meccanismi per promuovere l’uso con il consenso informato delle comunità, garantendo la distribuzione giusta ed equitativa dei benefici derivati dal suo uso.

357. *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, Legge n. 27811. Si menziona tra gli aspetti più importanti: il riconoscimento dei diritti e la facoltà dei popoli e delle comunità indigene di decidere sulle sue conoscenze collettive, si precisano le definizioni principali delle popolazioni indigene, le loro conoscenze collettive, ecc. Tra gli obiettivi principali della legge possiamo individuare: a) promuovere il rispetto, la protezione, la preservazione, l’applicazione e lo sviluppo delle conoscenze collettive della popolazione indigena; b) promuovere l’uso di queste conoscenze a beneficio delle popolazioni indigene e dell’umanità; c) promuovere il rafforzamento e lo sviluppo delle capacità delle popolazioni indigene e dei meccanismi tradizionalmente impiegati da loro per distribuire i benefici generati collettivamente all’interno del quadro del presente regime normativo; d) evitare che si concedano patenti per invenzioni ottenute o sviluppate grazie alle conoscenze collettive delle popolazioni indigene del Perù.

Si menzionano anche le condizioni per l’accesso alle conoscenze collettive, come la previa sollecitazione del consenso informato da parte dell’organismo rappresentativo delle popolazioni indigene che possiedono una conoscenza scientifica.

capitale proveniente dall'estero che il governo utilizza per promuovere lo sviluppo dell'attività economica nelle terre del territorio nazionale anche se in contrasto con le realtà proprie delle comunità native e contadine. Per proteggere il razionale sviluppo delle comunità native e contadine mediante la politica economica nazionale è stata emanata la ***Legge sull'investimento privato nello sviluppo delle attività economiche nelle terre del territorio nazionale e nelle comunità contadine e native***³⁵⁸. Questa legge fa menzione al Registro delle conoscenze collettive delle comunità contadine e native. Questo registro è diviso in tre registri diversi: a) *Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas* (a carico d'INDECOPI³⁵⁹); b) *Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*; c) *Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los pueblos Indígenas*.

7. Tutela della biodiversità nella Comunità Andina.

La *Comunidad Andina*³⁶⁰ presenta la seguente legislazione in materia di biodiversità

L'informazione deve essere proporzionata alle risorse biologiche su cui verte la conoscenza collettiva.

358. *Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*; Legge n. 26505. La presente legge stabilisce i principi generali necessari per promuovere l'investimento dei privati nello sviluppo dell'attività economica nelle terre del territorio nazionale e delle comunità native e contadine. Il regime giuridico delle terre agricole è regolato per il Codice Civile e per la presente Legge. Lo Stato garantisce a tutte le persone, naturali o giuridiche, l'accesso libero alla proprietà delle terre. L'art. 7 afferma che deve esistere un previo accordo con il proprietario delle terre per stabilire i diritti inerenti allo sfruttamento minerario. Nel caso in cui il deposito sia considerato d'interesse nazionale in accordo con il Consiglio dei Ministri, previa comunicazione al Ministero dell'Energia e Mine, il proprietario sarà anticipatamente ricompensato da parte del titolare del diritto di sfruttamento minerario attraverso il pagamento di una giusta somma a titolo di risarcimento. Le comunità delle zone costiere per vendere le loro terre, o per compiere qualsiasi altro atto dispositivo sulle stesse, devono prima ottenere al loro favore il 50% dei voti dei membri presenti all'Assemblea all'uopo convocata, a differenza delle comunità delle Ande o dell'Amazzonia che hanno bisogno del 66.6 % dei voti.

L'articolo 8 menziona che il 10% del valore lordo delle vendite, prima delle tasse, sono destinate al Fondo per lo Sviluppo delle Popolazioni Indigene. Le parti possono stabilire una percentuale superiore in funzione del grado d'utilizzo o d'incorporazione diretta delle conoscenze nel prodotto finale restante. Le conoscenze collettive sono parte del patrimonio culturale delle popolazioni indigene e come tali sono inalienabili e imprescrittibili.

359. INDECOPI, *Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías*. In appello, *La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*.

Tutti i contratti di licenza devono essere iscritti nel registro preso l'INDECOPI. Tra i fattori più corretti c'è l'informazione aggiuntiva sulla valutazione dell'impatto ambientale, nel caso che si consideri l'esistenza del rischio di spezzare l'equilibrio ambientale nei territori in cui vivono le popolazioni indigene. Esiste a tutela di detto equilibrio il *Fondo per lo sviluppo delle popolazioni indigene*. L'ufficio incaricato del registro è l'Ufficio d'Invenzioni e Nuove Tecnologie. Detto ufficio ha le seguenti funzioni: a) mantenere un registro di conoscenze collettive delle popolazioni indigene, b) mantenere un registro di licenze e d'uso delle conoscenze collettive, c) valutare la validità dei contratti di licenze sulle conoscenze collettive delle popolazioni indigene tenendo conto dell'opinione del Consiglio specializzato nella protezione delle conoscenze indigene. (art. 64). Il Consiglio è specializzato nella protezione delle conoscenze indigene. Il Consiglio è composto da cinque persone specializzate in materia, di cui tre sono nominate dalle organizzazioni rappresentative delle popolazioni indigene e due nominate dalla Commissione Nazionale delle Popolazioni Andine, Amazzoniche e Afroperuviane. Tali persone una volta incaricate diverranno membri del Consiglio *ad honorem*.

360. *La Comunidad Andina de Naciones (CAN)* costituisce un blocco d'integrazione economica e sociale sub regionale creato nel 1969 (in quel momento con il nome d'*Acuerdo di Cartagena o Pacto Andino*). Essa è stata costituita all'inizio per Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela. Successivamente il Cile si ritirò dal Patto Andino per poi ritornare a farne parte nel 2006, anno in cui il Venezuela manifestò il suo ritiro. Vedi pagina Web CAN. <http://www.can.org>
Descrizione Geografica: I cinque Paesi della sub regione Andina coprono una superficie di 4,7 milioni di chilometri quadrati, 25% della superficie latinoamericana ed il 3,5% della superficie mondiale (www.comunidadandina.org). Su questo territorio, si trova una gran varietà di risorse naturali che sono usati in modo insostenibile, questo limita il benessere dei Paesi della sub regione. La sua geografia è marcata dalla presenza della Cordigliera delle Ande che si stende dal Venezuela alla Bolivia. La geografia Andina presenta molti contrasti che si riflettono sul paesaggio che vanno dalle immense *llanuras* in Colombia e Venezuela fino ai ghiacciai in Bolivia, Equatore e Perù. La varietà degli ecosistemi nella sub regione Andina è eccezionale e comprende la parte centrale delle montagne più importanti del continente americano fino alla giungla amazzonica. Comprende anche immense zone di savane, deserti e coste di variata fisionomia che si affacciano sull'Oceano Pacifico ed sul Mare dei Caraibi.

e protezione dell'ambiente:

La Decisione 182, Sistema andino sull'agricoltura, sicurezza alimentare e del medio ambiente del 1983³⁶¹. Quest'iniziativa ha carattere universale per l'esercizio della sovranità e la liberazione delle Nazioni che fanno parte della Comunità Andina, nonché per l'esercizio da parte degli abitanti del diritto all'alimentazione in condizioni adeguate alla dignità umana. Vista la vulnerabilità e la dipendenza dagli elementi naturali vissute da alcuni Paesi membri. Viste le limitazioni per il finanziamento dello sviluppo dell'agricoltura e l'allevamento. Vista la domanda alimentare superiore alla produzione e la volontà di raggiungere l'autosufficienza, e visto il gran potenziale in tema d'allevamento e d'agricoltura dei paesi membri, si rende necessaria la preservazione del medio ambiente, e delle risorse naturali rinnovabili. È necessaria la ricerca sul medio ambiente, l'uso razionale delle risorse e le misure di conservazione.

Con questa decisione si crea il Sistema Andino José Celestino Mutis, sull'agricoltura, sicurezza alimentare e sulla conservazione dell'ambiente per prevedere azioni che permettano di proteggere i Paesi facenti parte della Comunità contro i rischi derivanti da una cattiva distribuzione degli alimenti a svantaggio della soddisfazione dei bisogni alimentari e nutrizionali della popolazione. Questa decisione conduce anche alla creazione di un Programma di Ricerca e Trasferimento Tecnologico in materia di Agricoltura e d'Allevamento attraverso l'attuazione di azioni coordinate che favoriscano l'uso e la gestione razionale delle risorse naturali.

Tra gli obiettivi della decisione si possono segnalare i seguenti: *a)* incrementare la produzione e la produttività in materia di agricoltura e di allevamento, dei cereali, oleaginosi e legumi, radici e tubercoli, carne, uva, latte e i suoi derivati e semi migliorati; *b)* garantire l'offerta sufficiente e opportuna dei prodotti prioritari della dieta basica ed assicurare la capacità di consumo d'accordo ai bisogni nutrizionali di tutti gli strati sociali della popolazione; *c)* migliorare i panieri di consumo in ogni Paese facente parte della Comunità Andina; *d)* stimolare e facilitare all'interno della regione il commercio di alimenti basici, migliorando i canali di distribuzione e di trasporto; *e)* promuovere lo sviluppo agroindustriale, soprattutto migliorando l'offerta di prodotti prioritari; *f)* inter scambiare esperienze ed informazioni.

Ogni paese promuove un Sistema Nazionale di Sicurezza Alimentare che ha il compito di studiare la situazione alimentare con azioni a breve, medio e lungo termine; si stabiliranno inoltre progetti agroindustriali, nonché si stabiliranno azioni coordinate in tema di salute degli animali e dei vegetali³⁶². La Sezione Terza prevede gli strumenti sulla ricerca e sulla trasferta tecnologica e la Sezione Quarta prevede invece gli strumenti per un commercio libero.

Decisione 345, Regime comune di Protezione dei Diritti dei Possessori di Nuove Varietà Vegetali³⁶³.

Gli obiettivi di questa decisione sono i seguenti: *a)* riconoscere e garantire la protezione dei diritti al possessore di nuove varietà vegetali attraverso la consegna di un certificato; *b)* promuovere la ricerca nell'area andina; *c)* promuovere le attività di trasferta tecnologica all'interno della subregione e anche di là di questa. Si applicano la presente Decisione a tutti i generi e specie botaniche sempre che il loro possesso, la loro coltivazione ed il loro utilizzo non siano proibiti per motivi di salute umana animale o vegetale. Ogni paese s'impegna a creare un registro.

361. *Decisione 182, Sistema andino sobre agricultura, seguridad alimentaria y medio ambiente, 1983*, Decisione adottata il 25 luglio 1983, nella quinta riunione dei ministri d'agricoltura, con motivo della prima spedizione botanica in Colombia, diretta dal savio naturalista José Celestino Mutis. Sull'Agenda Ambientale Andina vedi *Andean Aenvironmental Agenda 2006-2010*, Comunidad Andina, 2nd Version, August 2007. Vedi anche *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, Comunidad Andina 2006.

362. Vedi art. 7 della Decisione 182.

363. *Decisión 345, Régimen común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales*, 1993.

Decisione 391, Regime Comune sul Regime Comune sull'Accesso alle Risorse Genetiche³⁶⁴.

Siccome il Perú è una nazione con un importante patrimonio biologico e genetico, si rendono necessaria la loro preservazione ed il loro utilizzo in modo sostenibile. Data la necessità di riconoscere il contributo storico delle comunità indigene, afroamericane e locali, in tema di diversità biologica, nonché di conservazione e sviluppo e d'uso sostenibile dei suoi elementi, si rende necessario applicare la decisione en questione alle risorse genetiche delle Nazioni facenti parte delle comunità indigene, ai prodotti derivati, ai componenti intangibili e alle risorse genetiche di specie migratorie.

Ogni nazione Parte riconoscerà e valuterà i diritti e le facoltà di decidere delle comunità indigene, afroamericane e locali, sulle conoscenze, innovazioni e pratiche tradizionali associate alle risorse genetiche e ai prodotti derivati. Le nazioni Parte favoriranno l'attuazione di programmi d'educazione scientifica e tecnica, nonché di progetti di ricerca per l'identificazione, la registrazione, la caratterizzazione, la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica e dei prodotti derivati dalle risorse genetiche che contribuiscono a soddisfare le necessità locali e sub regionali. Si stabilisce un trattamento non discriminatorio nell'accesso alle risorse genetiche.³⁶⁵

Decisione 435, Creazione del Comitato Andino delle Autorità Ambientali (CAAM)³⁶⁶.

La Decisione 435 adottata conformemente a quanto previsto dall'Accordo di Cartagena. L'integrazione andina ha per obiettivo, il promuovere lo sviluppo equilibrato ed armonico delle Nazioni facenti parte della Comunità Andina in condizioni d'equità, attraverso l'integrazione e la cooperazione economica e sociale, nonché il miglioramento del livello di vita degli abitanti della Sub regione. In questa situazione è necessario preservare ed usare in modo sostenibile il patrimonio strategico costituito da una straordinaria diversità biologica e culturale, incorporando la dimensione ambientale nelle politiche e strategie sociali ed economiche della Comunità Andina la fine di diminuire la povertà e facilitare la partecipazione dei cittadini.

Visti gli obblighi sullo sviluppo sostenibile, l'esecuzione di decisioni e compromessi del CAN con le Nazioni Unite (Rio de Janeiro, giugno 1992 sul medio ambiente e lo sviluppo, e a Santa Cruz de la Sierra, dicembre 1996, sullo sviluppo sostenibile, la Comunità decide: creare il Comitato Andino delle Autorità Ambientali (CAAAM), che è composto dalle autorità nazionali responsabili del medio ambiente d'ogni Nazione parte della Comunità Andina Parte. Ogni nazione nomina un titolare e un alterno, e il CAN nominerà un funzionario come Segretario Tecnico.

Il CAAAM fornirà consulenza e supporto alla Segretaria Generale del CAN in materie concernenti la politica comunitaria sul medio ambiente, nonché l'applicazione delle Decisioni e norme complementare in materia ambientale. Le funzioni di questo Comitato saranno le seguenti: a) formulare proposte di strategie sub regionali per la gestione sostenibile delle risorse naturali, incluse la povertà; lo sviluppo della partecipazione dei cittadini alla gestione sub regionale ambientale; b) l'appoggio alla Commissione ed alla Segretaria Generale nel disegno e lineamenti basici di un Piano d'Azione Ambientale e la promozione della sua esecuzione. Questo piano deve essere disegnato conformemente al disposto del Piano d'Azione per lo Sviluppo Sostenibile delle Americhe³⁶⁷, ratificato nel 1996 a Santa Cruz della Sierra, ed il Piano d'Azione Ambientale Regionale, ratificato dal Foro dei Ministri del Medio Ambiente d'America

364. *Decisión 391, Régimen Común sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, 1996.*

365. Il processo di accesso è regolato dai capitoli III, IV, V, VI della Decisione 391 (CAN).

366. *Decisión 435, Se crea el Comité Andino de Autoridades Ambientales*, dell' 11 giugno 1998.

367. Vedi *Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas*.

Latina e dei Caraibi nella sua XI Riunione³⁶⁸; c) raccomandare e promuovere meccanismi di cooperazione nella formulazione delle politiche ambientali interne alle nazioni andine e le soluzioni ai problemi ambientali comuni, come la gestione delle tecnologie appropriate; d) promuovere e raccomandare strategie di recupero, generazione ed intercambio di conoscenze scientifiche e tecnologiche per lo sviluppo sostenibile, nonché l'educazione, la formazione e la ricerca ambientale; e) raccomandare e promuovere strategie per riconoscere e rinforzare il ruolo delle comunità indigene, contadine e locali nello sviluppo sostenibile.

Decisione 523, Strategia Regionale sulla Biodiversità per i Paesi del Tropico Andino³⁶⁹.

Per promuovere lo sviluppo equilibrato e armonico in condizioni d'equità attraverso l'integrazione e la cooperazione economica e sociale, per procurare un miglioramento nel livello di vita degli abitanti della sub regione. Visto che la CAN contiene in essa circa il 25 per cento della diversità biologica mondiale, si dichiara che il patrimonio biologico si presenta come una delle maggiori fortezze della sub regione Andina e come una fonte di sviluppo delle Nazioni facente parte della Comunità Andina. La strategia è un strumento flessibile, capace di adattarsi alle nuove circostanze. Questa strategia ha tre fronti: a) la promozione di studi continui sulla biodiversità sub regionale; b) il lavoro di squadra per il disegno e la gestione di un portafoglio di progetti comuni e di misure legislative, amministrative e politiche; c) la generazione di proposte d'integrazione sull'opportunità e responsabilità di concentrare una quarta parte della diversità globale.

La strategia è composta di 70 pagine e consta di: a) premessa; b) stato attuale della biodiversità nei Paesi Andini; c) quadro normativo d) linee d'azione e risultati; e) strumenti; f) strategia; g) acronimi.

Tra gli obiettivi possiamo segnalare i seguenti: a) conservare ed usare sostenibilmente gli ecosistemi, specie e risorse genetiche in situ, con azioni complementari ex situ; b) distribuire i benefici in maniera equitativa, considerando l'adeguata valutazione dei componenti della biodiversità; c) proteggere e rafforzare le conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità indigene, afroamericane e locali in base al riconoscimento dei loro diritti individuali, comunitari e collettivi; d) sviluppare le conoscenze scientifiche, innovazioni e tecnologie per la conservazione ed uso sostenibile della biodiversità, prevenendo e minimizzando i rischi dell'ambiente e la salute umana; e) riuscire nell'incorporazione della conservazione ed uso sostenibile della biodiversità nelle politiche settoriali e nei progetti di sviluppo; f) sviluppare la capacità di negoziazione internazionale in materia di conservazione ed uso sostenibile della biodiversità nella Comunità Andina.

8. Considerazioni finali.

Data la gran biodiversità che il Perù possiede, e visto che dipende per il 60% dalla biodiversità, nelle aree di produzione agricola, pecuniaria e forestale, come nel piano industriale, il governo e y privati debbono essere consapevoli della importanza che assume la sua conservazione e l'uso sostenibile, per tanto si deve creare un quadro normativo adeguato a tale fine.

Siccome il Perù è un paese multi culturale si devono di proteggere e rafforzare le conoscenze, le innovazioni e le pratiche delle comunità indigene, afroamericane e locali in base al riconoscimento dei loro diritti individuali, comunali e collettivi.

368. Vedi *Plan de Acción Ambiental Regional*.

369. Decisión 523, *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, del 7 luglio 2002. Inoltre è rilevante menzionare che la Decisión 524, Se crea Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en: Propuesta de Proyecto de Apoyo a la Implementación de la Estrategia Regional de Diversidad Biológica para los Países del Trópico Andino). Proyecto CAN-BID, crea un gruppo di lavoro su popolazioni indigene.

Consideriamo che la nascita del Ministero dell' Ambiente nel maggio del 2008, come l'entità direttrice e responsabile della politica nazionale ambientale, è un fattore positivo per la protezione ambientale e sull'uso sostenibile delle risorse naturali in Perù.

Inoltre, si devono integrare le politiche nazionali ambientali con le politiche economiche, sociali, culturali e d'ordine territoriale in Latino America e nel mondo, per contribuire a superare la povertà raggiungendo l'obiettivo dell'uso sostenibile.

LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ E LE AREE PROTETTE IN PERÚ

BIBLIOGRAFÍA

Biological Diversity in Peru. National Report, Lima; DELGADO-RAMOS, Gian Carlo, *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*, Plaza y Valdés, México, 2004; *Strategia Nazionale sulla Biodiversità del Perú*; *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report 40190-PE, 2007; INEI-Censo 1993/CAAAP/El Ojo Verde-Cosmovisiones amazónicas, Aidesep, 2004; SANDS, Philippe and GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge 2004; FERRAJOLO, *La tutela giuridica delle zone umide*, nel *Codice delle aree protette*; DELLA FINA, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, in *Il sistema giuridico italiano delle aree protette*, cit.; RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001; SWANSON, Timothy, *Global Action for Biodiversity*, Earthscan, UK 1997; G. CARAGUSO, e S. MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993; V. DELLA FINA, *La tutela della biodiversità nell'ordinamento italiano*, in *Codice delle Aree Protette*, S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, G. SALBERNI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999; G. TAMBURELLI, *Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII della *Enciclopedia Giuridica*, Roma 2004; Informe GEO; *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007; *Andean Aenvironmental Agenda 2006-2010*, Comunidad Andina, 2nd Version, August 2007; *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, Comunidad Andina 2006.

LEGISLAZIONE SULLA POPOLAZIONE INDIGENA PERUVIANA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón LL.M.³⁷⁰

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine. – 3. Legislazione peruviana sulla protezione delle popolazioni indigene. – 4. Considerazioni finali.

1. Premessa

Il Perù è uno dei paesi con la maggiore diversità biologica del mondo, con un territorio enorme e diverso e con un'enorme ricchezza di risorse naturali. La tutela e l'uso della diversità biologica sono importanti nei paesi sudamericani, specialmente in Perù³⁷¹, nei settori della pesca, dell'agricoltura, dell'allevamento nonché nel settore forestale; come il valore sulle attività farmaceutiche, industriali ed il turismo³⁷². Residenti notevole molteplicità di culture: quattordici famiglie linguistiche, quarantaquattro etnie, di cui quarantadue dislocate in Amazzonia³⁷³. Queste popolazioni possiedono conoscenze importanti per quanto concerne l'uso e le proprietà delle specie naturali, le varietà di risorse genetiche e le tecniche di conservazione.

2. Il ruolo delle Comunità Native e Contadine.

La popolazione del Perù ha contribuito nell'antichità, attraverso la sua creatività, a diffondere un uso corretto della mega diversità esistente, nonché a creare nuove varietà vegetative e non rispettando l'ambiente. Essi si sono, infatti, dedicati alla coltivazione di patate, caucciù, guano, *quinua* che hanno utilizzato per curare e nutrire innumerevoli abitanti del mondo. Pertanto la diversità culturale può anche essere considerata frutto della Diversità Biologica. Attualmente vi è la tendenza a selezionare talune risorse naturali per poi riprodurle artificialmente. Occorre considerare che molti nativi Peruviani sono riusciti ad adattarsi al territorio ambientale circostante in cui poi hanno fissato le loro radici familiari e culturali. Come abbiamo già menzionato il Perù

370. Professore di diritto internazionale e diritto comparato nell'Università San Martín de Porres, Lima Perù. Artículo en publicación por el *Consiglio Nazionale di Ricerca d'Italia* a cura del primo ricercatore del ISGI-CNR Fabio Marcelli.

371. Il Perù ha un territorio di 1,285,216 km², in cui è presente un'impressionante ricchezza biologica e culturale. L'ampia zona costiera e marina, con correnti da sud a nord, e la Cordigliera delle Ande, che si sviluppa in direzione parallela al Pacifico, determinano vari ecosistemi, da quelli montagnosi fino agli umidi-tropicali e alla *tundra*. Le zone aride e semi umide del Perù si possono distinguere in boschi secchi (Tumbes, Piura, Lambayeque), colline (lungo tutta la costa), zone semiaride della Cordigliera delle Ande e la zona semi umida sul versante orientale (San Martín). In termini generali, il 55% del territorio ha clima tropicale, il 14% desertico, il 10% umido, il 18% boreale e il 13% d'alta montagna o *tundra*. Questo ventaglio di biomi configura le 84 zone di vita e le 17 transizioni (delle 104 esistenti nel mondo), otto province biogeografiche e tre grandi conche idrografiche che contengono 12.201 tra laghi e lagune, 1.007 fiumi e 3.044 ghiacciai. Vedi: Gobierno de Perù, *Biological Diversity in Peru. National Report*, Lima, dicembre 1997; DELGADO-RAMOS, Gian Carlo, *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*, Plaza y Valdés, México, 2004. Vedi anche: *Strategia Nazionale sulla Biodiversità del Perù*.

372. Vedi *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report 40190-PE, 2007, p. 11

373. La famiglia linguistica è un gruppo di lingue che hanno vincoli storici e derivano di una lingua più antica. Coprono più di una popolazione indigena. Tra le famiglie Linguistiche e gruppi etnici possiamo segnalare: a) *Arawak*: Amuesha (Yanasha), Ashaninka, Ashéninka, Caquinte, Culina, Nomatsiguenga, Machiguenga, Piro (Yine); b) *Cahuapana*: Chayahuita, Jebero; c) *Harakmbut*: Amarakaeri, Arazaire, Harakmbut, Huachipaire, Pukirieri, Toyoeri, Sapiteri; d) *Hutoto*: Andoque, Huiroto, Ocaina; e) *Jibaro*: Achuar, Aguaruna (awajun), Candoshi-Murato, Huambisha (Wampis), Jibaro, Shapra; f) *Pano*: Amahuaca, Capanahua, Cacataibo, Cashinahua, Chintonahua, Cujareño, Isconahua, Marínahua, Mastanahua, Mayo-pisabo, Mayoruna (Matsés), Morunahua, Nahua, Sharanahua, Sheteba, Shipibo-conibito, Yaminahua; g) *Peba Yahua*: Yahua; h) *Quechua*: Quechua (Lamas), Quechua (Napo), Quechua (No Esp.), Quechua (Pastaza); i) *Shimaco*: Urarina (Loreto); j) *Tacana*: Ese'Eja; k) *Ticuna* (Loreto); l) *Tucano Occidental*: Orejón (Mai Huna), Secoya; m) *Tupi-Guarani*: Cocama-cocamilla, Omagua; n) *Záparo*: Andoa, Arabela, Iquito. Vedi: INEI-Censo de 1993/CAAAP/El Ojo Verde-Cosmovisiones amazónicas, Aidesep, 2004.

possiede un'alta densità di culture. In esso possiamo individuare quattordici famiglie linguistiche e approssimativamente quarantaquattro etnie di cui quarantadue collocate in Amazzonia³⁷⁴. Queste popolazioni possiedono conoscenze importanti sull'uso e le caratteristiche delle varie specie vegetali e animali, nonché sulle diversità delle risorse genetiche e sulle tecniche relative alla loro conservazione³⁷⁵.

3. *Legislazione peruviana sulla protezione delle popolazioni indigene*

La protezione delle comunità native e contadine in Perù inizia con la Costituzione Politica che agli artt. 88-89 parla delle comunità native e contadine. Ex art. 89: "*Le Comunità Contadine e Native hanno esistenza legale e sono persone giuridiche. Sono autonome nella sua organizzazione, lavoro comunale, nei suoi usi e la libera disposizione delle sue terre, come nell'aspetto economico e amministrativo, dentro del marco che la legge stabilisce. La proprietà delle sue terre è imprescrittibile, salvo nel caso d'abbandono previsto nell'articolo 88 della Costituzione. Lo Stato rispetta l'identità culturale delle Comunità Contadine e Native*". L'art. 88 sancisce che: "*Lo Stato appoggia prevalentemente lo sviluppo agricolo, garantisce il diritto di proprietà della terra privata o comunale o in qualsiasi altra forma associativa. La legge può stabilire il limite e l'estensione della terra secondo le peculiarità proprie di ogni zona*". Le terre abbandonate per legge, diventano di dominio dello Stato in seguito alla loro acquisizione³⁷⁶.

Oltre alla Costituzione Politica il Perù ha ratificato la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native³⁷⁷ con cui si è riconosciuto formalmente che tutti i popoli contribuiscono alla diversità ed alla ricchezza delle civiltà e delle culture e che contribuiscono al patrimonio comune dell'umanità.

Tra la legislazione peruviana maggiormente rilevante per le comunità native e contadine, nonché per l'ambiente possiamo citare la *Legge sulla Conservazione e l'Uso Sostenibile della Diversità Biologica*, Legge n. 26839. Detta Legge riconosce l'importanza del valore delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità contadine e native per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica³⁷⁸. In quanto alla protezione delle conoscenze collettive delle comunità native e contadine, la protezione viene data dalla Legge n. 27811, *Legge che*

374. Sui progetti di gestione dell'ambiente da parte delle popolazioni indigene vedi: *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007.

375. Vedi *Strategia sulla Biodiversità* en <http://www.conam.gob.pe/ends/base.htm>

376. Costituzione Politica del Perù del 1993. Già la *Legge generale di Comunidades Campesinas* Legge n 24656 del 13 aprile del 1987 dichiarava la necessità nazionale e l'interesse sociale e culturale allo sviluppo integrale delle Comunità Native e Contadine. Con tale legge lo Stato ha riconosciuto dette comunità istituzioni democratiche fondamentali, autonome nella loro organizzazione, nel lavoro comunale e nell'uso della terra, così come negli aspetti economici ed amministrativi all'interno del quadro costituzionale.

La Costituzione del 1974 parlava anche delle *Comunidades campesinas y nativas* nel Capitolo VIII, articolo 169: "*Le Comunità Contadine e Native sono legalmente riconosciute. Esse hanno la piena autonomia nell'organizzazione dell'organizzazione del lavoro di comunità, nonché nell'uso della terra e nella gestione degli aspetti amministrativi, economici e legali. La Nazione rispetta e protegge le proprie tradizioni e induce al superamento culturale degli appartenenti a codeste comunità*". Ex art. 162: "*Lo Stato promuove lo sviluppo integrale delle comunità contadine e native. La creazione di imprese comunali e cooperative*". Ex art. 163: "*Le terre delle comunità contadine e native sono inalienabili salvo legge speciale basata sull'interesse della comunità e la previa sollecitazione da parte dei due terzi dei membri della comunità*".

377. Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native del 13 settembre 2007. Vedi anche *Republic of Peru Environmental Sustainability: a Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007.

378. Vedi Art. 23 della Legge n. 26839 sulle *comunidades nativas y campesinas* con cui si riconosce l'importanza del valore delle conoscenze, innovazioni e pratiche delle comunità contadine e native per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica. Si riconosce la necessità di proteggere queste conoscenze e stabilire meccanismi per promuovere l'uso con il consenso informato delle comunità, garantendo la distribuzione giusta ed equitativa dei benefici derivati dal suo uso.

*stabilisce il regime di protezione delle conoscenze collettive delle popolazioni indigene vincolate alle risorse biologiche*³⁷⁹. In Perù in questo periodo si presenta il problema dell'investimento del capitale proveniente dall'estero che il governo utilizza per promuovere lo sviluppo dell'attività economica nelle terre del territorio nazionale anche se in contrasto con le realtà proprie delle comunità native e contadine. Per proteggere il razionale sviluppo delle comunità native e contadine mediante la politica economica nazionale è stata emanata la *Legge sull'investimento privato nello sviluppo delle attività economiche nelle terre del territorio nazionale e nelle comunità contadine e native*³⁸⁰. Questa legge fa menzione al Registro delle conoscenze collettive delle comunità contadine e native. Questo registro è diviso in tre registri diversi: a) *Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas* (a carico d'INDECOPI³⁸¹); b) *Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*; c) *Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los pueblos Indígenas*.

 379. *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, Legge n. 27811. Si menziona tra gli aspetti più importanti: il riconoscimento dei diritti e la facoltà dei popoli e delle comunità indigene di decidere sulle sue conoscenze collettive, si precisano le definizioni principali delle popolazioni indigene, le loro conoscenze collettive, ecc. Tra gli obiettivi principali della legge possiamo individuare: a) promuovere il rispetto, la protezione, la preservazione, l'applicazione e lo sviluppo delle conoscenze collettive della popolazione indigena; b) promuovere l'uso di queste conoscenze a beneficio delle popolazioni indigene e dell'umanità; c) promuovere il rafforzamento e lo sviluppo delle capacità delle popolazioni indigene e dei meccanismi tradizionalmente impiegati da loro per distribuire i benefici generati collettivamente all'interno del quadro del presente regime normativo; d) evitare che si concedano patenti per invenzioni ottenute o sviluppate grazie alle conoscenze collettive delle popolazioni indigene del Perù.

Si menzionano anche le condizioni per l'accesso alle conoscenze collettive, come la previa sollecitazione del consenso informato da parte dell'organismo rappresentativo delle popolazioni indigene che possiedono una conoscenza scientifica. L'informazione deve essere proporzionata alle risorse biologiche su cui verte la conoscenza collettiva.

380. *Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*; Legge n. 26505. La presente legge stabilisce i principi generali necessari per promuovere l'investimento dei privati nello sviluppo dell'attività economica nelle terre del territorio nazionale e delle comunità native e contadine. Il regime giuridico delle terre agricole è regolato per il Codice Civile e per la presente Legge. Lo Stato garantisce a tutte le persone, naturali o giuridiche, l'accesso libero alla proprietà delle terre. L'art. 7 afferma che deve esistere un previo accordo con il proprietario delle terre per stabilire i diritti inerenti allo sfruttamento minerario. Nel caso in cui il deposito sia considerato d'interesse nazionale in accordo con il Consiglio dei Ministri, previa comunicazione al Ministero dell'Energia e Mine, il proprietario sarà anticipatamente ricompensato da parte del titolare del diritto di sfruttamento minerario attraverso il pagamento di una giusta somma a titolo di risarcimento. Le comunità delle zone costiere per vendere le loro terre, o per compiere qualsiasi altro atto dispositivo sulle stesse, devono in precedenza ottenere al loro favore il 50% dei voti dei membri presenti all'Assemblea all'uopo convocata, a differenza delle comunità delle Ande o dell'Amazzonia che hanno bisogno del 66.6 % dei voti.

L'articolo 8 menziona che il 10% del valore lordo delle vendite, prima delle tasse, sono destinate al Fondo per lo Sviluppo delle Popolazioni Indigene. Le parti possono stabilire una percentuale superiore in funzione del grado d'utilizzo o d'incorporazione diretta delle conoscenze nel prodotto finale restante. Le conoscenze collettive sono parte del patrimonio culturale delle popolazioni indigene e come tali sono inalienabili e imprescrittibili.

381. INDECOPI, *Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías*. Seconda Instanza *La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*.

Tutti i contratti di licenza devono essere iscritti nel registro preso l'INDECOPI. Tra i fattori più corretti c'è l'informazione aggiuntiva sulla valutazione dell'impatto ambientale, nel caso che si consideri l'esistenza del rischio di spezzare l'equilibrio ambientale nei territori in cui vivono le popolazioni indigene. A tutela di detto equilibrio il *Fondo per lo sviluppo delle popolazioni indigene*. L'ufficio incaricato del registro è l'Ufficio d'Invenzioni e Nuove Tecnologie. Detto ufficio ha le seguenti funzioni: a) mantenere un registro di conoscenze collettive delle popolazioni indigene, b) mantenere un registro di licenze e d'uso delle conoscenze collettive, c) valutare la validità dei contratti di licenze sulle conoscenze collettive delle popolazioni indigene tenendo conto dell'opinione del Consiglio specializzato nella protezione delle conoscenze indigene. (art. 64). Il Consiglio è specializzato nella protezione delle conoscenze indigene. Il Consiglio è composto di cinque persone specializzate in materia, di cui tre sono nominate dalle organizzazioni rappresentative delle popolazioni indigene e due nominate dalla Commissione Nazionale delle Popolazioni Andine, Amazzoniche e Afroperuviane. Tali persone una volta incaricate diverranno membri del Consiglio *ad honorem*.

Inoltre dobbiamo segnalare che il 29 maggio 2008 il Presidente della Repubblica crea due Decreti Legislativi: *a)* Decreto Legislativo che unifica la procedura delle comunità native e contadine delle Ande e l'Amazzonia con quelle della costa, per migliorare la loro competitività agraria³⁸²; *b)* il Decreto Legislativo che modifica la Legge d'investimento privato nello sviluppo delle attività economica nelle terre del territorio nazionale e delle comunità native e contadine³⁸³. Questi decreti crearono un riscontro tra le comunità native e il governo, visto che le popolazioni native segnalavano che i suoi territori volevano essere venduti, e la loro culture spariranno senza un supporto del governo. Vista la preoccupazione dalle Comunità Indigene Amazzoniche peruviane il Congresso della Repubblica deroga questi decreti il 22 settembre.

4. Considerazioni Finali

Le comunità Native e Contadine hanno una continuità storica con la società pre-ispana che si svilupparono sui loro territori prima delle invasioni, si considerano distinti dagli altri settori della società che ora sono predominanti su quei territori, o su parti di loro. Essi formano in questo momento, settori non dominanti della società e sono determinati a preservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni i loro territori ancestrali e la loro identità etnica quali basi della loro perdurante esistenza come popolo, in accordo con i propri modelli, istituzioni sociali e sistemi legislativi. In Perù esiste una frondosa legislazione per la protezione degli indigeni, vista la consapevolezza che esistono culture diverse e particolari, diffuse in ampi spazi, ed una biodiversità nelle zone tropicali, e visto il nostro legame storico alla cultura Inca³⁸⁴ e le altre culture che l'hanno preceduta.

382. Decreto Legislativo n. Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de las Comunidades Campesinas y Nativas de la Sierra y la Selva con las de la Costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria.

383. Decreto Legislativo n. 1073 Decreto Legislativo que modifica el literal b) del artículo 10 de la Ley n. 26505, Ley de Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo n. 1015. Art 10 *“Le comunità Native e Contadine devono regolarizzare la sua organizzazione comunale secondo i principi costituzionali e la Presente legge. Quando si riferisce alle terre di proprietà delle comunità Native e Contadine, l'ordinamento del diritto di proprietà si regolerà sotto questa normativa. a) per la compra da parte di possessori contadini sulle terre che possiedono per più di un anno, l'accordo d'assemblea generale della comunità deve essere di cinquanta percento dei contadini possessori con più di un anno; b) per la compra per i membri della comunità non possessori o terzi, si ha bisogno del cinquanta percento dei membri assistenti all'assemblea stabilita col quorum rispettivo”*.

384. Gli Incas erano dirigenti dell'impero americano più grande. Sulla fine del secolo XIV, l'impero iniziò a estendersi al di là della sua regione iniziale, Cuzco, al sud fino alle montagne andine di America del Sud. Gli Incas chiamavano al suo territorio *Tawantinsuyo*, in quechua significa quattro parti. L'impero inca finisce brutalmente con l'invasione spagnola guidata da Francisco Pizarro, nel 1532.

LEGISLAZIONE SULLA POPOLAZIONE INDIGENA PERUVIANA

BIBLIOGRAFÍA

DELGADO-RAMOS, Gian Carlo, *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*, Plaza y Valdés, México, 2004; *Strategia Nazionale sulla Biodiversità del Perú; Biological Diversity in Peru. National Report*, Lima, dicembre 1997; *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report 40190-PE, 2007; *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007; *a Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007; Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native del 13 settembre 2007.

PERÚ AND THE ENVIRONMENTAL PROTECTION OF ANTARCTICA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Peruvian adhesion to the Antarctic Treaty. - 3. Some legal issues concerning the ratification of the Madrid Protocol on the Protection of the Antarctic Environment. - 4. Implementation of the Madrid Protocol and its Annexes. - 5. Public entities created by the Peruvian Government. - 6. Peruvian National Antarctic Policy, programs and scientific research activities. - 7. The National Antarctic Policy. - 8. International cooperation and Peruvian participation to the Antarctic Treaty Consultative Meeting. - 9. Conclusions.

1. Introduction

Peruvian activities in Antarctica can be traced back to the colonial period, the first Peruvian team to reach Antarctica was the *Armada de la Mar del Sur* in 1603, directed by General Gabriel de Castilla, and the second was the *Real Armada San Telmo* in 1819, conducted by Brigadier Rosendo Polier, this vessel shipwrecked on one of the Shetland islands³⁸⁵.

After these missions there was a pause on the expeditions, there were only a small number of studies about the influence of polar currents in the Peruvian coast, among them can be mentioned: the study made by Luis Carranza in 1891, first president of the Geographical Society of Lima³⁸⁶, and the report about the rescue of the Norwegian explorer Otto Nordenskjold.

After World War One, the interest for Antarctica increased in Argentina and Chile, and many expeditions were organized to validate the interest on the South American Quadrant of the Continent. Argentina and Chile manifested the theory of the geographical continuity to Antarctica. The defense of Antarctica corresponded to the *Inter American Treaty of Mutual Assistance*³⁸⁷ (TIAR) signed in Río de Janeiro in 1947.

In 1959 the Washington Treaty on Antarctica was adopted³⁸⁸. Since then various acts have been adopted and currently the *Antarctic Treaty System* is a notion which includes the 1959 Antarctic Treaty, the 1972 *Convention for the Conservation of Antarctic Seals* (CCAS-1972), the *Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources* (CCAMLR, 1980); the 1991 *Madrid Protocol on the Protection of the Antarctic Environment and Its Annexes*³⁸⁹; and the 2004 *Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels* (ACAP),³⁹⁰.

* Professor of International and Comparative Law, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú. SAFIRE Fellow of the Italian CNR, at ISGI. Article published in: *The Antarctic Legal System, The Protection of the Environment of the Polar Regions*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 227-245. Edited by Gianfranco Tamburelli of ISGI-CNR, Rome.

385. See ORTIZ-SOTELO, J., *Inicio del Interés Antártico Peruano*, in *Derroteros de la Mar del Sur* N. 13, Lima-2005, pp. 105-112.

386. The *Sociedad Geográfica de Lima* is an institution founded by the President Andrés Avelino Cáceres in 1888, and has contributed to the development of scientific and academic research within the Peruvian society. www.geolima.org

387. The *Inter American Treaty of Mutual Assistance (Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca)* also called Convention of Mutual Defense, signed in Río de Janeiro, September 2, 1947. The area covered by the Convention includes the Americas and 300 miles from the coast. To the north, the region between Alaska, Greenland, and the Arctic Zone. To the South, the Antarctic regions, San Peter and San Paul Island and Trinidad Island. Perú is a signing party since 1947. Among the other signing parties: Argentina and Chile (1947).

388. The *Antarctic Treaty* (Washington, D.C., 15 October 1959) is the international compromise that was signed by 12 Countries in 1959; These 12 countries had at that time had Antarctic activities. This international treaty regulates the activities in the Antarctica. The Treaty is short, only 14 articles, but it has demonstrated to be a master piece for the solution of complex political and juridical problems that might arise in the Continent. The Treaty enters into force in 1961. Perú adheres to the Treaty on April 10, 1981, and through Supreme Decree N. 09-83-RE, creates the *Comisión Nacional de Asuntos Antárticos* (CONAAN), institution responsible of the Antarctic Activities (Secretary of Foreign affairs).

389. See FRANCONI, F., *L'attuazione internazionale del Protocollo di Madrid*, in *L'Evoluzione del Sistema Antartico*, a cura di MARCHISIO, S., and TAMBURELLI, G., Milano, 2001, pp. 19-31.

390 See MARCHISIO, S., *L'attuazione del Protocollo di Madrid nell'ordinamento italiano*, in *L'Evoluzione del Sistema*

Giving the importance of Antarctica for the Peruvian interest and the humanity, this article analyses the process of adherence to the *Antarctic Treaty*, to the *Madrid Protocol* and its Annexes and all the measures implemented in the Peruvian legislation in order to comply with the *Antarctic Treaty System*.

2. The Peruvian adhesion to the Antarctic Treaty

In 1948 the Chilean President, Gonzales de Videla, inaugurated a new Chilean base in Antarctica. This case generated an acid response of Great Britain. The most important Peruvian journal *El Comercio* adhered to the Chilean position and published the present head note: “Any intent of Great Britain to claim sovereignty over a zone claimed by Chile will be considered an aggression to America”³⁹¹. Argentina had the same problem with Great Britain and Australia, reaching an agreement in 1949³⁹², where the three nations decided to keep a *modus vivendi* that consisted in the prohibition to have war ships south of the 60° parallel.

Among the Peruvians that manifested that Perú had the right to sovereignty over Antarctica was Gonzalo Fernandez Puyo, Peruvian diplomat, who based his position in the same arguments of Chile and Argentina³⁹³, and also based his theory on the expedition of Pedro Fernandez de Quiros in 1605, searching the *Australia of the Holly Spirit*. Puyo evidenced three possible solutions to solve the Antarctic problem: a plural condominium, the application of the theory of the polar sector, and a mix of both proposals, establishing a Peruvian and Chilean condominium for the sectors of the 77° and the 90° west longitude³⁹⁴.

Other examples of the Peruvian claim of Antarctic sovereignty are the positions of major Edmundo Rey Rivero, defending theory of the *Polar Projection*, 1950³⁹⁵, and Manuel Medina Paredes, who in 1957 disserted his undergraduate thesis, in the *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, on *Rights of Perú over Antarctica*. It is important to clarify that until this period there was not an official position of Perú over Antarctica.

In the middle of the twentieth century, as a result of a growing interest of the world in the Antarctic continent, and the approval of the *Antarctic Treaty*, some Peruvian diplomats and navy officers started to study the Antarctica. In 1961, the Peruvian Navy sent its officers to participate in scientific expeditions to Antarctica; these missions were from Argentina, Brazil, Chile³⁹⁶, Germany³⁹⁷, New Zealand and the United States of America.

During the declaration of the Constituent Assembly of May 3, 1979, was made public for the first time the Peruvian interest for Antarctica, which is considered, attached to Perú for geographical and ecological factors, and for history. Was also announced that Perú, without

Antartico, a cura di MARCHISIO, S. and TAMBURELLI, G., Milano, 2001, p. 33-50, and, *The Implementation of the Madrid Protocol in the Italian Legal System*, in *The Antarctic System and Environmental Issues*, a cura di TAMBURELLI, G., Milano, 2006, pp. 147-162.

391. “Cualquier intento por apoderarse de la zona reclamada por Chile será considerada como una agresión a America”, in *El Comercio*, 19/2/1948, p.9.

See TIAR, Article 3.1 “The Contracting Parties declare that in any armed attack against an American Nation, will be considered as an attack against all American States, and as a result, each of the Contracting Parties is obligated to help against the attack, exercising the right to the legitimate defense, individual or collectively”, as recognized Art. 51, Chapter VII - Action with Respect to Treaties to the Peace, Breaches of the Peace and Acts – of the Charter of the United Nations.

392. *The Tripartite Naval Declaration*, see: SCHRAM STOKKE, O., and VIDAS, D., *Governing the Antarctic*, Cambridge University Press, England, 1996, p. 49. See also ORREGO-VICUNA, F., *Antarctic Conflict and International Cooperation*, p. 55 ss, in *Antarctic Treaty System: An Assessment*, National Academy Press, Washington D.C. 1986.

393. Theory of the American geographical continuity to Antarctica.

394. See ORTIZ-SOTELO, J., *Inicio del Interés Antártico Peruano*, in *Derroteros de la Mar del Sur* N. 13, Lima, 2005, pp. 105-112.

395. *Síntesis Monográfica del Antártico* (Lima, Servicio de Prensa, Propaganda y Publicaciones Militares, 1954).

396. ORTIZ-SOTELO, Lieutenant Juan Soria, traveled to Antarctica with Chilean expedition (1961-1962).

397. ORTIZ-SOTELO, The engineer Jorge Vasquez traveled with the German Expedition in the summer 1972-1973.

renouncing to its rights, will help to preserve Antarctica for the benefit of humanity, throughout the promotion of the rational and balanced exploitation of the natural resources of the Continent.

Perú has adhered to the Antarctic Treaty on April 10, 1981, through Presidential *Resolución Suprema*³⁹⁸ N. 0424³⁹⁹, and approved, afterwards, by the Congress with *Resolución Legislativa*⁴⁰⁰ N. 23307 on November 4, 1981.⁴⁰¹ Neither the Legislative Resolution nor the Supreme Resolution mentions any special measure to be taken in order to implement the Treaty⁴⁰². By signing the Treaty, Perú, recognized that the Treaty is the only valid legal instrument, and also recognized the faculty of the Treaty to create international law over Antarctica; Perú also manifested that will follow its contents and will not reivindicate Antarctic territory.

The *Antarctic Treaty* was ratified following the old Constitution July 12, 1979⁴⁰³. The Peruvian President based his ratification on Art. 104⁴⁰⁴ of the Constitution, allowing him to waive the prerequisite of the Congress approval, because the Treaty was a matter of presidential exclusive competence. This Article must be analyzed together with Art. 211, paragraph 14 of the Constitution, which confers the presidential prerogatives: “*To direct the foreign policy and the international relations, celebrate and ratify Treaties and Conventions, according to the Constitution*”. We can conclude that the *Antarctic Treaty* has followed all the steps provided for by the 1979 Constitution in order to be validly implemented to the Peruvian legislation, and became part of the national legislation, as Chapter V, Art. 101 enunciate: “*international treaties celebrated by Perú with other nations, become part of our national law*”.

Article 102 of the Peruvian Political Constitution establishes the prerequisite of the previous approval by the Congress⁴⁰⁵ of all international treaties: “*all international treaties have to be approved by the Congress before the Presidential ratification*”. This article does not collide with the dispositions of Art. 104, because the ratification of the Antarctic Treaty was considered an exclusive prerogative of the President and did not contain any clause that went against the Peruvian legislation⁴⁰⁶.

After manifesting interest in Antarctica through the adhesion to the *Antarctic Treaty* and due to its expeditions to the White Continent, Peru has been named Consultative Party to the Antarctic Treaty on October 9, 1989.

3. Some legal issues concerning the ratification of the Madrid Protocol on the Protection of the Antarctic Environment

Peru adhered to the Madrid Protocol on December 14, 1992, through *Decreto Ley* N.

398.The Peruvian President according to Art. 211 of the Peruvian Political Constitution of 1979 can emanate the *Resolución Suprema*; *Decretos legislativos* are emanated by the president, previous Congress delegation of faculties; *Decretos Supremos*: are the regular laws emanated by the president in the government activity.

399.Supreme Resolution of the 09 and 13 of July, 1981, sent to the Congress by the President with docket Number. 3-0-Y/06

400.The Peruvian Congress can emanate the following: *Resoluciones Legislativas and Leyes. Resolución Legislativa* (Legislative Resolution) is adopted by the Peruvian Congress, according to Art. 186 of the Peruvian Political Constitution of 1979.

401.Secretary of Foreign Affairs of Perú, <http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf>

402.The adhesion to the Treaty was made during the XI Consultative Meeting in Buenos Aires.

403.Constitution adopted under the Presidency of Fernando Belaunde Terry, after years of army governments.

404.The President can, celebrate or ratify international treaties with foreign States or international organizations, or adhere to them without the prerequisite of the Congress approval. He has only to inform the Congress afterwards.

405.Art. 102 of the 1979 Peruvian Constitution: “*All international treaties have to be approved by the Congress before the Presidential Ratification*”.

406.Art. 103 of the Peruvian Constitution “*When the international treaty contains a disposition that goes against a constitutional law, in this case the treaty has to be approved with the same process as to reform the Constitution, before being ratified by the President*”. In this case the *Antarctic Treaty* did not contain any clause that went against the Peruvian international public order or against the Constitution.

25950⁴⁰⁷; this Decreto ratifies the Protocol and its five annexes: Annex I: *Environmental Impact Assessment*, Annex II: *Conservation of Antarctic Flora and Fauna*, Annex III: *Waste Management Disposal*, Annex IV: *Marine Pollution*, Annex V: *Area Protection and Management*.

This *Decreto ley* enacted during the National Emergency and Reconstruction Government of Fujimori⁴⁰⁸, ratified the Madrid Protocol. The original aspect of this Decree is that copied the entire text of the Protocol and its Annexes⁴⁰⁹.

To analyze the legal value of the *Madrid Protocol* in Perú we have to consider that the *Decretos Leyes* in Perú are only enacted when there is a *de facto* Government, or during emergency situations⁴¹⁰. It is why this *Decreto Ley* does not have the approval of the Congress. Therefore, due of the political situation in Perú in 1992, all the treaties were ratified following this abbreviate procedure⁴¹¹, and did not followed what the Political Constitution of 1979 had established.

In 1993 President Alberto Fujimori enacted a new Constitution⁴¹². What is important to remark is that the 1993 Political Constitution includes a Declaration of the *Congreso Constituyente y Democrático*.⁴¹³ “*Peru is a country of the Austral hemisphere, related to Antarctica by its coasts that project towards Antarctica, as well as for ecological factors, and historical precedents, and by the rights and obligations as Consultative Party to the Antarctic Treaty, Peru will propitiate the conservation of Antarctica as a peaceful area dedicated to the scientific research, and to the actuation of an international regime that, without losing the rights of our Nation, will promote in benefit of humanity, the rational and aequa exploitation the Antarctic natural resources and insure the protection and preservation of the ecosystem of this Continent*”.

4. Implementation of the Madrid Protocol and its Annexes

In 2005 the ATCM held Stockholm, June 14, 2005 was adopted Measure 1 (2005) of Annex VI to the Antarctic Protocol on Environment Protection on: “*Liability for Environmental Emergencies*”⁴¹⁴, this Measure was approved by the Congress trough Legislative resolution 29055, of June 28, 2007 and afterwards ratified by the President⁴¹⁵with Supreme Decree N. 042-2007-RE, July 11, 2007.

407. *Decreto Ley* is an act adopted by the Peruvian President during a *de facto* government or during emergency situations. It has the legal value of a law emanated by the executive, without the previous intervention or authorization of the Congress or the Parliament. In some democratic regimes, as Perú at that time. In el *Diario Oficial el Peruano* December 14, 1992.

408. The Peruvian President Alberto Fujimori Fujimori, on April 5, 1992, dissolved the Senate and the Representative Chamber and established the *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*. Later creates a new Political Constitution Approved in 1993.

409. This style of reproducing the entire text of the treaty was done during the Emergency and National Reconstruction of President *Fujimori (1992-1993)*. The majority of the treaties were approved with *Decretos Leyes* and the whole treaty was transcribed in the text.

410. Until now there are many constitutionalists in Perú that do not recognize the value of the laws created by the Government during this period (1990-2000), inclusively some declare that the 1993 Constitution should be changed for the old Constitution of 1979.

411. All the Treaties ratified during the *National Emergency and Reconstruction Government*, as the Madrid Protocol, have all the validity in the internal legislation.

412. The 1993 Constitution, is the actual Constitution of Perú.

413. The President closed the Senate and the Representative Chamber, and created a Chamber Congress named el *Congreso Constituyente y Democrático*, (CCD). 1993.

414. This Annex sets rules governing who is liable for preventing and dealing with environmental emergencies arising from scientific research, tourism and other activities in the Antarctic Treaty area, such as logistic (shipping and aircraft) support. The aim of the Annex is to stipulate before anything goes wrong, who would be held responsible for cleaning up after an environmental emergency, and the legal avenues to respond to disaster. It also allows compensation to be claimed from the polluter if someone else has to clean.

415. Sent to the Congress trough Supreme Resolution N. 350-2006-RE.

The ratification process was made according to art. 56⁴¹⁶ and art. 102, paragraph 3 of the new Peruvian Constitution of 1993⁴¹⁷ and Art. 2⁴¹⁸ of the Law 26646⁴¹⁹. These articles settle the prerequisite of the approval of the treaties by the Congress prior to the presidential ratification and enumerates the following cases: 1. Human rights, 2. Sovereignty, or integrity of the territory, 3. National security, 4. Government budget, Treaties that create, modify or extinguish taxes; those that require modifications or abrogation of a law, and those that need special act of legislation for their implementation.

We can conclude that the ratification of the Annex VI to the Madrid Protocol is a case that fits with Article 56, paragraph 4 of the Constitution, because Annex VI needed a special act of legislation in order to be implemented by the Peruvian Government. Consequently, the ratification of the Annex complies with the internal legislation. Even though until now not all measures has been taken in order to implement the Annex. To demonstrate the legal value, we will make reference to the Law 26647, which establishes in Art. 2: “Treaties in matters that refer to Art. 56 have to be approved by the Congress, through Legislative Resolution, prior to the Presidential ratification, using a Supreme Decree”.

Peru started to follow the Protocol on Environmental Protection, valid since January 1998 and all Peruvian activities are described in a report on *environmental impact assessment* trying to create a guide to protect the Antarctic environment⁴²⁰. There have been many Peruvian activities in order to comply with the Madrid Protocol and its annexes (see the Information Paper on *Peruvian Activities bearing on Compliance with the Antarctic Treaty Protocol on Environmental Matters* (XXII ATCM/IP9), of April 1998.

The main environmental scientific activity is analyzed in the report: “*Evaluación ambiental inicial, mejoramiento operativo de la Estación Científica Antártica Machu Picchu, of November 2005*”⁴²¹. This is a study of environmental assessment, of the best practices of the operation of the Antarctic Scientific Station *Machu Picchu*, this document has been elaborated following the normative of Annex I of the Madrid Protocol⁴²². In order to develop scientific studies *in situ* Peru has established a Scientific Station, named *Machu Picchu* (ECAMP), located at *King George Island*, and it is used as a summer station, during the months of December and March. The infrastructure is composed of four modules: rooms, kitchen-dining room, force-and emergency room, and a heliport.

The activities projected in the station comprehend the installation of an incinerator⁴²³ and a compacting machine, designed for the destruction of solid residues generated on ECAMP, make bigger the force house to hold a bigger team; the installation of a laboratory module. These last activities have been made on the sixteenth Peruvian Expedition on the Antarctic: ANTAR 16, December to February 2005-2006.

All the scientific activities have been and will be develop according to the Art. 8⁴²⁴ of the *Madrid Protocol*, and taking in to account that those activities will be done on a reduced space.

416. Article 56 of the Peruvian Political Constitution, treaties have to be approved by the Congress prior to the Presidential ratification, when involves the following matters: a) Human Rights, b) Sovereignty, integrity of the territory, c) National Security, d) Government budget. Have to be approved by the Congress, treaties that create, modify or abrogate taxes; those which require modifications or derogations of laws, or these which need special legislation for its execution.

417. 1993 this Political Constitution replaces the 1979 Constitution.

418. Article 102 paragraph 3 of the Peruvian Political Constitution 1993 establishes the attributions of the Congress: “to approve treaties, according to the Constitution”.

419. Law 26647 *Ratification of the Peruvian Treaties*, June 26, 1996.

420. See: **Peruvian Activities bearing on Compliance with the Antarctic Treaty Protocol on Environmental Matters**, presented on (XXII ATCM/IP9) held in Tromsø, April 1998.

421. Document elaborated by the *Instituto Nacional Antártico Peruano* INAMPE, November 2005

422. *The Implementation of the Madrid Protocol in the Italian Legal System*, in *The Antarctic System and Environmental Issues*, a cura di TAMBURELLI, G., Milano, 2006, pp. 147-162.

423. **Incinerator installed during ANTAR XVII, December 27, 2006.**

424. See WATTS, A., *International Law and the Antarctic Treaty System*, Grotius, Cambridge 1992, p. 411.

In this area has already been previous human activity; these activities are directed to preserve the Antarctic environment and study the possible negative impact. This is why it has been decided to realize an initial environmental impact assessment study⁴²⁵. The activities are made on: *Ensenada Mackellar* of *King George Island*, one of the *Sethland* island on the South of the Antarctic Bay, with the following coordinates: 62°05.5' Latitude and 58°28.5 longitude west⁴²⁶.

5. *Public entities created by the Peruvian Government*

Following the ratification of the *Antarctic Treaty*, two institutions have been created by the Peruvian government to coordinate the Antarctic activities, first the National Commission of Antarctic Matters (*Comisión Nacional de Asuntos Antárticos* - CONAAN), in 1983, and the second that replaced the former: the Peruvian Antarctic Institute (*Instituto Antártico Peruano* - INANPE), in 2002.

The CONAAN⁴²⁷ was created on July 11, 1983 by Supreme Decree 9-83-RE, as the institution dedicated to formulate the National Policy on Antarctica. The CONAAN was a multilateral forum of coordination for the study and analysis of the legal, political, economic, and scientific presence of Peru in Antarctica, CONAAN had also advised the government on the formulation and execution of the National Antarctic Policy as well as its implementation. CONAAN⁴²⁸ has elaborated the Antarctic National Program, based on the National Antarctic Policy. The President and the Executive Secretary were officers of the Secretary of Foreign Affairs. CONAAN was divided in two sub commissions, one scientific and one logistic.

After 19 years of work, CONAAN proposed the National Antarctic Policy, which was adopted by the government by Supreme Decree N. 016-2002-RE of February 28, 2002⁴²⁹. Subsequently CONAAN presented to the Executive a law proposal to create the *Instituto Antártico Peruano*, in order to have an institution dedicated exclusively to safeguard the Peruvian interests in Antarctica. The 20th of November, 2002 was published, the Law 27870⁴³⁰. This Law restructures the CONAAN and creates el *Instituto Antártico Peruano* (INANPE), as a decentralized institution, as a legal person of public law, with scientific, technical, functional, economical and administrative autonomy, depending of the Secretary of Foreign Affairs.

Since the enactment of the Law 27870 the Peruvian Antarctic Institute is the entity encharged to formulate, coordinate, direct and supervise in an integral manner the National Antarctic Policy, policy that is the leading document that guides the public and private activities in Antarctica⁴³¹.

Among the objectives of the INANPE we can name the following: *a)* Promote the active participation of Peru in Antarctica; *b)* Preserve the use of Antarctica for peaceful purposes only; *c)* Contribute with the International Community to preserve the Antarctic Environment; *d)* Stimulate the Antarctic scientific research in order to contribute to the national development; *e)* Encourage the Antarctic knowledge, working together with universities, research centers and others; *f)*

425. See VIDAS, D., "The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: A Ten-Year Review", in Olav SCHRAM STOKKE and Øystein B. THOMMESSEN (eds.), *Yearbook of International Co-operation on Environment and Development* (London: Earthscan Publications 2002/2003), 51–6.

426. See: *Evaluación Ambiental Inicial del Mejoramiento Operativo de la Estación Científica Antártica Machu Picchu*, INANPE – 2005.

427. Secretary of Foreign Affairs.

428. The President and The Executive Secretary were officers of the Secretary of Foreign Affairs. CONAAN was divided in two sub commissions, one scientific and one logistic.

429. The National Antarctic Policy, approved by Supreme Decree 016-2002-RE.

430. Law N. 27870, *Ley del Instituto Antártico Peruano* – INANPE, in the Official Reporter of Perú "El Peruano" November 20, 2002.

431. Arts. 1-2 of the Law N. 27870, *Ley del Instituto Antártico Peruano* – INANPE.

Promote the international cooperation with the Countries that are part of the Antarctic Treaty, with countries with common interest in the area, and with International Organizations⁴³².

The Law 27870 establishes the following functions for INAMPE⁴³³: *a)* To formulate, direct, evaluate the Antarctic National Policy⁴³⁴; *b)* Formulate and actuate the Antarctic National Plan; *c)* Promote, coordinate, organize and direct scientific and logistic activities considered in the Antarctic National Plan, taking into consideration the laws about Antarctic environmental protection and its associated and dependant ecosystems; *d)* Administrate and maintain the scientific stations, and facilities that Peru might establish in the Antarctic Continent; *e)* Recommend, when necessary, the implementation of laws to carry out the Antarctic National Policy; *f)* Authorize the Antarctic activities proposed by public and private entities, verifying the concordance with the National Antarctic Policy; *g)* Elaborate the annual budget for the normal development of the Commission; *h)* Encourage on a national level the Antarctic knowledge; *i)* Establish and maintain institutional relations with institutions of other Nations; *j)* Administrate the resources that the government confers to finance its activities, and administrate its own resources or donations, as well as create foundations for the sustainability of the Antarctic activities; *k)* Obtain technical, logistic, and financial assistance trough international cooperation, that will permit the adequate development of the Antarctic Plan.

6. Peruvian National Antarctic Plan, Programs and Research Activities

Due to the work of INANPE, and to its prerogatives established on the National Antarctic Plan⁴³⁵, on February 27, 2002 through Supreme Decree 016-2002-RE, the Peruvian National Antarctic Policy was established. The main reason of this Decree was to settle the objectives for the Antarctic Plan. The two basic objectives are: the consolidation of the active and permanent presence of Peru in Antarctica and to continue as Consultative Party of the Antarctic Treaty.

The main aspects of the policy are: *a)* Adequate and improve the public institutions in Antarctic matters, to the developments of this decade; *b)* Promote the participation of the public institutions and the civil society. Promote the diffusion of the importance of the Antarctica for Peru, and the formation of a national Antarctic mentality; *c)* Promote the research, with international standards, oriented to the new trends in the world; *d)* Have an adequate infrastructure and equipment to make possible the permanent presence of Peru in Antarctica for scientific activities.

Research Programs: Peru develops diverse Antarctic scientific activities. The most important activities in Antarctica are named ANTAR, and according with the National Policy, Peru has concluded seventeen scientific research missions to this region in the period between 1988 and 2007⁴³⁶.

ANTAR missions involve the following line of investigation: *a) Ocean Sciences:* Oceanography, Hidrography, Marine Biology, Retrospective analysis of the species in time; *b) Earth Sciences:* Glaciology, Mass Balance, Antarctic Paleontology, Paleonto climate, Hydrology, Magnetism, Geodesy; *c) Atmosphere Sciences and Space studies:* Meteorology and weather in Antarctica, Polar Aironomy, Climate Change, Antarctic Astronomy; *d) Environment:* Environmental impact assessment of the different kinds of life and projects. Permanent environmental surveillance, Environmental administration, and Environmental

432. See Art. 4 of the Law 27870. See Also the Law 28611 *General Environment Law*, October 12, 2005. This law does not make mention explicitly to Antarctica but all related articles can be applied.

433. INANPE is structured as follows: *a)* Directive Committee, *b)* Committee of Scientific Advisors, *c)* Executive Secretariat *d)* Direction of Science and Environment, and *e)* Direction of Operations.

434. The Peruvian National Antarctic Policy was established by Supreme Decree 016-2002-RE, February 27, 2002.

435. See the institutive law (27870),

436. The last Peruvian Mission to Antarctica, ANTAR XVII (2007) made research in four scientific fields: *Marine Biology, Environment, Climate Change, and Ozone Layer*. www.surnoticias.com

sensibilization; e) *life Science*: Human Science, Earth Biodiversity; f) *Engineering and Technology*: Data base of geographical information, Satellite technology application on research fields, Alternative energy use.

The last Peruvian missions to Antarctica aimed four of the six fields determined for the research: *Ocean Science*; *Earth Science*; *Atmospheric Space*; and *Environment*. Relating the activities concerning the environment, there has been a valuable amount of work in order to comply with the *Madrid Protocol*⁴³⁷.

In order to facilitate the research, Peru has a vessel that dedicates exclusively to scientific research. The vessel name is “*Buque de Investigación Científica HUMBOLDT*”, and has participated on most of the Peruvian Antarctic expeditions, helping enormously in the logistic and scientific work. The BIC HUMBOLDT makes an annual trip to Antarctica transporting national and foreign scientist, researchers, and personal with the task of the logistic work, in order to keep and rehabilitate the *Machu Picchu* station, graduating university students and international journalists⁴³⁸. The total trip takes 15 days. This ship has the main mission to preserve the Antarctic environment and to comply with the *Madrid Protocol*, on garbage disposal. The vessel can also serve as a search and rescue ship in emergency situations⁴³⁹.

7. *The National Antarctic Policy*

The Environmental Protection of the Antarctic Environment is the Objective 2 of the National Antarctic Policy, this objective is based on the Supreme Decree 016-2002-RE, of February 12, 2002⁴⁴⁰. In order to follow this objective, the policy gives us the following directives: a) consider the Antarctic environmental protection and its ecosystems, independent and associated, as the main aspect on the planning of the Antarctic activities. b) develop studies that will help understand the influence of the ecological and climate process in Antarctica. c) keep a vigilant aptitude for any intent of the establishment of an exploitation regime of Antarctic minerals. d) propitiate the permanent presence of environmental development on marine living resources in Antarctica and insure its protection.

The National Antarctic Policy establishes strategies for each policy; among them we will mention the more relevant: a) Incentive the total actuation of the Antarctic and its annexes, because of the value of the Antarctic as habitat for wild life, pristine state, extraordinary beauty value and as area for scientific research. b) Develop an active participation on the *Environmental Protection Committee* (CEP). c) Incentive national researchers to develop and participate on international researches on climate change on Antarctica. d). Keep the prohibition on all exploitation activities of mineral resources of Antarctica, for environmental reasons and for the protection of the national economy. e) Contribute and collaborate with the activities of the *Commission for the Conservation of Antarctic Marine Resources*. (CCMLR).

437. ANTAR XV (2003- 2004). *Ocean Science*: Hydro-Oceanographic Project, its objective was to monitor the ocean conditions, in order to enrich de data base, and to have better comprehension of the behavior of the main characteristics of the ocean, ocean currents, temperature, and salinity of MacKellar. *Earth Science*: Glaciology Project, carried out with the University of Masaryk, the main objective is to determine the movement of the glacier zone in Antarctica. *Atmospheric Space*: Meteorological data has been taken with the intention to create a data bank, in order establish mathematical forecasts of the weather in Antarctica.

438. The BIC HUMBOLDT departs from the *Base Naval del Callao (Lima-Perú)*, stops for technical reasons in the harbors of *Valparaiso and Punta Arenas (Chile)*, afterwards goes directly to King George Island on Antarctica.

439. *Ship for scientific research* –Driver: Navy Industrial Service (SIMA PERU). – Year of Construction: 1979. - Measure: 76.20 mts. - Speed: 14 Nods. - Capacity: 100 persons - Classification: Germanischer Lloyd – Research fishing ship - Helmet: reinforced front to navigate in Antarctic waters. INANPE.

440. Supreme Decree 016-2002-RE, February 2002, Peruvian National Antarctic Policy.

8. *International Cooperation and Peruvian Participation to the Antarctic Treaty Consultative Meeting*

Peru has signed cooperation agreements in Antarctic matters with Germany, about scientific and logistic cooperation with CONAAN in March, 2002; in 2002 there was an agreement with New Zealand, for ANTAR XIII e XIV; the Czech Republic signed an agreement for the Antarctic research for ANTAR XV, March 4, 2002; with South Korea was signed an agreement about Krill research in 1996. India and Peru concluded an agreement about Antarctic interchange of Antarctic Scientist in May, 1997. China collaborated with Peru on Scientific matters, logistics and technology in a project about biodiversity, this project received the name of “*The Great Wall*”, in November, 2002. among the agreements signed with Latin American countries we can mention the following: the agreement signed with Argentina, about scientific, logistic and environmental matters in 2001; with Uruguay, for the scientific and logistic collaboration in Antarctic matters, in May 1998; with Ecuador, on research and technology projects on Antarctica; with Chile for logistic support on the scientific missions, in august 1996; with Canada in 2003.

In order to analyze the Peruvian research in Antarctic matters we have studied the participation of Peru to the Antarctic Treaty Consultative Meetings through the Information Papers presented to the ATCM meetings to the Antarctic Secretariat, starting from the XXIII ATCM held in Lima-Peru (1999)⁴⁴¹. This is the year where most information documents have been presented by Peru to the ATCM. Among the studies made by Peru we can mention the information papers that contain these studies, for example the Fauna and Flora Report of ANTAR IX and X, in compliance with Annex II to the Madrid Protocol. The Information Paper regarding the Program developed by Peru about Environmental Protection in Antarctica during the Austral Summer 1999, in compliance to the Annex me and V to the Madrid Protocol.

At the XXIV ATCM held in San Petersburg⁴⁴² (9-20 July 2001), the most important document presented was the Annual Report according to Art. 17 of the Madrid Protocol for the period 2000-2001. At the XXV ATCM - CEP V, Warsaw 10 - 20 September 2002⁴⁴³. Peru informed about the Thirteenth Scientific Mission to Antarctica, and that was implemented the Research Program, elaborated by the National Council of Science and Technology (CONCITEC)⁴⁴⁴, named “PROANTARCYT 2002-2007, that involved scientific projects, independent and systematic, for a period of five years. In the XXVI ATCM - CEP VI held in Madrid, (June 9 – 20, 2003), Perú presented the Annual Report on the Antarctic activities for the period 2002-2003⁴⁴⁵. At the XXVII ATCM - CEP VII, held in Cape Town, from

441. XXIII ATCM held in Lima-Perú from May 24 to June 4, 1999, were presented the following Information Papers:

a) *Measures on Response on Environmental Emergencies and Contingency Plans formulated for Scientific Station “Machu Picchu.”*; b) *Fauna and Flora information of ANTAR IX y X of Perú.*; c) *Preliminary Report about Meteorology aspects – Austral Summer 1998 / 1999*; d) *Environmental Radioactivity in the Peruvian Antarctic Scientific Station “Machu Picchu.”*; e) *Information about the Program of Marine Sciences of Peru, during the Austral Summer.*; f) *Preliminary Report of Physic and Dynamic Oceanography in Bransfield bay - Austral Summer 1998 – 1999.*; g) *Preliminary Report on Human Biology Austral Summer 1998/1999.*; h) *Information about the Program developed by Perú about Environmental Protection in Antarctica during the Austral Summer 1999.* i) *X Scientific Expedition – Perú ANTAR X Austral Summer 1998 – 1999*; j) *XI Peruvian Scientific Antarctic Expedition – Perú ANTAR XI*; k) *Antarctica: Educational Permanent Subject since 1999.* l. Opening Brief of the Ambassador Urrutia Chief of the Peruvian Delegation to the XXIII Consultative Meeting of the Antarctic Treaty.

442. Were presented the following documents: *Report on the organization of the XXIII ATCM in Lima May 24- June 4, 1999. Report on the Activities developed in Antarctica for the period 2000-2001, The Annual Report according to Art. 17 of the Madrid Protocol for the period 2000-2001.*

443. Most Important Activities carried out by Perú on Antarctic Matters for the period 2001 – 2002

444. CONCITEC, *Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica*, Is the Peruvian public institution that carries out the main research plans of the Nation. <http://concytec.gob.pe>

445. See: Final Report of the XXVI Antarctic Consultative Meeting, Madrid, Spain, 9/20. June.2003.

May to June 4, 2004⁴⁴⁶, was presented the amendments to the rules of the proceeding of the Consultative Meetings to the Antarctic Treaty (RCTA). Peru also informed about the main activities in Antarctica during the summer 2003-2004, in compliance with Article III of the Antarctic Treaty, about the information exchange. INANPE declares that all the activities have developed taking in to consideration the Antarctic Protocol on Environmental Protection and its Annexes. At the XXVIII ATCM - CEP VIII, held in Stoccolm from June 6 – 17, 2005⁴⁴⁷. Was presented a proposal in order to amend the rules of Procedure (2004); this proposal was presented together with Australia, Germany, Japan, United Kingdom and United States. In the XXIX ATCM - CEP IX, held in Edinburgh: from June 12 to the 23rd, 2006⁴⁴⁸ was presented together with Brazil, United and United States a detailed Management Plan of a Specially Managed Area, the plan complies with the five annexes to the Madrid Protocol and makes historical reference of the scientific activities during the last 30 years. XXX ATCM – CEP X, held in New Delhi⁴⁴⁹, April 30 to May 11, 2007⁴⁵⁰ where the most important document is the information paper where Peru informs to the ATCM that will ratify Measure I to the Annex VI to the Madrid Protocol on Liability for Environmental Emergencies⁴⁵¹.

9. Conclusions

The Peruvian national provisions that ratify the Antarctic Treaty, the Madrid Protocol and its Annexes, do not specify, neither integrate the Treaty rules, nor define the general legal concepts or provide a competent authority for issuing norms of a lower level, as regulations to implement these provisions. The Peruvian legislation only limits to approve the *Antarctic Treaty*, the *Madrid Protocol* and its five Annexes or Annex VI, limiting to mention the articles of the Political Constitutions that confer the power to the President or the Congress in order to approve or ratify the Treaty.

Analyzing the *General Environment Law*⁴⁵², the *Frame Law of the National Environmental Management*⁴⁵³ and its *By-Laws*⁴⁵⁴, we can conclude that none of these laws take in to consideration Antarctica. Giving that these laws are relatively new; they should include Antarctica as one

446. a) *Most Important Activities carried out by Perú on Antarctic Matters for the period 2003-2004*; b) Amendments to the Procedural Rules of the Consultative Meetings to the Antarctic Treaty.

447. *Proposed amendments to the Rules of Procedure (2004)*.

448. *Review of the Admiralty Bay Antarctic Specially Managed Area Management Plan (ASMA No 1)*.

449. XXX ATCM, 30 April-11 May 2007, New Delhi, 5 documents. XXIX ATCM, 12-23 June 2006, Edinburgh, 2 documents. XXVIII ATCM, 6-17 June 2005, Stockholm, 1 document. XXVII ATCM, 24 May-4 June 2004, Cape Town, 2 documents. XXVI ATCM, 9-20 June 2003, Madrid, 1 document. XXV ATCM, 10-20 September 2002, Warsaw, 2 documents. XXIV ATCM, 9-20 July 2001, St. Petersburg, 2 documents. XXIII ATCM, 24 May-4 June 1999, Lima, 12 documents.

450. The Information Papers presented in this meeting were the following:

a) Federal Ministry for the Environment Nature Conservation and Nuclear Safety, Berlin, Germany, This Information Paper presented by Belgium, France, Holland, Perú, Russia, UK and Ukraine. In this workshop the topics were the following: a) *National procedures for assessing and / or authorizing activities in Antarctica*; b) *Implementation of ATCM measures, resolutions and decisions, e.g. site-specific guidelines, etc., at the national level*; c) *Co-ordination of the assessment and / or authorizing process with respect to multilateral activities, e.g. in case of Article 8 (4) of the Environmental Protocol, etc.; Assessment of hydro acoustic and seismic activities / categorization according to the provisions of the Environmental Protocol*.

b) Admiralty Bay Antarctic Specially Managed Area (ASMA No. 1) Management Group Report, presented with Brazil, Ecuador, Perú, Poland, United States.

c) Scientific Research Period 2006-2007 (Summer Season)

d) Annual Report of Perú according to Art. 17 of the *Madrid Protocol*.

e) A Monitoring Program for the Admiralty Bay Antarctic Specially Managed Area (ASMA N° 1)

451. Ratified on July 2004 by Supreme Decree N. 042-2007-RE, and the Law 26647.

452. Law 28611 *General Environment Law*, October 12, 2005

453. Law 28245 *Frame Law of the National Environmental Management*, June 08, 2004

454. Supreme Decree 008-2005-PCM, *By-Law of the Law 28245 "Frame Law of the National Environmental Management*. January 28, 2005"

of the sub chapters, moreover taking into account that the new Political Constitution of 1993 contains the *Antarctic declaration*.

In order to consolidate the active and permanent presence of Peru in Antarctica, the Peruvian government has to promote the research in Antarctic matters, encouraging universities, professors and researchers to investigate and to study in foreign Universities and in specialized Research Institutes. This labor has to be done in a partnership with INANPE, CONCYTEC and the Peruvian Universities in order to create a net of international partners, with the purpose of having international assistance in the research programs.

Peru in order to continue as a Consultative Party to the Treaty has to maintain the scientific missions to Antarctica (ANTAR) and comply with all the *Antarctic Treaty System* Legislation.

PERÚ AND THE ENVIRONMENTAL PROTECTION OF ANTARCTICA

BIBLIOGRAFÍA

ORTIZ-SOTELO, J., *Inicio del Interés Antártico Peruano*, in *Derroteros de la Mar del Sur* N. 13, Lima-2005; FRANCONI, F., *L'attuazione internazionale del Protocollo di Madrid*, in *L'Evoluzione del Sistema Antartico*, a cura di MARCHISIO, S., and TAMBURELLI, G., Milano, 2001; *El Comercio*, 19/2/1948; SCHRAM STOKKE, O., and VIDAS, D., *Governing the Antarctic*, Cambridge University Press, England, 1996; ORREGO-VICUNA, F., *Antarctic Conflict and International Cooperation*, p. 55 ss, in *Antarctic Treaty System: An Assessment*, National Academy Press, Washington D.C. 1986; *Síntesis Monográfica del Antártico* (Lima, Servicio de Prensa, Propaganda y Publicaciones Militares, 1954); Peruvian Activities bearing on Compliance with the Antarctic Treaty Protocol on Environmental Matters, presented on (XXII ATCM/IP9) held in Tromso, April 1998; *The Implementation of the Madrid Protocol in the Italian Legal System*, in *The Antarctic System and Environmental Issues*, a cura di TAMBURELLI, G., Milano, 2006; WATTS, A., *International Law and the Antarctic Treaty System*, Grotius, Cambridge 1992; VIDAS, D., "The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: A Ten-Year Review", in Olav Schram Stokke and Øystein B. Thommessen (eds.), *Yearbook of International Co-operation on Environment and Development* (London: Earthscan Publications 2002/2003); *Evaluación Ambiental Inicial del Mejoramiento Operativo de la Estación Científica Antártica Machu Picchu, INAMPE – 2005*; Final Report of the XXVI Antarctic Consultative Meeting, Madrid, Spain, 9/20. June.2003; *Review of the Admiralty Bay Antarctic Specially Managed Area Management Plan (ASMA No 1)*; *The Antarctic legal system and environmental issues* / edited by Gianfranco Tamburelli. - Milano : Giuffrè, 2006; BARGAGLI, Roberto, *Antarctic ecosystems: environmental contamination, climate change, and human impact*, Springer, Berlin 2005; VIGNI, Patrizia, *Concorrenza fra norme internazionali: il regime giuridico dell'Antartide nel contesto globale*, Giuffrè, Milano2005; PRESTON, Diana, Scott, *l'eroe dei ghiacci. La pagina più tragica e affascinante della grande corsa all'Antartide* Preston. Mondadori, Milano 2000; DODDS, Klaus, *Geopolitics in Antarctica: views from the southern oceanic rim*, J. Wiley & Sons, 1997; TAYLOR, Barbara, *Artico e antartico*, Istituto geografico De Agostini, Novara1995; PINESCHI, Laura, *La protezione dell'ambiente in Antartide*, CEDAM, Padova : 1993; BERMEJO, Romualdo, *L'Antarctique et ses ressources minerales: le nouveau cadre juridique*, Presses universitaires de France, 1990.

CORTES ESPECIALIZADAS DE COMERCIO

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El derecho comercial y las cortes de comercio en Roma. – 3. Rol del magistrado. – 4. *Tribunaux du Commerce* Francés. – 5. Cortes de comercio en los Estados Unidos. – 6. La Corte de Comercio para Casos Complejos de Carolina del Norte; selección de casos; otros desarrollos en la corte de negocios de Carolina del Norte; jurisdicción; tecnología en las cortes de negocios de Carolina del Norte. – 7. La Corte de Cancillería y la Corte Superior de Delaware; Procedimiento sumario en la Corte Superior; creación de la jurisdicción tecnológica en la Corte de Cancillería; Comparaciones jurisdiccionales. – 8. La empresa en los Estados Unidos. – 9. Otros ejemplos de cortes de comercio a nivel internacional; Corte Comercial Argentina, Francia; Bélgica; Alemania. – 11. Críticas a las cortes especializadas en comercio. – 12. Perú; Historia. – 13. Conclusiones.

1. Introducción

El presente capítulo analizará las cortes comerciales más importantes del mundo, así como el aspecto histórico de su creación y evolución, hasta llegar al las cortes modelo para nuestra tesis: las Cortes de Delaware y Carolina del Norte. El análisis servirá para precisar su competencia y conformación, así como el beneficio obtenido por parte de los Estados que crearon una corte comercial con las características que propendremos.

2. El derecho comercial y las cortes de comercio en Roma

El derecho Comercial en Roma en su origen no se distinguió del civil; ni los juristas diferenciaron el acto civil del acto de comercio⁴⁵⁵. El pueblo romano como señalamos promovió el comercio e inclusive el pretor peregrino mediante el *ius honorum* legaliza la labor comercial de los esclavos instituidos para realizar labor comercial, adaptando la legislación romana a los usos y costumbres imperantes. Hasta que con el paso de los años Roma se convierte en un poderío político, militar y económico que llega a conquistar Europa, África, Asia, etc.

De otro lado, el derecho romano adquirió, por obra del pretor, flexibilidad, que le permitió adaptarse a las necesidades de la contratación. Como *Ius Gentium*, rigió en las relaciones con todos los pueblos incluyendo a los de intensa actividad comercial. Sin embargo, ciertas reglas propias del tráfico comercial marítimo aplicadas en Roma no fueron producto de elaboración de los juristas romanos, sino de la adaptación de leyes de otros pueblos. Así ocurrió con la ley

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

455. La discusión doctrinaria sobre los actos de comercio, teoría objetiva y teoría subjetiva ha sido abordada por los juristas a nivel mundial. El Código de Comercio del Perú en su art. 1 “*Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código*”; adoptando de esta manera la teoría objetiva. Ver también: BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 33-40; en la Edad Media eran los comerciantes quienes realizaban determinados actos mercantiles, pero luego se varía a la teoría objetiva plasmada en las Ordenanzas de Colbert del año 1673, el Código de Comercio napoleónico de 1807, el español de 1829, el alemán de 1861 y el italiano de 1882. Véase Además: GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. I, Themis, Bogotá 1999, pp. 14-16. OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 54-55. JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001, pp. 42-43. DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 53-60. En cuanto a actos civiles y actos de comercio, el derecho italiano ha realizado una acción a la vanguardia a nivel internacional en su código de 1942, ha unificado el código civil con la legislación comercial. Incluyendo en su normatividad temas comerciales, como sociedades, temas laborales, cooperativas etc.

Rodas de “la echazón”⁴⁵⁶ incorporada en el Digesto, en la que se establecía que los daños y gastos ocasionados deliberadamente para salvar la nave, efectuados en proyecto de todos los interesados en la expedición marítima, debían ser de responsabilidad común. Estas reglas, surgidas en los usos comerciales, pasaron a las legislaciones.

Las leyes Rodas⁴⁵⁷ solo fueron incorporadas parcialmente al derecho romano en los aspectos ya indicados, pues su contenido era más amplio y comprendía importantes materias del derecho marítimo, como eran las referentes a robos y riñas ocurridas a bordo, arribada forzosa, fletamento, responsabilidad de los cargadores, prestamos marítimos asociaciones, contribución de averías de efectos y mercaderías y otros. De las Leyes de Rodas tomaron los romanos, igualmente, las acciones *exersitoria* e *institutoria*. En virtud de ellas, el que ha contratado con el capitán de la nave puede demandar al propietario por lo actos del capitán o de responsabilidad de éste o de quien lo sustituye, por reputarse que existe una relación de mandato, o una autorización para la sustitución de persona⁴⁵⁸.

La utilidad del procedimiento se hizo sentir en Roma en toda sociedad el día en que la justicia social sustituye a la justicia privada. Durante un periodo, los ciudadanos romanos conservaron el derecho de hacerse justicia, a condición de hacerlo con formas, pero al mismo tiempo la autoridad social limitaba estrictamente los casos en que era lícita dicha justicia privada envuelta en formas solemnes. Ella se admitió hasta cierta época, siempre que se tratase de una legítima defensa⁴⁵⁹. La organización del procedimiento cambió en el derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento civil. El primero data del Antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de La República, 509 antes de J.C., hasta la época de los GRACO, 150 antes de J.C. es un sistema oral y formalista llamado Acciones de La Ley.

El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que domina en la época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollaron dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal. El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (DIOCLECIANO-CONSTANTINO).

La organización del procedimiento cambió en el Derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento. El primero data del Antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de la República, 509 andes de J.C., hasta la época de los GRACO, 150 antes de J.C. Es un sistema oral y formalista llamado Acciones de la

456. Parte de las constancias que se tienen en las *Leyes Rodas* respecto al comercio marítimo son figuras como “la echazón”, es decir, aquel reparto equitativo o proporcional entre todos aquellos interesados en la suerte de un buque, respecto del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlos.

457. Analizar las leyes de Rodas; en las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y de Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional. Cada ciudad griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de ágora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Habían dos clases de ágoras una para las ventas al detalle y otra para las ventas al por mayor. El control de las ágoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo que se organizaban por la ley para ese fin.

458. MONTOTOYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9ª Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú. p. 52.

459. Sobre el procedimiento en Roma véase: D’ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona 1997, pp. 113-178. Véase también: ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 121-180. En cuanto a los romanistas peruanos ver: HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*. ob. cit., p. 131.

Ley. El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que dominaba en la época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollan dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (Diocleciano-Constantino)⁴⁶⁰.

3. *Rol del Magistrado*

El magistrado era el funcionario que regulaba el proceso. Sus funciones se resumen en el *Imperium* (atribuciones de mando relativas a la justicia civil) y la *Juridictio*, que comprende las facultades que posee un Magistrado en materia contenciosa resumidas en estas palabras: *do, dicto, abdicto* “*do*”, es el acto nombrando juez después del comparendo; “*dicto*”, es cuando el Magistrado dice a quien será atribuida la posesión provisional de la cosa hasta el fallo; y “*abdicto*”, cuando el Magistrado atribuye el objeto o prestación a la persona del demandante, en ausencia de una contradicción legítima.

Había, además, al fin de la República, Tribunales Permanentes, por ejemplo: *Triunviri* (en lo criminal); *Decenviri* (el estado de las personas), *Centuri* (política).

Puede creerse que la función del Magistrado en el proceso era modesta y, en todo caso, más limitada que la del Juez moderno. Es verdad que no le correspondía la dirección de todo el proceso hasta la sentencia, y su misión era solo procurar la constitución de un Tribunal Arbitral para las partes litigantes cuidando que los negocios se resolvieran por el procedimiento adecuado. La conclusión del proceso, propiamente, estaba en manos del juez o árbitro privado. Sin embargo, la resolución fundamental correspondía al Magistrado. Efectivamente, de su arbitrio dependía la admisión o inadmisibilidad de la demanda, de manera que si se negaba su concurso, el Tribunal Arbitral no podía constituirse y el demandante quedaba sin protección judicial. Contra esta realidad nada valía el hecho de que la ley acordase un recurso o derecho. El demandante quedaba sin protección judicial. El demandante lo único que podía hacer era ir donde otro magistrado, después de vencido un año, tiempo que duraba en funciones el magistrado que había negado su concurso.

Estas indicaciones nos demuestran la enorme importancia de la fase “*In Iure*”. Si las atribuciones de los magistrados no degeneraban en arbitrariedad fue sólo por el inclinado apego a la tradición que denominó toda la vida romana y, en mayor extensión, aun en lo jurídico. En primer lugar, el Magistrado para fundar sus resoluciones se fundaba en el derecho vigente; sólo en caso de necesidad, pasaba al campo de la creación (en la última etapa de la República se abusó). La cristalización de la obra jurisdiccional se hallaba encerrada en los edictos⁴⁶¹.

4. *El Tribunal du Commerce Francés*

Creado en 1563 por el poder real con la finalidad de otorgar a los comerciantes una reglamentación útil para la solución de conflictos comerciales, desaparecido durante la Revolución francesa pero fue re instituido por Napoleón⁴⁶². Actualmente existen en Francia 191 *tribunaux de commerce*, con

460.HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. ob. cit., p. 133.

461.HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*. Ob. cit., p. 134.

462.Institución llamada también la *jurisdiction consulaire*. Créé en 1563 par le pouvoir royal afin de donner aux marchands un outil souple de règlement de leurs litiges, épargnée par la Révolution et confortée à l'ère napoléonienne, la justice commerciale française fait figure de modèle unique en Europe. Alors qu'en France les commerçants jugent seul leurs affaires, partout ailleurs les litiges sont traités par des juridictions de droit commun ou échevinales. Si la France n'a pas le monopole des tribunaux de commerce, elle a réussi, en revanche, à créer une institution originale, composée de juges

competencia en *litiges entre commerçants*⁴⁶³. En cuanto a su composición podemos señalar que están constituidos por jueces no profesionales y realizan la labor de la judicatura gratuitamente. Los jueces son designados *par une élection auprès de leurs pairs*. Son elegidos por lo general por un periodo de cuatro años (luego de un primer mandato probatorio de dos años), ellos pueden realizar 4 mandatos sucesivos. El presidente debe haber sido juez por 6 años.

En cuanto a la competencia territorial podemos señalar que son las partes que señalan la competencia del juez en el acto de comercio (mediante una cláusula atributiva de competencia).

Algunas críticas han sido realizadas a los tribunales de comercio francés; estos son acusados de *affarisme, clientelisme* etc., además el estatus de juez no profesional que no garantiza la independencia a los comerciantes. Pero podemos señalar que la presencia de 3 jueces para poder emitir un fallo, este sería un factor positivo en las cortes comerciales. Otro de los factores que ha sido fuertemente criticado es que los jueces no son remunerados. Pero a pesar de todas las críticas podemos mencionar que la justicia comercial es particularmente rápida y económica para el portafolio del contribuyente⁴⁶⁴.

Estos tribunales nacieron bajo el ejemplo italiano de los siglos XII y XIII. Con una jurisdicción para juzgar el contexto comercial a partir de los usos propios de los comerciantes bajo un procedimiento rápido y oneroso⁴⁶⁵ para facilitar los movimientos comerciales. El verdadero modelo francés aparece a partir del siglo XVI, gracias a un esfuerzo legislativo del rey para desarrollar las estructuras de comercio. Además el *Code de commerce* de 1807 aportó celeridad a la tradición del *Ancien Régime*, luego viene la evolución económica del siglo XIX, con la actividad manufacturera y la industria, luego el desarrollo del sistema bancario, debiendo los juzgados adaptarse a los cambios. También podemos mencionar la jurisdicción consular que se estableció en el siglo XVI en el oeste del régimen para desarrollar las materias comerciales⁴⁶⁶.

non professionnels issus du monde économique. Par des exemples précis fondés sur des sources d'archives inexploitées, cet ouvrage explique la genèse de la juridiction consulaire et des tribunaux de commerce, donne un éclairage historique au *Code de commerce* de 1807 et permet de mieux appréhender le lien entre les entreprises et la justice.

463 En cuanto a la competencia de las cortes de comercio francesas podemos mencionar las siguientes: Le tribunal de commerce tranche, de manière générale, les litiges entre commerçants ou entre commerçants et sociétés commerciales, et ceux qui portent sur les actes de commerce. Par exemple : a) les litiges entre les entreprises, y compris en droit boursier et financier, en droit communautaire et en droit national en matière de commerce et de concurrence; b) les litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes les personnes; c) les litiges relatifs à une lettre de change; les litiges opposant des particuliers à des commerçants ou à des sociétés commerciales dans l'exercice de leur commerce; d) les contestations entre les associés d'une société commerciale; e) les défaillances d'entreprises commerciales et artisanales : prévention, redressement, liquidation judiciaire.

464 Le statut de juge non professionnel (*donc élu*) donne moins de garantie quant à leur indépendance. De plus, ce juge porte un nom particulier pour, en effet, le distinguer des autres magistrats (*eux professionnels*): il est nommé juge "*consulaire*". Toutefois, la collégialité (présence de 3 juges obligatoires pour tout jugement) permet de limiter les dérives clientélistes. De plus, s'agissant d'une juridiction de premier niveau, le justiciable a toujours la faculté de faire appel. Enfin, le Procureur de la République dispose d'un arsenal juridique spécifique, notamment dans le cadre de procédures collectives. En dehors, de ces critiques extrêmes, une autre tendance s'affirme. Le manque d'expérience et de compétence juridique de ces juges. Si le niveau requis est très bas, la volonté des commerçants d'avoir des juges efficaces incite les commerçants-électeurs à choisir de véritables juristes. Les juges ne sont pas rémunérés, et les budgets de formation n'existent pas. Ver: Association Française pour l'Histoire de la Justice, *Les Tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, en *Revue Histoire de la Justice*, numero 17, Paris 2007.

465 Résumés de la *Revue Histoire de la Justice*, n° 17, 2007.
http://www.afhj.fr/publications/RHJ17_resumes.pdf

466 L'établissement de la juridiction consulaire au XVIe siècle dans l'ouest du royaume s'est d'abord faite à la faveur des grandes villes portuaires, plus commerçantes que celles situées à l'intérieur des terres. Le succès remporté par la mise en place des premiers tribunaux incite très tôt les communautés négociantes et marchandes des ports secondaires à réclamer des créations toujours plus nombreuses de sièges consulaires. Il faudra cependant plus d'un siècle et demi pour que la majorité de ces requêtes aboutissent, se heurtant continuellement à l'opposition active des représentants des juridictions ordinaires et extraordinaires, jaloux de conserver intacte la totalité de leurs attributions. Les années révolutionnaires précipitent le démantèlement des anciennes structures judiciaires et administratives du royaume. La suppression de l'amirauté, vivement souhaitée dès les années 1780, est effective en 1791. Sa compétence est répartie entre les justices de paix et les tribunaux de

5. Cortes de comercio en Estados Unidos de América

La creación de cortes especializadas de comercio en los Estados Unidos se ha expandido grandemente en los últimos 10 años. Cortes de negocios, o programas de negocios o las divisiones de negocios en primera instancia. Ejemplo de estas cortes en los Estados Unidos podemos observar las de New York⁴⁶⁷, Chicago, North Carolina, New Jersey, Philadelphia, Pennsylvania, Reno and Las Vegas, Nevada, Massachusetts, Rhode Island, Maryland, and Orlando, Florida. En mayo del 2004, la legislatura de Oklahoma creó una corte de negocios a nivel Estatal. En New York, Chicago, Philadelphia, Massachusetts, y New Jersey, la corte de negocios originaria se ha expandido añadiendo jueces adicionales y expandiéndose hacia más juzgados.

Un aspecto de la tradicional corte de negocios es la creación de cortes especializadas que incluyen las disputas sobre tecnología en su jurisdicción expresa. A través del esfuerzo legislativo, el 1 de enero, 2003, Mariland estableció una *Business and Technology Case Management Program*. En mayo 2003, Delaware expandió la jurisdicción de la *Court of Chancery* para incluir las disputas sobre tecnología, y permitir la mediación de otros tipos de disputas de negocios. Michigan creó una “*Cyber Court*” que aún no funciona.

California, Connecticut, y recientemente *Maricopa County Superior Court* en Phoenix, Arizona creó una corte especializada para casos complejos de negocios⁴⁶⁸. Otros estados están en varios niveles moviéndose hacia o contra las cortes de negocios. Colorado y Georgia han conducido estudios sobre los méritos y los potenciales parámetros sobre la creación sobre de una corte de negocios.

La expansión de las cortes de comercio en los Estados Unidos está cobrando mayor auge en los últimos años, realizándose por primera vez la reunión del *American College of Business Court Judges* en el 2005⁴⁶⁹. La Escuela de Derecho de la Universidad de Maryland a través del Law Review, *The Journal of Business & Technology* lleva el control sobre el

 commerce, créés l'année précédente sur les bases des structures consulaires, dont ils conservent l'ensemble des attributions. Le croisement des recherches effectuées à partir des archives. Op. cit., ut supra.0

467.Sobre la Corte de Comercio de Nueva York ver: COGAN, Brian M, *Commercial Litigation in New York State Courts*, 2nd Ed., Thomson West 2005. Donde nos muestra todas las guidelines para el assignment of cases de todos los condados, las *rules* y las *innovations*. The Commercial Division evolved from an experiment that began on January 1, 1993, when four justices of the Supreme Court were assigned to hear commercial cases in New York County. Their courtrooms were called Commercial Parts and the Justices were assigned cases involving contracts, corporations, and insurance, the Uniform Commercial Code, business torts, bank transactions, complex real state matters and commercial law issues. This experiment involved significant collaboration between the Bench and Bar. Indeed, the idea behind a permanent Commercial Division came from the State Bar Association's Commercial and Federal Litigation Section.

468. *Courts for complex litigation* that would include some business disputes within a broader jurisdiction of complex matters.

469.The first meeting of the American College of Business Court Judges took place from October 30, 2005 to November 1, 2005 in Washington, D.C. Approximately 60 State Court Judges from across the Country attended this three day conference, a judicial education program sponsored jointly by the AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies and the American Bar Association's Section of Business Law. The conference included an intensive program of informational seminars, e.g., on the effects of federal class action legislation on State Courts, the *Sarbanes Oxley Act*, Delaware Corporate Law, and presentations by a number of the Judges on developments and practices in their business or complex litigation courts. It also included organizational and planning meetings for future development and interaction. It was apparent during these gatherings that the College will provide a beneficial forum for the exchange of ideas among courts and judges, whether via organized meetings or by more informal communications through these new connections. Ver: Mitchell L. BACH and Lee APPLEBAUM, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*, 60 Bus. Law. 147 (2004) (“*Business Court History*”); ABA Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*, 52 Bus. Law. 947 (1997); Tim DIBBLE and Geoff GALLAS, *Best Practices in U.S. Business Courts*, *Court Manager*, Vol. 19, Issue 2, 2004; Commission on the Future of the North Carolina Business Court, *Final Report and Recommendation* (Oct. 28, 2004), disponible en <http://www.ncbusinesscourt.net>; Maryland Business and Technology Court Task, *Maryland Business and Technology Court Task Force Report*, disponible en <http://>

www.courts.state.md.us/finalb&report.pdf, Business Litigation Session Resource Committee, *The Business Litigation Session Massachusetts Superior Court: A Status Report* (February 2003).

desarrollo de las cortes de comercio a lo largo de los USA⁴⁷⁰. Entre las cortes de comercio que existen en Usa podemos mencionar las siguientes: Business Courts in Georgia⁴⁷¹; Hawai⁴⁷², se expanden las cortes de negocios de Carolina del Norte⁴⁷³, New York⁴⁷⁴, Pennsylvania⁴⁷⁵,

470. Ver también la Sección de Business Law del ABA, que publica el panfleto *Establishing a Business Court in Your State*, el cual realiza un sumario con temas como: goles y objetivos para crear una corte de negocio, argumentos sobre la creación, quien debería crearla, juez, etc. Para efectos de la investigación hemos analizado y resuelto el cuestionario elaborado por el ABA y lo hemos aplicado a la realidad nacional peruana.

471. Creada el 3 de junio de 2005, por la Corte Suprema de Georgia, la Business Case Division in Fulton County Superior Court. Esta división se crea para atender casos complejos de negocios. En mínimo que debe estar en discusión es \$ 1,000,00. Los tipos de casos que pueden ser vistos en esta corte son los que caen dentro el Georgia's Securities Act, Uniform Commercial Code, Business Corporation Code, Uniform Partnership Act, Uniform Limited Partnership Act, Revised Uniform Limited Partnership Act, y la Limited Liability Company Act. Además tendrá jurisdicción sobre "any other action that the parties to the action and the Court believes warrants the attention of the Division, including large contractual and business tort cases as well as other complex commercial litigation."

472. Creada el 1 de septiembre 2005, en la First Circuit Court, se crea un proyecto piloto bienal para el arbitraje de contratos. Se le legitimaba para admitir la Court Annexed Arbitration Program (CAAP) mediante una estipulación escrita por las partes. El monto en litigio debía ser de por lo menos \$ 150,000, excluido los intereses y costos.

473. On August 24, 2005, the North Carolina General Assembly enacted legislation authorizing the Chief Justice of the North Carolina Supreme Court to appoint additional Business Court Judges to the North Carolina Business Court. Ver: N.C.Gen.Stat. § 7A-45.3. This was done in response to the rapidly growing number of Business Court cases. Ver: In its October 28, 2004 Final Report and Recommendation, the Chief Justice's Commission on the Future of the North Carolina Business Court observed that the Business Court had been an "unqualified success," was handling a significant portion of all of the State's most complex cases, and had become substantially overburdened. See generally Ertel Berry, *More Judges Needed to Keep Pace with Increased Case Load*, North Carolina Lawyer's Weekly (Jan. 17, 2005). Chief Justice I. Beverly Lake, Jr. has exercised this authority and designated two additional judges to handle Complex Business Cases in the Business Court. In addition to Judge Ben F. Tennille, who has served as a Business Court Judge since the inception of the North Carolina Business Court and now has become the Chief Special Judge, Chief Justice Lake has designated Judge John Jolly of Raleigh and Judge Albert Diaz of Charlotte to serve as Special Superior Court Judges for the Business Court. Both Judge Jolly and Judge Diaz are exceptionally well qualified and respected, as is Judge Tennille. They each come to the Business Court bench from private practice where they were involved with and responsible for handling complex commercial litigation. They each also bring to the Business Court bench substantial judicial experience. Ver, APPLEBAUM, Lee, ORLINAKY, Eric, BROWN, Damon, BACH, Mitchell, SCHAEFFER, Jason, BOLAND, Beth, BIGELOW, Brandon, SMOLEY, Lewis, *Business Courts*.

474. Luego de 2½ años de esfuerzo de la Corte, en enero del 2006 la *Office of Court Administration* paso las reglas para la *Commercial Division courts*, con el fin de armonizar la normatividad de las cortes comerciales en Nueva York. Las nuevas reglas señalan doce categorías de casos que son de competencia de las cortes comerciales y un mínimo en cuanto al monto en discusión. (1) Breach of contract or fiduciary duty, fraud, misrepresentation, business tort (e.g., unfair competition), or statutory and/or common law violation where the breach or violation is alleged to arise out of business dealings (e.g., sales of assets or securities; corporate restructuring; partnership, shareholder, joint venture, and other business agreements; trade secrets; restrictive covenants; and employment agreements not including claims that principally involve alleged discriminatory practices); (2) Transactions governed by the Uniform Commercial Code (exclusive of those concerning individual cooperative or condominium units); (3) Transactions involving commercial real property, including Yellowstone injunctions and excluding actions for the payment of rent only; (4) Shareholder derivative actions -- without consideration of the monetary threshold; (5) Commercial class actions -- without consideration of the monetary threshold; (6) Business transactions involving or arising out of dealings with commercial banks and other financial institutions; (7) Internal affairs of business organizations; (8) Malpractice by accountants or actuaries, and legal malpractice arising out of representation in commercial matters; (9) Environmental insurance coverage; (10) Commercial insurance coverage (e.g. directors and officers, errors and omissions, and business interruption coverage); (11) Dissolution of corporations, partnerships, limited liability companies, limited liability partnerships and joint ventures -- without consideration of the monetary threshold; and (12) Applications to stay or compel arbitration and affirm or disaffirm arbitration awards and related injunctive relief pursuant to CPLR Article 75 involving any of the foregoing enumerated commercial issues -- without consideration of the monetary threshold." Ver también: HAIG, Robert L., *Can New York's new Commercial Division resolve business disputes as well as anyone*, Touro Law Review, Fall, 1996.

475. En Filadelfia, la *Court of Common Pleas Commerce Case Management Program* introdujo un procedimiento innovativo de ADR. El procedimiento combina a un panel de tres jueces de derecho, que resolverán los casos, con árbitros, pero decidirán bajo lo decidido por el panel de jueces. El programa fue desarrollado por un *Commerce Program Judge*, Howland W. ABRAMSON. Establecieron protocolos básicos: a) es un proceso voluntario; b) sujeto a la aprobación judicial previa solicitud de ambas partes; c) se realizará una settlement conference ante los jueces. Si no se soluciona el caso las partes; d) elección de árbitros. Ver: WARD, Kimberly A., *415 Getting down to business-Pennsylvania must create*

Massachusetts⁴⁷⁶, Florida⁴⁷⁷. Algunos estados están realizando esfuerzos legislativos para crear sus cortes de comercio, como Maine, New Jersey, Michigan y algunos estudios de factibilidad en Missouri, New Hampshire, Ohio y Florida (Tampa y Miami).

6. La corte de negocios para casos complejos de Carolina del Norte

Creación.- La corte suprema de North Carolina estableció la *North Carolina Business Court* en 1995. En 1994, el gobernador de North Carolina estableció la *North Carolina Commission on Business Law and the Economy*⁴⁷⁸. Una de las tareas de la Comisión para su creación

a Business Court or Face the consequences, University of Pittsburg 1999. Nos muestra los factores preliminares de la creación de las cortes comerciales en este Estado, teniendo como origen el Senate Hill N° 570 del 28 de febrero 1997.

476. *Massachusetts Business Litigation Session* (BLS), inició en Suffolk Superior Court (Boston) se expande en el 2003 para servir a los condados vecinos.

477. En enero del 2004 el Ninth Judicial Circuit estableció una Business Court division mediante orden administrativa. En abril del 2005 cambia de nombre a *Complex Business Litigation Court* (CBLC). El monto mínimo en controversia debe de ser de \$ 75,000 o más. Los casos que ve principalmente son: Malpractice claims of non-medical professionals in connection with rendering services to a business enterprise”; “*Claims arising from the purchases and sales of businesses or the assets of a business*” y “*Business Torts,*” such as claims of unfair competition, or interference with contractual relations or prospective contractual relations” actualmente “*Claims arising from the purchases and sales of businesses or the assets of a business including contract disputes, commercial landlord-tenant claims, and business torts.*”

478. En abril de 1994, el Gobernador James B. HUNT de Carolina del Norte creó la Comisión de Derecho Comercial y Economía (NCCBLE). El NCCBLE fue acusado de recomendar “cualquier cambio que se necesite en los actuales estatutos y reglamentos que afectan el funcionamiento de las empresas de Carolina del Norte.” Concretamente, el Gobernador pidió a la NCCBLE recomendar modificaciones legales y reglamentarias para ayudar a crear un entorno jurídico que atraiga a las empresas al Estado de Carolina del Norte y las empresas proporcionan la flexibilidad y el apoyo que necesitan para operar con éxito; Véase JACKSON, Gary, *The business of business court*, the Association of Trial Lawyers of America 2006. Donde nos señalan que uno de los goles en la creación de una corte de negocios es el crear un ambiente judicial que atraiga a los negocios a establecerse y permanecer en la región, creando un proceso más estable y predicable. Pero por otro lado se unen las críticas de los opositores que señalan que estas cortes favorecerán sobre todo a las empresas antes que a los consumidores o trabajadores. La práctica ha demostrado todo lo contrario. El Tribunal Supremo de Carolina del Norte creó el Tribunal de negocios en 1995 después de un informe de la Comisión sugirió que para mejorar la cultura de negocios en Carolina del Norte, por ejemplo, un tribunal especializado en ese tema debía ser creado, sobre el tema véase: *Historia de la Corte de negocios de Carolina del Norte*.

En el otoño de 1995, la Asamblea General de Carolina del Norte consignó los fondos para una nueva Corte Superior Especial de Jueces para un mandato de cinco años, y la Corte Suprema de Carolina del Norte se realizó la modificación de la Regla 2,1 y 2,2 Regla aprobada para aplicar las recomendaciones NCCBLE. En enero de 1996, el Gobernador F. HUNT nombró a Ben TENNILE como Juez de la Corte Superior Especial, y el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Tribunal Supremo fue designado Burley MITCHELL en la Corte Superior Especial de Jueces de Carolina del Norte para Casos complejos de empresas. El Juez TENNILE fue reelegido para un segundo mandato de cinco años en octubre de 2000.

Si bien muchos estados, incluyendo Carolina del Norte, han modificado sus leyes a las empresas ser más coherente con el modelo de Ley de la Sociedad, ninguno ha tomado medidas para hacer su sistema judicial como responsable y previsible como el Tribunal de Delaware Cancillería en el tratamiento de problemas empresariales complejos.

En primer lugar, la Constitución de Carolina del Norte exige que los jueces de los tribunales superiores trabajen sobre un sistema de rotación. Este sistema de rotación a través de diferentes condados es ineficiente para casos complejos; véase: *The North Carolina Constitution has two purposes: a) to protect the rights of the individual from encroachment by the State; and b) to provide a framework of government for the State and its subdivisions. It is not the function of a Constitution to deal with temporary conditions, but to lay down general principles of government which must be observed amid changing conditions. It follows, then, that a Constitution should not contain elaborate legislative provisions, but should lay down briefly and clearly fundamental principles upon which government shall proceed, leaving it to the peoples’ representatives to apply these principles through legislation to conditions as they arise.*

En cuanto al principio de rotación nos señala en el art. IV sección: *Assignment of Judges:* “The Chief Justice of the Supreme Court, acting in accordance with rules of the Supreme Court, shall make assignments of Judges of the Superior Court and may transfer District Judges from one district to another for temporary or specialize duty. The principle of rotating Superior Court Judges among the various districts of a division is a salutary one and shall be observed. For this purpose the General Assembly may divide the State into a number of judicial divisions. Subject to the general supervision of the Chief Justice of the Supreme Court assignment of District Judges within each local court district shall be made by the Chief District Judge”.

En segundo lugar, la Comisión desea establecer un cuerpo de jurisprudencia que servirá de orientación sobre las cuestiones de negocios a la comunidad empresarial (Contrastante con la realidad peruana, visto que para crear jurisprudencia

incluyó recomendar cambios para mejorar el ambiente de los negocios en Carolina del Norte, incluyó la creación de nuevos estatutos, reglas y reglamentos con la finalidad de asegurar en ofrecer un sistema legal que ofrece flexibilidad y soporte para permitir a los negocios el operar satisfactoriamente en este Estado y que atraerá los negocios para su incorporación y su establecimiento. La comisión recomendó una corte de negocios, que fue creada por la Corte Suprema de Carolina del Norte, fueron enmendadas las normas que regían a la *North Carolina's Superior and District Courts*. La Corte Suprema decidió que la corte de comercio sean Cortes donde se resuelvan casos complejos de negocios, y donde sólo van a ser vistos por un solo juez, llamado *Special Superior Court Judge for Complex Business Cases*⁴⁷⁹, y la nueva Corte generará un cuerpo de *case law* en temas de *corporate governance issues*. En este rol ha sido nombrado como juez el Honorable Ben F. Tennille.

i. Selección de los casos.-

Bajo la *North Carolina Superior Court Rule 2.1*, el *Chief Justice* determina que casos son asignados a la corte de negocios, a través de la señalación de las partes o bajo la sugerencia de otros jueces. En general no hay un monto definido, ni las partes renuncian a su derecho constitucional, a su derecho al *jury trial*, dejando flexibilidad de la decisión de la elección del caso como complejo adecuado para la *Business Court*. Incluye además casos provenientes de *North Carolina's Business Corporation, Professional Corporation, Limited Liability Company, Uniform Limited Partnership, Securities, Tender Offer Disclosure* y *Investment Adviser Acts*, así como *antitrust disputes*. Se incluye además las remoción de directores, *dissent* y *appraisal*, disoluciones involuntarias de la corporación o otras disputas de *corporate governance disputes* y *Meiselman*, casos sobre disputas en *family held businesses*. Estos son casos ideales para ser seleccionados como *complex business cases* y además, *partnership disputes*, las *shareholder derivative actions*.

debemos seguir los parámetros legales que exigen la sala plena. Pero se podría crear un cuerpo de casos que sean los que guían la jurisprudencia nacional en materia comercial). A pesar de que el proceso llevó más tiempo de lo que la gente espera, La *Corte de Negocios de Carolina del Norte* ha creado un cuerpo de jurisprudencia y ha creado un medio eficaz para la eliminación de casos complejos. Para establecer el Tribunal de Negocios, la Corte Suprema de Carolina del Norte modificó el *Reglamento General de la Práctica para el Superior y tribunales de distrito (Historia de la Corte de negocios de Carolina del Norte)*. Al mismo tiempo, el legislador *Reglamento modificado 2,1 y 2,2* para crear el Tribunal de negocios de Carolina del Norte, el artículo 23,1 También se incorporó al *Reglamento General de la Práctica para el Superior y tribunales de distrito*). Cuando los casos se considera apropiado que la Corte de negocios de Carolina del Norte, que se les dé a un juez del tribunal superior especializados para escuchar. Una vez que se haya adoptado la decisión en el caso, el juez está obligado a escribir una opinión que explica la disposición final del caso; véase: Informe de NCBC, El dictamen, sin embargo, es probable no vinculante para los demás tribunales de Carolina del Norte. Así, el único precedente que tendrá efecto se encuentra dentro de la propia Corte de negocios. Entrevista con el Magistrado Ben TENNILLE. Exactamente lo que el valor de precedente de la opinión es, sin embargo, es una cuestión que el legislador o la Corte Suprema debe resolver.

El propósito de la opinión escrita es crear un precedente para la Corte de negocios que ayudará a las empresas que decidan operar en Carolina del Norte, de esta manera poder predecir la forma en que sus casos se asignan a su vez como si fuera un asunto complejo de negocios.

Durante los primeros años de la existencia de actividades del Tribunal, la Asamblea General no presentó ningún tipo de financiación más allá del sueldo del Juez TENNILLE. Así, de 1996-1997, el magistrado TENNILLE ha trabajado desde una oficina en casa sin ningún tipo de asistencia. Para estos tres primeros años, cuando el Juez Tennille necesitaba una sala de audiencias, el Presidente supervisó los distintos juzgados para encontrar una ubicación vacía de usar. Después de tres años, se recaudaron fondos de fundaciones privadas para pagar por el equipo de la corte, sin embargo, el Tribunal de negocios todavía necesitaba un espacio y un personal hasta 1999, cuando se arrienda un espacio en *Greensboro* que anteriormente pertenecía al Tribunal de Quiebras del Distrito Medio de *Carolina del Norte*; véase: *El Tribunal, News & Observer* (Raleigh, Carolina del Norte), 24 de julio de 2001, a las 1D, 6D. El proceso de llamar a los juzgados para encontrar espacio disponible todavía existe cuando la Corte conoce de los asuntos de negocios en otro condado. Entrevista con el Magistrado Ben TENNILLE.

479. Juez Especial de la Corte Superior para Casos Complejos de Negocios.

El *North Carolina Guidelines* señala que los casos antes mencionados deberían ser usualmente recomendados para ser resueltos por la corte de negocios y de esta manera construir un cuerpo de *body of case law*. Podemos señalar entonces que hay un *key factor* para determinar la asignación a la corte de negocios: este factor es si el *outcome* tendrá implicancias por los negocios y la industria, más allá de los conflictos entre las partes en litigio. Si la decisión escrita en la disposición del caso provee predictibilidad para otros casos en el mismo negocio o industria el caso será considerado para su designación en la corte para casos complejos de negocios. El *Special Superior Court Judge* será requerido a escribir una opinión sobre la disposición final del caso.

La corte de negocios es competente también en los siguientes casos: disputas contractuales complicados; *antitrust* y *theft of trade secret cases*; y casos que involucran la determinación de asuntos legales que tienen impacto sobre la industria o sobre el comercio más allá de los límites del caso en sí mismo. Algunas pero no todas, *class actions* pueden ser buenas candidatas para la asignación, y la asignación deben realizarse antes de la decisión del *issue of class certification*. El Judge TENNILLE ha descrito las tres clases principales de los casos como “*corporate domestic disputes,*” *class, actions, and paper or motion intensive cases.*

ii. Otros desarrollos en la corte de negocios de Carolina del Norte

Las sentencias de la Corte de Negocios son colgadas en el webside de la corte y reflejan todos los diversos casos que la Corte resuelve. Se incluye la acción planteada por el ex empleador contra sus ex empleados y la de los ex empleados contra sus nuevos empleadores⁴⁸⁰, las disputas entre el asegurador y el establecimiento utilizado por el asegurado, un *bench contract action* entre el hospital y el asegurador, disputa entre los acreedores garantizados, obligaciones bajo una nota promisorias, incumplimiento de contrato basados en el U.C.C.⁴⁸¹, y la obligatoriedad de una provisión contractual sobre una provisión arbitral.

Creada hace algunos años, la Corte de Comercio tuvo un momento crucial en el 2001 con el caso *Wachovia/First Union/SunTrust*⁴⁸², litigio sobre su fusión. SunTrust realizó una *hostile takeover* de \$14.7 billones dirigidos a *Wachovia*, mientras que *Wachovia* trataba una fusión amigable con *First Union*, esto trajo consigo litigios en muchos foros. A inicios de junio del 2001, las tres partes acordaron en llevar sus litigios estatales y federales a la *North Carolina's Business Court*. El juez TENNILLE emanó una decisión en agosto del 2001. La magnitud de la *litis*, las partes, y el reconocimiento y confianza de las partes en este fuero confiable y capaz para resolver sus disputas, así como la velocidad y la destreza con la que los aspectos legales fueron tratados, establecieron una gran identidad a la corte de negocios.

Desde su creación hasta el 2002 al 2003 reportó a los comités legislativos del estado, haber resuelto 179 casos, de treinta y tres condados diferentes de Carolina del Norte. 116 concluyeron en transacción, 24 en juicio, 16 voluntariamente terminados y tres fueron removidos hacia la corte federal⁴⁸³. Actualmente posee 170 casos, 53 casos en proceso, 5 en apelación, y dos fueron

480. Cabe mencionar que en el derecho laboral americano (*employment law*) el principio básico es *employment at will*. Quiere decir que el empleador no debe justificar la razón por la cual el trabajador es despedido. En el caso italiano la presencia de los sindicatos es muy fuerte. El empleador tendrá que justificar si despide a más de 5 trabajadores en un lapso de un año. En USA los sindicatos funcionan solamente en las empresas que preceden al *employment at will*.

481. U.C.C. es el *Uniform Commercial Code*, el código uniforme de comercio de los Estados Unidos, es el único código federal de comercio, el único que reúne la normatividad que rige para casos de conflicto de leyes, *conflicts of laws*, dentro los estados unidos, sirve además para ser elegida gracias a la autonomía de la voluntad de las partes, en lo nominado *choice of laws*.

482. El caso es una de las fusiones bancarias más relevantes de los Estados Unidos, actualmente el banco mantiene el Nombre de *Wachovia Bank*.

483. La estructura de las cortes federales en los Estados Unidos es la siguiente: Supreme Court of the United States, a) US Courts of Appeal (12 circuits), 94 District Courts and 3 territorial Courts, and US Tax Courts; b) US Court of Appeals

archivados. 17 de los casos activos fueron *class actions*. La jurisdicción de la corte de negocios se limita por la natura y por la magnitud de cada caso y/o la importancia de éste, de este modo puede ser usado como guía para otros casos. En este momento los juzgados poseen un solo juez, que conoce las materias de un número limitado de casos⁴⁸⁴.

La Corte cuenta con el apoyo entusiasta del Colegio de Abogados de Carolina del Norte⁴⁸⁵. Esta Corte ha sido un punto de referencia en otras jurisdicciones, sobre todo en aquellas que buscan crear Cortes de negocios como son Maryland⁴⁸⁶ y Georgia. El *Georgia's Feasibility Study* reconoció que los abogados buscan activamente que se les asigne el caso a la Corte de Comercio de Carolina del Norte, inclusive los abogados de los estados vecinos, motivados por el conocimiento de la Corte sobre los casos complejos de negocios, su predictibilidad, imparcialidad, y su rectitud. Suenan similar a lo señalado por los litigantes en la *Delaware's Chancery Court*.

El Presidente de la Corte de Carolina del Norte estableció una *Commission on the Future of the North Carolina Business Court*. Los 37 miembros de la comisión, presididos por el Juez de la *North Carolina Supreme Court* Justice Mark MARTIN, consideran las recomendaciones relacionadas a la expansión de la Corte.

La *North Carolina's Business Court* está diseñada para un segundo tipo de jurisdicción, enfocándose en el modelo de negocios o en los casos complejos de negocios. Los casos deben de ser recomendados y pasar por la aprobación del Chief Justice of the Supreme Court's para que se convierta en un caso de la corte de negocios. Su inclusión se basa en su complejidad; la inclusión de un tema legal nuevo, la resolución que tenga implicancias mayores o si los casos caen en las áreas estatutarias de la Corte en casos de gobierno corporativo, casos comerciales bajo el U.C.C. o *business tort*, pero, el caso no irá a la corte de negocios, si carece de complejidad o alguna innovación legal.

El componente de la complejidad también es incluido en la *New Jersey's Complex Commercial tracking designation*⁴⁸⁷, y en la *Maryland Business and Technology Case Program*, los abogados también en New Jersey. La *Massachusetts' Business Litigation Session* posee una lista de casos tipo, y además incluye el componente de complejidad con una lista presuntiva. Las *shareholder derivative claims* son generalmente incluidas incumplimiento de contratos o *business tort cases* están incluidos solo si poseen una complejidad en los hechos o en el aspecto legal o tienen la probabilidad de un manejo del caso complejo⁴⁸⁸. El *Feasibility Study de Georgia* recomienda un modelo solo asignando casos complejos de negocios y casos elegidos concernientes con las nuevas teorías de los negocios.

El *Removal Process* del 1 enero de 2006 nos señala los pasos abreviados a seguir para acceder a la corte de comercio de Carolina del norte, señalándonos cuáles son los requerimientos para el *filing the notice of designation*, los plazos, contenidos, lugar de presentación y el costo por la presentación⁴⁸⁹.

for the Federal Circuit: US Court of International Trade, US Court of Federal Claims, US Court of Veteran Appeals; c) US Court of Appeals for the Armed Forces: Army Navy, Marine Corps, Air Force and Coast Guard Courts.

484. Actualmente los jueces de la Corte de Comercio de Carolina del Norte son 3, ubicados en tres localidades del Estado. El juzgado originario se encuentra en Greensboro, Carolina del Norte, en el campus de la Facultad de derecho del *Elon College*, dirigido por el Juez Benn TENNILLE, el segundo se encuentra en Raleigh, North Carolina, en la nueva sede de la Corte Estatal, dirigido por el Juez Albert DIAZ. El tercer juzgado se encuentra en Charlotte, Carolina del Norte.

485. The North Carolina Bar Association, a voluntary organization, is entirely separate from mandatory N.C. State Bar. Founded in 1899, provides services to attorneys, including continuing legal education programs, and the general public, including a series of legal information pamphlets and a nonprofit lawyer referral service. The State Bar, founded in the 1930s by the legislature at the NCBA's request, regulates and disciplines attorneys. About 80 percent of the practicing lawyers in the state are members of the NC. Bar Association, the largest voluntary legal or profession organization in North Carolina. All lawyers licensed to practice in North Carolina must be members of the State Bar. See: <http://ncbar.org/about/history/index.asp>

486. Es necesario mencionar que *Iris Center* pertenece a la Universidad de Maryland.

487. (in both the more specialized Bergen and Essex County programs, as well as state-wide)

488. "if they have complex factual or legal issues or are likely to require complex case management"

489. El *Removal Process de la corte de comercio de Carolina el Norte*, nos señala en cuanto a plazos procesales para la notificación de la designación, el de 30 días. En cuanto al contenido: debe ser un caso definido como *mandatory complex*

iii. *Jurisdicción*

La claridad y la certeza en la competencia son esenciales para el funcionamiento eficaz de cualquier tribunal, incluida la Corte de negocios. Como se ha señalado anteriormente, la dependencia de los jueces del Tribunal Superior para iniciar las tareas de la Corte de negocios puede producir resultados incoherentes, y el proceso puede ser lento y difícil de manejar visto que los casos siguen aumentando en el Tribunal. Estos problemas no se pueden evitar solo por la buena gestión de los casos. Ellos deben ser abordados por la bifurcación de los procesos examinados anteriormente para la designación de “*complejo de negocios*”, así como en el Reglamento General de la práctica. Por último, la competencia de la Corte de negocios debe seguir siendo estatal y no exclusiva y no debe ser limitado por una cantidad en controversia.

La Corte Suprema tiene la autoridad para revisar y aprobar el Reglamento de 2,1 y 2,2 y de la nueva propuesta de la Regla 2.1.1⁴⁹⁰, como se ha dicho antes, sin ningún tipo de acción legislativa. Estas recomendaciones definen la competencia de la Corte de negocios más concretamente, asimismo, elegir oficialmente la Corte Superior Especial de jueces para conocer y decidir los casos de empresas complejas como los jueces del Tribunal de negocios y el Tribunal en el que presidirá el Tribunal de negocios.

La Comisión reconoce que el concepto de designación de jueces especiales para conocer y decidir casos complejos puede, en algún momento en el futuro, se amplíe a otros tipos de casos complejos como por ejemplo, los casos de impuestos.

En muchas jurisdicciones estadounidenses, las comunidades de negocios y legales han expresado en años recientes preocupaciones (intereses) serias en cuanto a la eficacia, la previsibilidad, la experiencia, y el conocimiento de tribunales en lo que concierne a discusiones complejas corporativas y comerciales. En unas jurisdicciones, los pasos han sido tomados para crear tribunales de comercio donde se especializó recursos judiciales; para mitigar este problema tales pasos están siendo considerados en jurisdicciones adicionales.

Después de dos años y medio de análisis del problema y respuestas a ello, La Asociación de Barra americana La Sección (del ABA) de derecho (*ley*) de negocios⁴⁹¹ (*Sección*) da su interpretación sobre un informe de su Comité *Ad hoc* contra Tribunales de negocio (*Comité*) en agosto de 1996. Aquel informe: (i) identificó los motivos por qué algunas jurisdicciones consideran o han adoptado los tribunales de negocio de jurisdicción especial o se han especializado las divisiones de tribunal de negocio de los tribunales de jurisdicción general; (ii) resumió el empleo de tribunales especializados en los tribunales federales y en otros países; y (iii) inspeccionó cada uno de los cincuenta estados para determinar el estado de esfuerzos para crear cualquier tribunal separado o se especializó en departamentos.

La Sección determinó recomendar que los tribunales que oyen un número sustancial de discusiones corporativas y comerciales, se especializó las divisiones del tribunal, para proporcionar la maestría tuvieron que mejorar considerablemente la calidad de toma de decisiones y la eficacia de los tribunales en lo que concierne a tales casos de negocios.

La especialización en el nivel de tribunal de primera instancia puede ocurrir en nuestro sistema judicial, a través de un tribunal de jurisdicción especializada, que es designado y manejado separadamente para

business: los casos que son mandatorios son regularmente los siguientes: ley de sociedades, ley de seguros, antitrust, trademark y competencia desleal, propiedad intelectual, tecnología (Internet, comercio electrónico, biotecnología. El costo del filing fee (que será pagado luego de su asignación a la corte) será de \$ 200 dólares. Una vez que el caso es designado a la corte, permanecerá allí hasta que sea resuelto o ante la denegación de la designación por una oposición. Esta oposición puede ser realizada por cualquiera de las partes dentro de los 30 días. Quién decide la asignación es el juez Benn TENNILLE. La decisión puede ser apelada y resolverá el Jefe de la Corte Suprema. Una vez asignado el caso, el Juez TENNILLE determina a que Business Court se le encargará el caso.

490 Reglamento de la Corte de Carolina del Norte 2.1 y 2.2

491 Grupo de trabajo sobre las Empresas Tribunales, ABA, *Tribunales de Negocio en los Estados Unidos* (diciembre 9, 1994).

hacer el trabajo asignado a ello. Los ejemplos de tales tribunales son más frecuentes en sistemas judiciales en otros países y en los Estados Unidos, son más comunes en el nivel federal que en el nivel estatal.

Los tribunales pueden especializarse y administrativamente asignar a jueces oír las categorías particulares de casos, pero mantener a tales jueces como la parte de una unidad sola, legal y administrativa. Los ejemplos de esta clase de especialización en el nivel estatal son los tribunales criminales, tribunales de familia, tribunales de legalización, y pequeños tribunales de reclamaciones⁴⁹².

iv. Tecnología en las cortes de negocios de Carolina del Norte

Una de las principales diferencias entre la Corte de negocios y otros en los tribunales de Carolina del Norte es el factor tecnología⁴⁹³. Debido a la naturaleza única de su lista, el Tribunal de negocios ideal crea la sala de audiencias de la tecnología avanzada.

Las principales diferencias entre la Corte de negocios y otros en los tribunales de Carolina del Norte es el factor tecnología. Debido a la naturaleza única de su lista, el Tribunal de negocios crea la sala de audiencias de la tecnología avanzada.⁴⁹⁴ Hay grandes áreas que la tecnología que se entiende por mejorar. En primer lugar, el proyecto crea un sistema de presentación electrónica, con el objetivo final de ser un soporte de papel de la sala de audiencias. Este sistema está actualmente en marcha y sirve como una forma de probar la eficacia de la presentación electrónica de solicitudes de obras y si sería apropiado en otros tribunales de Carolina del Norte para cambiar a un sistema de archivo electrónico. Una de las principales ventajas de la presentación electrónica es el ahorro de costes. Cuando los documentos se presenten por vía electrónica, que elimina la necesidad de gente para manejar el papel. Copias de los archivos de documentos ya no son necesarias ya que todos los archivos se almacenan electrónicamente y se puede acceder electrónicamente por el personal. Después de los documentos en formato electrónico tienen otra ventaja: los documentos se pueden buscar por palabras clave en vez de repasando montículos de papel. Además, el espacio de almacenamiento ya no es necesario, lo que ahorra dinero ya que el espacio no tiene que ser alquilado para almacenar archivos acumulados. Una vez que el soporte de papel de la sala de audiencias se crea, menos personas se necesitan para manejar los archivos, lo que se traduce en menores costos para los litigantes y la Corte.

El Tribunal de negocios encuestados recientemente a los usuarios de su sistema de presentación electrónica para determinar el grado en que la tecnología está trabajando, los resultados fueron

492. Ver: Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*, en 52 BUSLAW 957, *Business Lawyer*, May 1997. Nos señala que In many U.S. jurisdictions, the business and legal communities have expressed in recent years serious concerns regarding the efficiency, predictability, experience, and knowledge of courts with respect to complex corporate and commercial disputes. Ejemplos de estas cortes comerciales pueden ser como señalado en el artículo: In England, for instance, the *Queens Bench Division* of the *High Court* established a specialized *Commercial Court* almost a century ago. Use of the Commercial Court has become a more important feature since the mid-1970s. France maintains a judicial structure that also features various specialized courts, including specialized courts of commerce (*tribunaux de commerce*) and designations of particular judges from the courts of general civil jurisdiction (*tribunaux de grandes instances*) to sit as a commercial court. Germany, which also has created numerous specialized courts, includes a specialized commercial chamber (*handelskammern*) in each regional court of general jurisdiction (*landgerichte*). Austria has specialized commercial courts that either may be independent commercial courts (*handelsgerichte*) or may be set up with the courts of general jurisdiction. Other civil law jurisdictions have had separate commercial codes and courts for years, many dating back to the establishment of separate court systems by merchants and traders desirous of predictable and speedy justice.

493. De hecho, la tecnología presente en la sala de audiencias el magistrado TENNILLE se ha dado atención nacional. En julio de 2001, la Fundación para la Mejora de Justicia otorgó \$ 10.000 a la Corte de negocios con el fin de añadir más mejoras. Rick SMITH, Ben TENNILLE Toma de Carolina del Norte en el ciberespacio Tribunal de Negocios, *Metro Magazine*, noviembre de 2000, a las 19, disponible en http://www.metronc.com/Volume_1/metro_num_9/tennille/index.html (la última vez que visitó 23 de Febrero, 2002).

494. Informe de NCBC *Empresas de Tecnología de la Corte Carolina del Norte*.

positivos. La mayoría de los abogados y los pobladores señalan que la tecnología es “inevitable y beneficiosa”⁴⁹⁵. De las personas encuestadas, el setenta y ocho por ciento son partidarios de la presentación electrónica; de las personas que han utilizado la tecnología, el ochenta y dos por ciento utilizaría la presentación electrónica de solicitudes en el futuro si se le da la opción. Las principales áreas de preocupación incluyen la presentación electrónica con inquietud que la presentación electrónica de solicitudes no sería recibida y las vacilaciones en cuanto a la fiabilidad de los ordenadores y servidores. Estas dos preocupaciones, sin embargo, pueden reducirse. En primer lugar, una vez que un abogado ha presentado un documento electrónico es inmediatamente disponible en el sitio web del Tribunal de negocios. Por lo tanto, es fácil de comprobar para ver si el documento se presentó correctamente. En segundo lugar, si bien pueden ser poco fiables las computadoras, el proceso tradicional de conducir un coche a los juzgados para presentar un documento también puede ser poco fiable. Los litigantes deben atacar el problema de que el servidor está abajo de la misma manera en que resolver el problema de un neumático pinchado en su camino para presentar en el juzgado. En última instancia, estos problemas pueden ser manejados adecuadamente por el Tribunal de negocios.

El segundo objetivo de la tecnología del proyecto es mejorar la tecnología en el interior de la propia sala de audiencias⁴⁹⁶. El objetivo era crear un ambiente donde los abogados no pongan ningún equipo en la sala de audiencias, puesto que ya estará presente. Actualmente, el tribunal está cableado para videoconferencias y cada uno de los participantes en la prueba individual tiene acceso a su propia tecnología. El juez tiene dos computadoras portátiles sobre su escritorio: uno ejecuta su propio programa, mientras que el otro le permite el control de la tecnología en la sala de audiencias. El juez tiene la facilidad de ordenar a la computadora de anular los controles de la totalidad de la tecnología restante en la sala, por lo que puede detener una presentación si algo parece que el jurado no debería ver. Los abogados también tienen la tecnología a su disposición, ya que su tribuna está equipada con elementos tales como un reproductor de CD-ROM, una cinta de vídeo máquina, y una unidad de disquetes, todos controlados a través de un ordenador con pantalla táctil. El ordenador de pantalla táctil permite a los abogados el acceso a las exposiciones o conectarse a la videoconferencia, utilizando simplemente la pantalla delante de ellas. Por último, los testigos también tienen uso de la tecnología avanzada. Los testigos tienen una pantalla táctil que se les ofrecen, y que pueden ayudarlos a ilustrar su testimonio. Por ejemplo, un testigo puede usar la pantalla para resaltar un elemento importante en una fotografía o documento. Como un abogado que participa en el Wachovia-Primera Unión-SunTrust caso dijo, “su corte puede ser las más adelantada en su tipo en el país”⁴⁹⁷. El objetivo final del proyecto era la tecnología para crear una base de datos en línea para los dictámenes del tribunal. Este objetivo también se ha logrado, ya que cualquiera que quiera leer una opinión de La Corte de negocios puede encontrar en el sitio Web de la corte.⁴⁹⁸ Personas de todo el país han utilizado esta tecnología.

En su creación, el Tribunal de negocios de Carolina del Norte estuvo a la vanguardia, vista la avanzada tecnología de las salas. El sitio web del Tribunal, que alardeó un promedio de 4.255 visitas por día de la semana entre el 18 de julio de 2003 y 18 de febrero de 2004, ofrece Archivos con capacidad de búsqueda de la totalidad de las decisiones previas del Tribunal, así como de un tribunal civil y de causas, las normas locales, la información acerca de la Corte, los avisos

 495. *El Tribunal de Carolina del Norte de Negocios, Tecnología Resultados de la Encuesta*, en <http://www.ncbusinesscourt.net/survey/Techsurvey.pdf>, a los 2 (Jan. 11, 2002).

496. Informe de NCBC *Empresas de Tecnología de la Corte Carolina del Norte*.

497. Esta cita fue dada por ELLIS, Richard, abogado en representación de *SunTrust Banks*, Inc Id. ROBINSON, Russell quien, en representación Primera Unión, de acuerdo fácilmente. Id.

498. Para leer las opiniones del tribunal, visite el sitio Web en la dirección:
<http://www.Ncbusinesscourt.net.Id>.

importantes, enlaces útiles, y la práctica de los punteros abogados y gente de negocios. El sitio web también cuenta con un Avanzado sistema de archivo electrónico, que mejora la eficiencia de la gestión de los casos y reduce notablemente los costos de presentación, además de eliminar los errores causados por los sistemas de archivo manual. Basándose en los resultados de un estudio realizado por la tecnología de la Corte de Negocios en febrero de 2002, el Tribunal hizo un video de capacitación disponible para descarga gratuita en el sitio web del tribunal. Además, más de 500 personas han asistido gratis a la Corte a sesiones de capacitación en materia de tecnología.

7. *La Corte de Cancillería y la Corte Superior de Delaware*

La corte de negocios más conocida en el mundo es la *Delaware Court of Chancery*, que históricamente es una corte de equidad. Ésta resuelve numerosos casos de disputas corporativas, así como materias en equidad sin relación con las corporaciones. La *Delaware Superior Court in Delaware* es la primera instancia para los *non-equity cases*. La corte escucha los casos relacionados con disputas de dinero entre negocios que podrían recaer en la jurisdicción de otros estados. La Corte Superior administra un número significativo de casos comerciales, es el foro para las *commercial insurance coverage disputes*, realiza mucho trabajo en los *complex civil litigation, and finds major corporations*⁴⁹⁹.

El prestigio de la *Delaware's Chancery Court*, es de nivel internacional. El *Chief Justice of the U.S. Supreme Court* calificó a la *Chancery Court* como “un importante contribuidor al sistema nacional de justicia americano”⁵⁰⁰. Él identificó algunos de los factores que dan la preeminencia a la *Chancery Court*, como la oportunidad de obtener rápida y efectivamente una solución, así como su especialización, visto que las economías de escala se orientan hacia la eficiencia, y principalmente por el cuerpo de derecho que permite a los negocios de evitar los juicios. Los abogados han valorado la precisión y la tecnicidad de las sentencias creadas por la *Delaware Court of Chancery*, y señalan que éstas son la mayor fortaleza de la corte. El Chancellor William CHANDLER al declarar ante la *Maryland Task Force* mientras estudiaban la implementación de una corte de negocios y de tecnología, dejó a la *Task Force* con el convencimiento de la efectividad de la *Chancery Court's* “efectividad” y “reputación nacional”, trabajando los temas corporativos. Este pensamiento incluye el respeto mutuo, esfuerzo de colaboración y cooperación, el Canciller CHANDLER señaló además que: “los miembros de la Corte de Cancillería discuten los temas complejos entre ellos, para asegurar su consistencia legal antes de publicarlas”⁵⁰¹.

La *Chancery Court* es además un modelo por que representa las máximas aspiraciones institucionales. La atención al detalle, cooperación y el cuidado de que las sentencias reflejen un cuerpo de ley que sirva de guía. Además podemos señalar que la riqueza de su historia de más de 200 años no puede ser equiparada, así como su ética y su sentido de responsabilidad. Uno de los más reconocidos cancilleres de la corte, Chancellors, Collin J. SEITZ, Jr., señaló un punto muy importante cuando se le preguntó sobre la preexistencia de algunas de las decisiones

499.Ver: ENGLEDDOW, Wells, *Handicapping the corporate law race*, Journal of Corporation Law, Fall 2002. The chancellors of the court of chancery understand that their role is to provide another layer of monitoring of management to minimize agency costs. They also understand that their justice must be administered in an expeditious manner. These factors have led to Delaware's impressive market share of corporate citizenry. Currently, Delaware boasts fifty percent of the approximately 3,000 companies listed on the New York Stock Exchange. Sobre los factores de su creación ver: BALOTTI, Franklin y BRANDEL, Roland, *Business Bench Are Special Courts of the Future?*, Business Law Today, January/February, 1995.

500. “An important contributor to our national system of justice.”

501. Sobre la Corte de Delaware ver las lecciones del Judge VEASEY, ex presidente de la Corte Suprema de Delaware: nos señala que Delaware es un estado business friendly, especialmente director friendly, crea los standards of conducts, que son aspiraciones de la conducta de los directores, como el duty of care, la duty of loyalty, good faith. Todo esto bajo el business judgement rule. Entre los casos más recientes al 2007 podemos mencionar el caso *Walt Disney Case, Stone vs. Reader*.

de la Cancillería: “Yo no quiero ser modesto, pero todos los casos son transitorios. Yo prefiero ser recordado por un trato igualitario al momento de analizar los casos que por haber resuelto un caso en especial”⁵⁰².

i. Procedimiento sumario en la Corte Superior

En 1993, el gobernador de Delaware creó una *Commission on Major Commercial Litigation Reform*. La Comisión recomendó la creación de procedimientos para acelerar la resolución de las disputas en materias de negocios. Las recomendaciones fueron avaladas por el Gobernador y la Asamblea General en 1994. La resolución conjunta de la Asamblea General, observó un gran número de corporaciones e instituciones financieras en el estado, y que vinieron al estado en parte por la calidad de las cortes de Delaware y su reputación hacia la *swift and predictable judicial action*. Los nuevos procedimientos recomendados, y avalados, fueron tomados vistos los elevados costos y las demoras que toman los litigios. Incluidos los litigios de negocios y comerciales. Un procedimiento sumario abreviado en la Corte Superior fue sugerido para los casos de negocios y comerciales que sobrepasen el \$1, 000,000. El poder judicial puso en efecto estas recomendaciones en 1994.

Las nuevas reglas para el procedimiento sumario fueron usadas poco, y el monto fue cambiado de \$1,000,000 a \$100,000. Ambas la *Superior* y la *Chancery Courts* trataron de alentar a la mediación, creando programas de mediación. La regla de la Corte Superior: *Superior Court Rule 124* prevé actualmente un procedimiento sumario para los casos en la jurisdicción de la Corte Superior que excedan \$100,000, están excluidos los daños físicos o mentales, donde al menos una de las partes tiene que ser ciudadano, corporación o entidad de negocio de Delaware. Al escoger el procedimiento sumario, las partes renuncian a la posibilidad de solicitar *punitive damages* o *jury trials*. Desde julio de 1997 ha habido solamente cuatro demandas como procedimientos sumarios en la *Superior Court*.

Este esfuerzo refleja el cuidado de la Corte de Delaware en la importancia de los programas especializados para resolver casos únicos de negocios, y la naturaleza de esos casos. En el 2001, *Delaware Supreme Court Chief Justice* E. Norman VEASEY observó que las decisiones corporativas se basan mucho en la calidad de las cortes, (y actualmente en su tecnología) cuando eligen donde establecerse y donde plantear sus demandas. Lo que más resalta de la corte es la experiencia de la corte y el cuerpo estable de decisiones judiciales, su servicio pronto y modernas técnicas de la *Court of Chancery*, *Supreme Court* y *Superior Court*; esto ha sido largamente acreditado al mantener la preeminencia de Delaware como *domicile of choice* de más de 300,000 corporaciones, que incluyen a la gran mayoría de las *Fortune 500 companies*. Non se puede pasar por alto este enorme beneficio económico. Otros estados están tomando pasos agresivos para competir con Delaware, mejorando sus cortes de negocios con el objetivo de atraer corporaciones, negocios y los litigios de negocios a sus estados. Delaware se mantendrá competitiva en su posición a nivel nacional, así como incrementará la confianza y con fragilidad de todos sus residentes.

ii. Creación de la jurisdicción tecnológica en la Corte de Cancillería

El 29 de mayo 2003, Delaware expandió la jurisdicción de la *Court of Chancery* para incluir las disputas sobre tecnología de más de un millón de dólares. El gobernador de Delaware Ruth Ann MINNER fue uno de los activistas para la creación de la corte sobre tecnología. Esta fue una de las recomendaciones del *Strategic Economic Council* para promover el crecimiento económico. El gobernador percibió la *new technology court* como la unión de los dos aspectos

502. “I don’t want to be modest, but all cases are transitory. I would rather be remembered for fair treatment in handling the cases rather than any particular case.”

principales de la economía de Delaware, economía y tecnología, de esta manera brindar una manera más experta y eficiente para la resolución de problemas en Delaware⁵⁰³.

Según el Código de Delaware, título 10, sección 346 (a), la *Chancery Court* tiene el poder de resolver los casos sobre tecnología, si dentro de sus criterios las partes están de acuerdo con esta jurisdicción. Este es un cambio significativo en la jurisdicción de la *Chancery Court* por que incluye en su jurisdicción el resolver solamente disputas monetarias que caen dentro de la categoría de *technology category*, que incluye materias sobre *computer hardware* y *software*, disputas de Internet, e “información, biológica, farmacéutica, agricultura o de tecnología de una naturaleza científica compleja o de valor comercial, o de propiedad intelectual. El término de *technology dispute* tiene una interpretación liberal.

La sinopsis legislativa del senador ADAMS, de las secciones 346 y 347 explican los nuevos objetivos de la Ley: El Estado de Delaware desea permanecer como líder en su habilidad de satisfacer las necesidades de la comunidad de negocios, incluidas todas las necesidades de los negocios domiciliados en Delaware⁵⁰⁴. La nueva ley esta destinada a: permitir a los negocios a tener la certeza que cada disputa tecnológica pueda ser resuelta en la *Court of Chancery*. La ley permite a los negocios, al menos uno residente en Delaware, el contratar para llevar sus futuras disputas tecnológicas en la Corte de Cancillería.

El reconocimiento a la *Court of Chancery* y su preeminencia por la estabilidad legal, mas su experiencia en materias de negocios, atraen a los negocios a incorporarse, y litigar en Delaware. La legislatura de Delaware tiene la autoridad de emanar estatutos expandiendo la jurisdicción de la *Court of Chancery* más allá de los límites tradicionales de la equidad. Esto ha permitido expandir la disponibilidad de la corte para resolver *corporate governance disputes*⁵⁰⁵.

iii. Comparaciones jurisdiccionales

Generalmente emergen dos patrones jurisdiccionales, emergen en una corte existente o en una propuesta de corte o juzgado de comercio especializado en casos de negocios: a) la inclusión de todos los casos que quedan dentro de la enumeración de los casos; b) la inclusión sólo de casos complejos o de casos con *novel legal issues* (la resolución que tendrá un efecto instructivo vasto), con la automática inclusión virtual de una limitada cantidad de casos, como: *shareholder derivative suits*. Esta segunda visión típicamente toma mas tiempo judicial y para decidir que casos serán escuchados y cuáles no.

8. La empresa en los Estados Unidos

En los Estados Unidos actualmente se estudia los aspectos legales del *business corporation*, con cinco características básicas: a) la personalidad legal; b) la responsabilidad limitada; c) la transferencia de acciones; d) delegación de la administración bajo un consejo directivo; e) propiedad de los inversionistas⁵⁰⁶. Estas características son inducidas por las exigencias económicas de las modernas corporaciones. En base a este esquema, podemos señalar que existen

503. Delaware Senate Bill 58 creating such jurisdiction within the Chancery Court was introduced on April 1, 2003, passed the Senate on April 3, 2003 and the House on May 14, 2003; in both instances without any negative votes. It was signed into law by Governor Minner in late May 2003.

504. “The State of Delaware wishes to remain preeminent in its ability to meet the needs of its business community, including the needs of all business entities domiciled in Delaware.”

505. The jurisdictional breadth created by title 10, sections 346 and 347, reflects an expansion into broader business and commercial disputes, not merely in traditional equity cases or in equity matters where the court has ancillary jurisdiction over legal matters that may arise therein. [FN635] Delaware’s Legislature has taken steps to create a qualitatively broader jurisdiction in the Chancery Court by including commercial court type legal claims solely based upon money damages. This provides a new specialized jurisdiction for a court that already has the most respected level of specialization and expertise in equity based business disputes.

506. KRAAKMAN, Reinier and HANSMANN, op. cit., p.1 ss.

empresas con menos de estas características, pero debemos de señalar que las empresas de larga escala adoptan formas legales que poseen todos los elementos antes mencionados⁵⁰⁷.

Virtualmente en todas las economías existe un estatuto que señala la formación de las empresas con todas estas características. Además existirán estatutos flexibles que permiten la omisión de uno o más de estos elementos, como sucede en las empresas formadas bajo una forma especial el *close corporation statute* que, en adición, provee mecanismos para restringir la transferencia de acciones como lo realiza el Código alemán *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), la francesa *Société à responsabilité limitée* (SARL), la *British private corporation*, la japonesa *close corporation*, y las *close corporation forms* que disponen algunas jurisdicciones de los Estados Unidos.

Personalidad legal: como entidad económica, una empresa fundamentalmente sirve como nexo para contratos: una parte contractual que coordina las actividades que provee inputs y productos a los consumidores así como servicios, el elemento principal de la personalidad legal es la separación del patrimonio, es la habilidad de la empresa de poseer bienes que son de propiedad distinta⁵⁰⁸.

Responsabilidad limitada: la forma corporativa impone un ‘‘default term’’ en contratos entre una empresa y sus acreedores, donde los acreedores están limitados a realizar sus demandas contra los bienes que son de propiedad de la empresa, y no pueden realizar mayores demandas contra los patrimonios personales de los accionistas de la empresa o sus managers⁵⁰⁹.

Transferencia de acciones: la transferencia total de acciones en propiedad. La transferencia permite a la empresa el conducir sus negocios ininterrumpidamente así como varían las identidades de sus propietarios, evitando las complicaciones de las separaciones de sus miembros. La transferencia total de las acciones no significa necesariamente *freely tradable shares*. La transferencia libre significa la maximización de la liquidez de los accionistas y la habilidad de éstos para diversificar sus inversiones⁵¹⁰.

Delegación de la administración con una estructura de directorio: la administración delegada es un atributo de las compañías grandes con numerosos dueños diversos. La delegación permite la centralización de la administración, necesaria para coordinar la actividad productiva.

507. Dentro de las principales normas que rigen las *Corporations* en los Estados Unidos podemos señalar: a) Model Business Corporation Act; b) Prior Model Business Corporation Act Provision; c) Model Statutory Close Corporation Supplement. En cuanto a las *Partnerships*: a) Uniform Partnership Act, 1914; b) Uniform Partnership Act 1997; c) Uniform Limited Partnership Act, 1916; d) Revised Uniform Limited Partnership Act, 1976, with the 1985 Amendments. En cuanto a las Limited Liability Companies: a) Uniform Limited Liability Company Act. También podemos mencionar las normas relacionadas a la actividad empresarial del *Federal Securities Law*: a) Securities Act of 1933; b) Securities Exchange Act of 1933; c) Rules Under Securities Act of 1933; d) Sarbanes-Oxley Act of 2002. Sobre Corporate Governance: a) Corporate Governance Policies; b) Shareholders Proposal.

508. The core element of legal personality (as we use the term here) what the civil law refers to as *separate patrimony*. This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm’s investors, and that the firm is free not only to use and sell, but, most importantly, pledge to creditors, elsewhere we have termed this asset-pledging effect of legal personality *affirmative asset partitioning* to emphasize that it involves shielding the assets of the entity, the corporation, from the creditors of the entity’s managers and owners.

509. The corporate form effectively imposes a default term in contracts between a firm and its creditors whereby the creditors are limited to making claims against the assets that are the property of the firm itself, and have no further claim against the personal assets of the firm’s shareholders (or managers). This limitation of owner liability distinguishes the corporate form from some other important forms of organization that have legal personality.

510. Fully transferable shares in ownership are yet another basic characteristic of the business corporation that distinguishes the corporation from the partnership and from various other standard-form legal entities as well. Transferability permits the firm to conduct business uninterruptedly as the identity of its owners changes, thus according the complication of members withdrawal that are common among, for example, partnership, cooperatives, and mutual’s. This in turn enhances the liquidity of shareholders’ interest and makes it easier for shareholders to construct and maintain diversified investment portfolios.

Es igualmente importante la delegación de la facultad decisoria en personas específicas. El criterio de autoridad se convierte en un concepto clave en la empresa⁵¹¹.

Propiedad de los inversionistas: existen dos elementos claves en la propiedad en la empresa: a) el derecho de controlar la empresa y b) el derecho a recibir las ganancias netas de la empresa. La *law of business corporation* esta principalmente diseñada para facilitar la organización de las empresas con accionariado⁵¹².

9. Otros ejemplos de cortes de comercio a nivel internacional

Si realizamos un análisis del derecho comparado, podemos advertir que los antecedentes más próximos al sistema adoptado en el Perú⁵¹³ para la regulación de los Juzgados Comerciales, son el caso de España, Estados Unidos y Argentina, siendo este último, el que más se aproxima al modelo peruano.

En el caso de España, la creación de los Juzgados Comerciales fue producto de uno de los pocos procesos de Reforma Judicial en Europa, dada la especial coyuntura que significó la apertura democrática post - franquista.

Por otra parte, en los Estados Unidos de Norteamérica, los juzgados comerciales se conocen como *Court of Brunkrupcy* (Cortes de Bancarrota), y sus jueces son competentes en los asuntos de quiebras fraudulentas y en algunos asuntos de índole comercial para evitar los procesos de quiebras de los agentes comerciales.

Ahora bien, en el caso de Argentina, la regulación de la jurisdicción comercial se aproxima bastante al modelo peruano, incluso en la problemática originada por el incremento de la carga procesal. En lo referente a las áreas jurisdiccionales de la especialidad comercial argentina, la misma data del año 1973, y la composición del fuero se mantiene inalterada desde dicho año, en que había 25 juzgados de primera instancia, uno menos de los existentes a la actualidad y por tanto, la estructura básica es igual hoy, que hace 30 años.

511. Delegated management is an attribute of nearly all large firms with numerous fractional owners. Delegation permits the centralization of management necessary to coordinate productive activity. Equally important, delegation of decision-making power to specific individuals notifies third parties as to who in the firm has the authority to make binding agreements. The authority issue, in particular, quickly becomes intractable in a firm in which numerous owners and managers are not distinct, as in a large general partnership that fails to allocate authority and to signal this allocation of authority clearly to third parties.

512. There are two key elements in the ownership of a firm, as we use the term ownership here: the right to control the firm, and the right to receive the firm's net earnings. The law of business corporation is principally designed to facilitate the organization of investor-owned firms- that is, firms in which both elements of ownership are tied to investment of capital in the firm. More specifically, in an investor owned firm, both the right to participate in control- which generally involves voting in the election of directors and voting to approve major transactions, and the right to receive the firm's residual earning, or profits, are typically proportional to the amount of capital contributed to the firm. Business corporation statutes universally provide for this allocation of control and earnings as the default rule.

513. Lo que tratamos de analizar en este acápite es el problema de la jurisdicción internacional de los tribunales peruanos, realizando una primera distinción. Cuando hablamos de jurisdicción internacional nos referimos una jurisdicción verdaderamente internacional, es decir, una jurisdicción que emana de documentos con validez internacional y que por consiguiente va a tener una eficacia internacional asegurada por lo menos en los países firmantes. Dentro de este sistema el Perú está vinculado a dos sistemas. a) la jurisdicción internacional derivada de los tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889, en especial del tratado de Derecho Civil Internacional en el título IV dedicado a la jurisdicción, y a los diversos artículos que están repartidos en el Tratado de Derecho Comercial Internacional, que se refieren a jurisdicción en materia exclusivamente comercial, en materia de sociedades, seguros terrestres y marítimos, naufragios, choques, abordajes, fletamento, préstamos a la gruesa o a riesgo marítimo, averías, letras de cambio, quiebras, etc. Los tratados de Montevideo nos otorgan, en los casos respectivos, jurisdicción verdaderamente internacional, que nos garantizan la eficacia de los fallos peruanos dictados en ejercicio de esta jurisdicción, en Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Colombia. b) el Código de Bustamante, suscrito en la Habana en 1928, y que está vigente en el Perú con Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, el Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Cuba, Venezuela, Brasil, República Dominicana y Haití. El Código de Bustamante trata de la jurisdicción en los artículos 318 a 343. La regla de oro de este cuerpo legal es la autonomía de la voluntad. Por lo general la jurisdicción está basada, en primer término, en el sometimiento expreso o tácito de las partes y luego en una serie de criterios. Véase MAC LEAN UGARTECHE, op., cit., pp. 35-52.

La especialidad comercial de los órganos jurisdiccionales argentinos, es similar a la que ahora tienen sus pares nacionales. Contempla temas concursales en la materia, juicios ejecutivos, de quiebras y los denominados juicios de conocimientos plenos, que tratan fundamentalmente temas societarios y mercantiles en general.

En la actualidad el sistema argentino se encuentra en una situación que bien podría considerarse en estado crítico, debido fundamentalmente a un incremento desproporcionado de los juicios ejecutivos. En virtud de este problema, se ha impulsado un proyecto de reforma legislativa para modificar la competencia en este rubro y derivarla a otro fuero con menor índice de ingreso de causas.

En este orden de ideas, si bien el incremento de la carga procesal en Argentina, se debió en gran parte al fenómeno de la banca que se presentó hace un par de años en dicho país; es importante atender a la reforma planteada en la competencia para conocer los procesos ejecutivos, como una forma de evitar el congestionamiento de los nuevos juzgados comerciales.

Otros países Occidentales industrializados, incluyendo Francia y Alemania, asignan algunos tipos de pleito civil a tribunales especializados, los más comunes son, de hecho, los tribunales de comercio. En Inglaterra, por ejemplo, la División de Banco de Reinas del Tribunal Supremo estableció un Tribunal de comercio especializado hace casi un siglo. El empleo del Tribunal de comercio se ha hecho un rasgo más importante desde mediados de los años 1970.

i. Corte Comercial de Argentina

Se encarga de analizar los actos regidos por las leyes mercantiles (cobro de títulos, concursos y quiebras y otros aspectos de la vida empresarial) son tratados por los Jueces Nacionales de Primera Instancia en lo Comercial.

En cuanto a la competencia podemos señalar que los juzgados comerciales argentinos resuelven sobre las siguientes materias: *a)* concursos preventivos y quiebras⁵¹⁴; *b)* liquidaciones financieras⁵¹⁵; *c)* contratos comerciales⁵¹⁶; *d)* leyes especiales⁵¹⁷; *e)* ejecuciones⁵¹⁸. Los juzgados comerciales en Argentina son 26 y en apelación existen 5 cámaras⁵¹⁹.

La Cámara resuelve los recursos de apelación interpuesto contra: *a)* sentencias de la primera instancia del fuero, resoluciones de distintos organismos externos (Superintendencia de Seguros de la Nación, Superintendencia de Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, Superintendencia de Riesgos del Trabajo, Inspección General de Justicia, Comisión Nacional de Valores. Algunos de estos procedimientos están sujetos a mediación previa (Ley n. 24.573. En cuanto a la Cámara podemos señalar que está integrada por quince miembros, divididos en cinco salas de tres vocales cada una, bajo la denominación de Sala: A, B, C, D y E⁵²⁰.

514. *Concursos preventivos y quiebras*: de personas de existencia visible y de existencia ideal de carácter privado, del patrimonio fallecido, de los deudores domiciliados en el extranjero los respectivos de bienes existentes en Argentina.

515. *Liquidaciones financieras*: de entidades financieras, de compañías aseguradoras, de entidades de ahorro y préstamo, de A.F.J.P., de A.R.T., otros tipos societarios.

516. *Contratos Comerciales*: agencia, concesión y distribución (*franchising*), compra venta o locación de mercadería, contratos bancarios, tarjeta de crédito, préstamo de dinero, leasing, corretaje, depósito comercial, edición, finanza, fondo de comercio, garaje, locación de obra y de servicios, mandato, comisión y consignación, mutuo comercial, publicidad, rendición de cuentas, seguro, sociedades, transporte.

517. *Leyes especiales*: Cheques (sanciones B.C.R.A.), letra de cambio y pagarés (cancelaciones), otros títulos (warrants, Bonex, etc.), defensa del consumidor, prenda con registro.

518. *Ejecuciones*: títulos de crédito (cheques, pagaré, letra de cambio, factura de crédito, etc.), saldo deudor de cuenta bancaria, secuestros prendarios.

519. Sobre las Cortes comerciales argentinas véase:

<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00010/00009463.pdf>; donde se nos muestra además las estadísticas sobre el ingresos de expedientes: año 2003 expedientes 42932; año 2004 expedientes 43314.

520. En cuanto a la conformación de Cada Sala, estas están integradas por: *a)* un secretario; *b)* un prosecretario administrativo; *c)* un oficial mayor; *d)* tres oficiales mayores (relatores); *e)* un oficial; *f)* dos escribientes; *g)* dos

ii. Francia

Mantiene una estructura judicial que también destaca varios tribunales especializados, incluyendo los tribunales especializados de comercio (*tribunaux* del comercio) y las designaciones de jueces particulares de los tribunales de jurisdicción general civil para sentarse como un tribunal de comercio. Los consulados continuaron después de la revolución con el nombre de tribunales de comercio por la ley de 16-24 de agosto de 1970 y reglamentos después por el código de Comercio y el Código de procedimiento civil. Los tribunales de comercio están formados por un presidente, por jueces y por jueces suplentes y en cada tribunal hay un secretario. Tanto el presidente como los jueces deben de ser comerciantes elegidos por comerciantes con derecho a figurar en las listas electorales de los Tribunales y cámaras de comercio. Para ser elegido juez se requiere estar inscrito en la lista de electores, haber cumplido treinta años y justificar el ejercicio del comercio durante cinco años. Pero también pueden ser elegidos antiguos comerciantes, que no hayan sido condenados a débitos que excluyen de la lista de electores ni ejercen ninguna actividad profesional. La ley determina la competencia de los Tribunales de comercio prescribiendo que los tribunales conocerán: a) de los litigios relativos a los compromisos y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros; b) de los litigios entre socios relativamente a una sociedad de comercio; c) de los que se refieren a actos de comercio entre todas las personas⁵²¹.

iii. Bélgica

Los tribunales de comercio tienen su origen en los Tribunales de comercio francés. El código de comercio que prescribió tales tribunales fue adoptado en Bélgica, y la jurisdicción comercial ha sido mantenida reglamentada por la ley generalmente procesal según el principio que figura en la constitución belga que prescribe la organización de tribunales de comercio en los lugares determinados por la ley. Cada tribunal de comercio está conformado por un mínimo de tres jueces efectivos, uno de los cuales es el presidente y tres jueces suplentes. Las salas son en principio de tres jueces pero la ley autoriza con un juez único. Los jueces son elegidos por los comerciantes. Para ser elector es preciso ser belga, tener 21 años, y domicilio en el municipio correspondiente por lo menos desde seis meses antes de la elección; figurar en el registro de comercio como ejerciendo el comercio durante los dos años anteriores y no estar comprendidos en los casos de exclusión previstos por la ley electoral comunal. Para ser elegido juez se requiere: a) ser belga de nacimiento o haber obtenido la naturalización; b) haber cumplido 25 años; c) residir habitualmente en el territorio de la jurisdicción del Tribunal; d) haber ejercido durante cinco años el comercio con honor y distinción o participado en una gestión de una sociedad comercial teniendo su principal establecimiento en Bélgica; e) estar inscrito en el registro de comercio o ser socio de una colectiva o comandita o administrador o gerente de una sociedad inscrita en el registro de comercio; f) haber declarado el reconocimiento de la lengua o lenguas previstas por la ley para la jurisdicción de que se trate. Para ser *refrendaire* que puede ser asistido por uno o varios *refrendaires* adjuntos. Para ser *refrendaire* adjunto se requiere: a) haber cumplido 25 años; b) ser doctor en derecho; c) reunir las condiciones que la ley requiere para los jueces en cuanto al conocimiento de lenguas.

escritores auxiliares; h) tres ayudantes (personal de servicio).

521. Actualmente existen en Francia 191 tribunales de comercio. Competencia: el tribunal analiza los litigios entre comerciantes o entre comerciantes y sociedades comerciales, por ejemplo: a) los litigios entre *entreprises*, y *compris en droit bousier et financier, en droit communautaire et en droit natioional en matiere de commerce et de concurrence*; b) los litigios relativos a los actos de comercio entre todas las personas; c) los litigios relativos a las letras de cambio; d) los litigios de los particulares contra los comerciantes o a las sociedades comerciales en ejercicio de la actividad comercial; e) las contestaciones entre los socios de una sociedad comercial; f) la quiebra de las empresas comerciales y artesanales: concurso preventivo, *redressement*, liquidación judicial. Sobre las cortes comerciales en Francia véase:

<http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10033&article=12031>

iv. *Alemania*

Que también ha creado numerosos tribunales especializados, incluye una cámara comercial especializada (*handelskammern*) en cada tribunal regional de jurisdicción general (*landgerichtetes*). Austria se ha especializado tribunales de comercio que pueden ser tribunales de comercio independientes (*handelsgerichte*) o puede ser instalada con los tribunales de jurisdicción general. Otras jurisdicciones de derecho civil han tenido códigos separados comerciales y tribunales durante años, muchos remontando al establecimiento de sistemas de tribunal separados por comerciantes y comerciantes deseosos de justicia fiable y rápida. Ninguna tentativa fue hecha como la parte de la preparación de este informe para inspeccionar exhaustivamente el grado de especialización en otros países o evaluar los resultados de especialización en aquellos países. La investigación limitada dotado indica que ni el concepto de tribunales especializados ni tribunales de comercio, en particular, es nuevo o insólito en otros países Occidentales.

Sistema mixto de jueces comerciante y jueces juristas

En el sistema alemán, que se diferencia del sistema francés no solamente por la jurisdicción comercial no es como en Francia, una jurisdicción completamente separada de la jurisdicción ordinaria, sino que se trata dentro del tribunal, de una sala o cámara comercial presidida por un magistrado de la carrera y judicial asistido de asesores que son comerciantes. El código del procedimiento civil alemán permite que cada estado para asuntos mercantiles cree en los tribunales de primera instancia una cámara o sala especial dedicada a los asuntos comerciales. En el sistema alemán no se trata de procedimiento especial, sino de unos jueces distintos que los de las cámaras civiles. La cámara comercial la preside un magistrado de carrera, pero los otros miembros son comerciantes que no son elegidos por los demás comerciantes como en el sistema francés, sino designados a la propuesta de la cámara de comercio, por un período de tres años.

v. *Holanda*

Delaware y Holanda poseen cortes especializadas en temas de derecho empresarial⁵²². Holanda poseía la legislación más flexible en materia empresarial, es por esto que la Unión Europea inicia el programa de armonización del derecho empresarial a inicios de 1960, con la finalidad de prevenir la competencia entre las leyes empresariales de los estados miembros.

La *Dutch Companies and Business Court* es una corte especializada e independiente de la *general court of appeal* in Amsterdam. La Corte posee jurisdicción exclusiva en algunos aspectos de la ley de sociedades. Esta jurisdicción específica es atribuida por los Estatutos de la Corte así como el *Dutch Civil Code*, los *Work Council Code* y el *Financial Reporting Supervision Act*.

Es competente en las disputas sobre *reporting rules* y las disputas entre las compañías y los *Works council*. De modo genérico podemos señalar que la *Companies and Business Court* posee jurisdicción sobre los conflictos de las *companies*⁵²³.

Funciona como corte de apelaciones en algunos procedimientos como en la *expulsion y exit procedures* que permiten a los accionistas *to sell other share holders out o to be sold out by other share holders*. Las partes están permitidas de dirigirse a la Corte Suprema, pero esta es una *cassation Court* que no tiene el poder de revisar hechos (or at least to review facts openly). Su revisión está limitada a las cuestiones de derecho y de razonamiento.

522. Before the state company laws in the European Union were harmonized the Netherlands was sometimes characterized as the Delaware of Europe. Dutch company law was flexible, there were no capital requirements and the Netherlands was one of the very few states in Europe to adhere at a certain moment to the internal affair doctrine.

523. KROEZE, Maarten, *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, en *Rotterdam Institute of Private Law (RIPL)*, Rotterdam 2006.

El rol importante de la *Companies and Business Court* es el formar las reglas de *corporate governance* en las leyes empresariales holandesas, conectada con el “*enquiry procedure*”⁵²⁴.

Es importante remarcar que la *Companies and Business Court* no es competente para todos los *company law issues*. Muchos temas empresariales son asignados a la corte común.

Entre los beneficios de la CBC podemos mencionar: estableció los estándares en los conflictos de interés, en la protección de los socios minoritarios, *take over measures*, para las decision-making por los *top level* en los *group companies*, *disclosure information to share holders*, el comportamiento de los directores (*active, loyal and with due care*), aspecto de remuneraciones a los directores, interest situations, takeovers, squeeze-out mergers settings. Etc.

vi. Rusia

Rusia entró en 1991 la reforma judicial transformó *Gosarbitrazh* en una corte comercial, con la misión de resolver las disputas comerciales. Entonces esencialmente con los mismos jueces se trataba de despolitizar los procesos. Entre los casos en su competencia podemos ver: a) disputas sobre impuestos de las empresas con el Estado; b) disputas sobre la propiedad y uso de los terrenos; c) *antitrust*; d) temas ambientales; e) importaciones; f) *registration, licencing y certification*; g) *bankruptcy proceedings*.

Desde 1995 las cortes comerciales han sido organizadas en un *three-tier system*. Existen 81 cortes de primera instancia (cortes regionales creadas en base a *regional branches de Gosarbitrazh*), diez cortes de apelación, y un *Higher Arbitrazh Court*, que es la última instancia de la corte comercial⁵²⁵.

En cuanto a su designación, los jueces en las cortes regionales, deben de ser aprobados por la asamblea legislativa de la región, que en algunas regiones se encuentra bajo el control del gobernador.

10. Críticas a las cortes especializadas en comercio

Todavía es pronto para saber qué efecto tendrá la Corte de Carolina del Norte de Negocios en complejos litigios comerciales. Sin embargo, el panorama parece positivo. En julio de 2001, el Magistrado TENNILLE emitió una opinión en el caso de que la fusión entre Wachovia y First Union sin que esta fuera impugnada⁵²⁶. Una vez que el dictamen fue emitido y publicado en la página Web del Tribunal de negocios, más de 30000 personas visitaron el sitio Web. La decisión fue importante, no sólo porque el país hizo el anuncio del Tribunal de Negocios de Carolina del Norte, sino también porque demostró ser una rápida disposición a un caso difícil.

Al utilizar la tecnología de las salas de actividades a disposición de La Corte, las partes en el caso podrían preparar para una audiencia en menos de una semana. Por lo tanto, no sólo era una importante área de derecho corporativo en Carolina del Norte aclarado, pero se hizo de manera rápida y eficiente.

La esperanza es que la Corte de negocios de Carolina del Norte seguirá para resolver casos complejos como el *Wachovia-First Unión-SunTrust*. Con el fin de lograr este objetivo, sin embargo, el Tribunal de Negocios tendrá que ser ampliado. En concreto, los jueces deben ser designados como jueces del Tribunal Superior Especial para Casos Complejo de Negocios⁵²⁷. La

524. Labor unions, the public prosecutor and shareholders with, along 10% of the shares or shares with nominal value of 22,000 euros have the right to initiate the inquiry procedure by an application addressed to the Companies and Business Court.

525. LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane, KONIN, Konstantin and ZHURAVSKAYA, Ekaterina, *Are Russian Commercial Courts Biased? Evidence from a Bankruptcy Law Transplant*, 2006.

526. Entrevista con SHAUGHNESSY, Mark P.

<http://www.ncbusinesscourt.net/ref/Final%20Commission%20Report.htm>

527 Entrevista con el Magistrado Ben TENNILLE.

adición de dos nuevos magistrados a la Corte de negocios podría ayudar a mejorar el proceso de negocios Tribunal. Hay otras tres razones principales que tengan otro juez beneficiaría a la Corte de negocios. En primer lugar, si el Juez TENNILLE tiene un conflicto de intereses, el caso no puede ser escuchado en la Corte de negocios y en lugar de proceder a través del sistema regular. En segundo lugar, hay un límite sobre el número de casos un juez puede manejar. El Juez TENNILLE actualmente maneja unos veinticinco a cuarenta casos a la vez. Aunque sólo tres a cuatro casos van a juicio, en apelación. Cada año, sería difícil que el número de casos asignado a la Corte de negocios cada año ira en aumento. Si pudiera obtener un mayor número de casos asignado a la Corte de negocios, más casos irían a juicio, y la cantidad de jurisprudencia aumentaría⁵²⁸. Más casos sólo pueden ser asignados, sin embargo, si hay más jueces asignados para conocer de los casos de empresas.

La probabilidad de que se les asigne otro juez a la Corte de negocios en el futuro no es muy alta. En 2001, cuando la legislatura estatal creó su presupuesto, la Oficina Administrativa de los Tribunales se le dijo a la corte de \$ 12 millones de su presupuesto. Estos recortes fueron anunciados a pesar de que Carolina del Norte ha gastado menos de su presupuesto en el sistema judicial, a pesar que los casos han aumentado⁵²⁹. A fin de cumplir con la disminución de \$ 12 millones en su presupuesto, el sistema de tribunales estatales ha reducido sus costos de muchas maneras que van desde una ralentización de la contratación a la reducción de los viajes incluso después de todos estos recortes, el tribunal todavía no ha llegado a su original de \$ 12 millones como meta.

Uno de los principales objetivos al crear el Tribunal de negocios de Carolina del Norte fue el de crear un mejor clima de negocios. En el 2001, la selección de *Magazine* eligió Carolina del Norte por tener el mejor clima de negocios en el país⁵³⁰. Este ranking se basa en numerosos factores, incluidas las nuevas empresas y la ampliación de las instalaciones y las entrevistas con los ejecutivos de las empresas de bienes raíces a nivel nacional. Es uno de los objetivos que se ha logrado con la creación del Tribunal de Negocios.

La creación de la Corte de negocios de Carolina del Norte a bajo costo fue una buena decisión. En el momento en que el sistema judicial de Carolina del Norte tenían problemas presupuestales en el Estado. El Tribunal de negocios de Carolina del Norte ha tenido un éxito rotundo desde su creación en 1995. Por ejemplo, en un reciente estudio titulado *Mejores Prácticas de Negocios tribunales de Estados Unidos*; los autores destacan los doce más importantes de las “*mejores prácticas*” en los actuales tribunales de negocios de este país. El Tribunal de negocios de Carolina del Norte fue citado como un modelo en once de las doce categorías. Entre los muchos beneficios de actividades la Corte ha garantizado para la comunidad empresarial, el sistema de tribunales, y el público en general son los siguientes:

a) *La mejora de gestión de casos.* La Constitución de Carolina del Norte requiere que los jueces del Tribunal Superior Residente para rotar entre los diversos distritos judiciales en el marco de sus divisiones. La rotación aunque tiene numerosos beneficios, que puede causar efectos perjudiciales en los casos complejos de negocios. Además, en materia civil ante un Tribunal Superior A veces pierden su prioridad a los casos penales en ambas mociones de juicio y calendarios. Un caso designado como un “*caso complejo*”, en cambio, es manejado exclusivamente por un solo juez que controla el calendario de los casos por su propia lista.

b) *Aumento de la velocidad y la flexibilidad.* En muchos casos de empresas complejas, en particular los relacionados con los cambios en la propiedad o gestión de las empresas, por mandato judicial preliminar es una cuestión crítica. Con frecuencia, las decisiones deben ser prestadas antes

528. Entrevista con el Magistrado TENNILLE, Ben.

529. *Justicia para los tribunales*, in *News & Observer* (Raleigh, NC), November 4, 2001.

530. STARNER, Ron Carolina del Norte Reclamaciones N° 1 *Ranking del Clima de Negocios*.

de los tiempos específicos, tales como las juntas de accionistas. Tener a disposición de un juez de conocer de estos casos en muy corto plazo es un beneficio significativo para las partes. Además, el cultivo de la experiencia en uno o más jueces del Tribunal de Negocios promueve la oportuna y eficaz resolución de los asuntos, lo que permitirá a los dirigentes empresariales se centran en la gestión de sus empresas. En resumen, la velocidad y la flexibilidad proporcionada por el Tribunal de negocios mejoran la administración de justicia y reúne muchas de las necesidades más apremiantes de la comunidad empresarial.

c) *Especialización.* La necesidad de la especialización judicial en litigios complejos de negocios ha sido reconocida por la *American Bar Association*, la Comisión de Derecho Comercial y Economía de Carolina del Norte, y de muchas otras autoridades. Debido a que el Tribunal de Negocios oye más complejos litigios comerciales, el presidente de Negocios Jueces de la Corte, el Magistrado Ben TENNILE, ha sido capaz de construir el conocimiento de la legislación mercantil y esferas conexas. Entre abril de 2000 y abril de 2003, al Tribunal de negocios se ha asignado 463 casos, todos ellos casos de empresas complejas. En comparación, Sólo 2 a 5% de la administración de una lista de Jueces de la Corte Superior se compone de los casos de negocios adecuado para la Corte.

d) *Previsibilidad.* Todas las decisiones del Tribunal de negocios se publican en el sitio Web. Una pantalla de búsqueda permite a los interesados en la búsqueda de todos los dictámenes de la Corte, de palabras y frases clave, creando así un valioso recurso jurídico en línea para todos abogados en este Estado. La creación de este amplio cuerpo de jurisprudencia en el tribunal de primera instancia a nivel ofrece una mayor previsibilidad a las empresas, así como para contribuir a garantizar la coherencia en el negocio del Tribunal sentencias y autos. Igualmente, la concentración de todos los casos complejos de negocios en uno o varios jueces del Tribunal de negocios ayuda a promover la uniformidad jurídica de la decisión.

e) *Atraer a empresas de Carolina del Norte.* 2001, la revista escogió *selección del sitio* de Carolina del Norte como el Estado con el mejor clima de negocios en América. Además, en su recomendación para crear una empresa modelo del tribunal de Carolina del Norte, el Colegio de Abogados del Estado de Georgia observó que muchos abogados, incluidos los abogados de otros estados, buscar activamente a la misión de crear una corte de negocios como la de Carolina del Norte.

II. Perú

i. Historia

Los primeros pobladores del Perú supieron reconocer la importancia del comercio para el desarrollo de su cultura y establecieron contactos para el comercio entre sí, a través del intercambio de productos de las distintas regiones naturales. El Perú, como nación no existiría hasta después de la colonia, pero el primer sentido de espacio compartido lo permitieron estos intercambios de comercio; que más adelante, con los Incas, crecerían para convertirse en mercados sin fronteras que permitirían la importación y exportación de productos desde el Imperio y hacia casi todo América del Sur.

Ya desde la época del Imperio de los Incas, la ubicación geográfica del Perú, lo convirtió en el centro de comercio e intercambio de toda América del Sur, habiendo ellos establecido una gran cantidad de mercados y rutas de comercio que permitían el transporte y almacenamiento de grandes cantidades de productos, tanto del agro como de la pesca y la minería. Se daban, en el Perú, a pequeña escala intercambios de importación y exportación entre las regiones naturales de Costa, Sierra y Selva, que permitían la presencia de productos varios en todo el imperio. Si bien no existían en esa época las ventas al por mayor, debido a que el comercio se realizaba a través del intercambio de un producto por otro u otros, ya se contaba con grandes espacios de

almacenamiento, llamados “*tambos*”, ubicados en puntos estratégicos de las rutas de comercio; los cuales a su vez sirvieron como espacios para la creación de mercados que se piensa llegaron a trascender las fronteras de América del Sur.

La conquista española trajo consigo la desaparición del Imperio Inca y también redujo las prácticas de intercambios de comercio de productos y bienes que hasta entonces se llevaban a cabo. A pesar de esto, el sistema de intercambios se mantuvo y aún se mantiene en práctica en regiones rurales alejadas de las ciudades. Los españoles se dedicaron a la importación de nuevos productos y a la exportación de productos del Perú a España y el resto de Europa. La extracción de oro y plata se convirtió en la base del comercio entre Perú y el resto del mundo, siendo estos dos minerales los principales productos de exportación hacia nuevos mercados. Entre tanto, de España se daba la importación de telas, vinos y frutos que eran desconocidos en esta región. Es a partir de esta etapa que podemos hablar de ventas al por mayor y del nacimiento de nuevos mercados locales para el comercio de estos productos en las crecientes ciudades españolas de América del Sur. Se solidificó nuevas rutas de comercio que tuvieron como centro, al puerto del Callao; que aún hoy en día es el principal puerto de comercio del Perú.

Durante la Colonia rigieron en el Perú las *Ordenanzas de Bilbao* y las leyes contenidas en el Libro IX de la *Novísima Recopilación*. Las Cortes de Cádiz de 1810 acordaron la preparación de un Código de Comercio, habiéndose nombrado la Comisión respectiva, pero la situación política originada por los movimientos de la independencia americana detuvieron los trabajos⁵³¹.

El Perú mantuvo este patrón de intercambio en el comercio durante toda su época colonial, y no conoció mayores logros en su capacidad de comercio y exportación sino hasta alcanzar su etapa republicana. Le tomó al Perú más de medio siglo comenzar a exportar sus riquezas naturales a gran escala y de manera organizada, siendo la primera de ellas el “*guano*” o excremento de las aves marinas, que constituye un excelente fertilizante. El principal mercado para este producto fueron las Islas Británicas, quienes necesitaban importar el fertilizante para mejorar sus tierras y facilitar el proceso de la revolución agrícola del siglo XVIII. Otros productos que marcaron etapas de gran exportación y de crecimiento del comercio y de la economía fueron el caucho de la selva, el azúcar y el algodón de la costa, y la pesca de las costas del mar del Perú, representada principalmente por la producción y exportación de harina de pescado.

Las *ordenanzas de Bilbao* continuaron en el Perú durante los primeros años de la República hasta la dación del Código de Comercio de 1853 y aun después de la promulgación de éste en lo que no se le opusiera⁵³². En la actualidad, el Perú sigue siendo un país reconocido de América Latina por su industria textil y la calidad de su algodón, el cual exportamos a distintas partes del mundo en la forma de prendas de vestir de reconocidas marcas a nivel mundial, quienes importan las prendas para su distribución. El propio comercio interno textil del Perú ha crecido mucho en las últimas dos décadas, dando lugar al surgimiento de pequeñas industrias que generan mercados que abastecen a distintos sectores de la sociedad; desde los mercados populares, hasta los mercados más grandes, como lo son las tiendas por departamentos, con quienes comercian en ventas al por mayor. Así mismo, el Perú sigue manteniendo su economía en torno a la extracción y comercio, a través de la exportación, de recursos minerales como el oro, el cobre y el gas natural. Este último, procede de reservas encontradas en la selva, en la zona de Camisea, y que será dirigido a la exportación hacia mercados tales como México y Estados Unidos; proyectando una vez más al Perú como un país de posibilidades de inversión y de comercio, tanto de América del Sur como de América Latina.

531.MONTOYA MANFREDI, Ulises. Ob. cit., p.69.

532.MONTOYA MANFREDI, Ulises. Ob. cit., p.69.

12. Conclusiones

Considero que luego de estudiar las competencias y jurisdicción de las cortes comerciales más conocidas en el mundo, así como la eficiencia en sus fallos, consideramos que el Perú debiera de tener como ejemplo a las cortes de comercio de Carolina del Norte, en cuanto a la solución de conflictos de medianas y pequeñas empresas y la de Delaware para corporaciones.

La creación de un juzgado similar a los de Carolina y Delaware nos pondría a la vanguardia en Latinoamérica, visto que las empresas extranjeras que desean invertir, desean contar con un juzgado similar a los de sus países, el cual resuelva de manera pronta y eficaz y a bajo costo.

Las cortes de comercio a nivel internacional facilitan la actividad comercial, visto que el Estado brinda todo el respaldo para la solución de conflictos comerciales, proyectando estabilidad jurídica y judicial al capital extranjero que desee ingresar al país. Además podemos señalar que los jueces especializados o super especializados compiten contra los árbitros en la solución de las *litis*, pero podemos señalar que los jueces comerciales son los que brindan mayor seguridad jurídica a los comerciantes.

De todas las cortes comerciales y organismos de solución de conflictos a nivel comercial, concluimos que la Corte de Delaware es la más adecuada para la solución de conflictos y el Perú debe de copiar ese esquema para adaptarlo a la realidad nacional. La adaptación de estos sistemas a la realidad nacional será estudiada en los artículos posteriores.

CORTES ESPECIALIZADAS DE COMERCIO

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005; JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001; DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomson, Navarra 2005; MONTOYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9º Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú; HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*; Résumés de la *Revue Histoire de la Justice*, n° 17, 2007; COGAN, Brian M, *Commercial Litigation in New York State Courts*, 2nd Ed., Thomson West 2005; *Sarbanes Oxley Act*; Mitchell L. BACH and Lee APPLEBAUM, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*; 60 *Bus. Law.* 147 (2004) (“*Business Court History*”); ABA Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*; 52 *Bus. Law.* 947 (1997) Tim DIBBLE and Geoff GALLAS, *Best Practices in U.S. Business Courts, Court Manager*, Vol. 19, Issue 2, 2004; Commission on the Future of the North Carolina Business Court, *Final Report and Recommendation* (Oct. 28, 2004), disponible en <http://www.ncbusinesscourt.net>; Maryland Business and Technology Court Task, *Maryland Business and Technology Court Task Force Report*; Business Litigation Session Resource Committee, *The Business Litigation Session Massachusetts Superior Court: A Status Report* (February 2003); APPLEBAUM, Lee, ORLINAKY, Eric, BROWN, Damon, BACH, Mitchell, SCHAEFFER, Jason, BOLAND, Beth, BIGELOW, Brandon, SMOLEY, Lewis, *Business Courts*; HAIG, Robert L., *Can New York’s new Commercial Division resolve business disputes as well as anyone*, *Touro Law Review*, Fall, 1996; WARD, Kimberly A., *415 Getting down to business-Pennsylvania must create a Business Court or Face the consequences*, University of Pittsburg 1999; *El Tribunal, News & Observer* (Raleigh, Carolina del Norte), 24 de julio de 2001; Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*, en 52 *BUSLAW* 957, *Business Lawyer*, May 1997; Informe de NCBC *Empresas de Tecnología de la Corte Carolina del Norte*; ENGLEDDOW, Wells, *Handicapping the corporate law race*, *Journal of Corpotation Law*, Fall 2002; BALOTTI, Franklin y BRANDEL, Roland, *Business Bench Are Special Courts of the Future?*, *Business Law Today*, January/February, 1995; MAC LEAN UGARTECHE; KROEZE, Maarten, *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, en *Rotterdam Institute of Private Law (RIPL)*, Rotterdam 2006; LAMBERT-MOGILLANSKY, Ariane, KONIN, Konstantin and ZHURAVSKAYA, Ekaterina, *Are Russian Commercial Courts Biased? Evidence from a Bankruptcy Law Transplant*, 2006; BACH, Mitchell L & APPLEBAUM, Lee, *A History of the creation of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*. 60 *Bus. Law.* 147, *Business Lawyer*, November, 2004 Article; JACKSON, Gary W, *Do Business Courts Really Mean Business? Many Non business Cases Are Being Transferred to Courts That Were Created to Streamline Disputes between Companies. This Trend Weakens Consumer Protection*; 42 *JUN 50 Trial* June, 2006 *Business Litigation*; 6 *N.C. Banking Inst.* 367. North Carolina Banking Institute April, 2002 *Notes & Comments The North Carolina Business Court: North Carolina’s Special Superior Court for Complex Business Cases* Carrie A. O’Brien; MITCHELL, William, 24 *Wm. MITCHELL L. Rev.* 315. *Law Review* 1998 Symposium: *Civil Justice Reform, Business Courts: Efficient Justice or Two-Tiered Elitism?* Ember Reichgott Junge; 5. 52 *Bus. Law.* 947. *Business Lawyer* May, 1997 *Report Business Courts: Towards a More Efficient Judiciary Ad Hoc Committee on Business courts*; 6. 42-SEP *Trial* 8. *Trial* September, 2006 Department: *The Business of Business Courts*; BALOTTI, R. Franklin & BRANDEL,

Roland E, *Business Bench Are Special Courts for the Future?* 4-FEB *Bus. L. Today* 25. *Business Law Today* January/February, 1995; WARD, Kimberly A, Note and Comment: *Getting Down to Business-Pennsylvania Must Create a Business Court, or Face the Consequences* *L. & Com.* 415. *Journal of Law and Commerce* Spring, 1999; SMITH, *New York Creates Business Courts*, supra note 98, at 38. See id. at 2. [FN109]. See *New York Creates Business Courts*; SOMMER, Jacob A, Notes *Business Litigation and Cyberspace: Will Cyber Courts Prove an Efferctive Tool For Luring High-Tech Business into Forum States?*. 56 *Vand. L. Rev.* 561. *Vanderbilt Law Review* March, 2003; BRANDEL, Roland E & HAIG, Robert L, *Feature Business Courts on the Move* 6-OCT *Bus. L. Today* 35. *Business Law Today* September/October, 1996; KAHAN, Marcel, Article: *The Myth of State Competition in Corporate Law* 55 *Stan. L. Rev.* 679. *Stanford Law Review* December, 2002; North Carolina Banking Institute April, 2002 37 *Wake Forest L. Rev.* 621. *Wake Forest Law Review* Summer 2002 *Notes Should Substance Trump Process in Judicial Review of Board Decisions?: The New North Carolina Sstandard of Review for Takeover Defenses in First Union Corp. Vs. Suntrust Banks, INC*; *Business Court* found itself in when deciding *First Union Corp. v. SunTrust Banks, Inc. In this case of first impression in North Carolina, the Business Court created an original standard to govern review of takeover defenses in stock-for-stock mergers in North Carolina, taking its cues from and attempting to splice onto the numerous Delaware review standards for board decisions. While the Business Court's*. 2 *Of Counsel* January 6, 1997 From the Editor; TUMMINIO, Donna, *Student Note Breaking Down Business Valutation: The Use of Court-Appointed Business Appraisers in Divorce Actions*. 44 *Fam. Ct. Rev.* 623. *Family Court Review* October, 2006; KAHENY, Erin B., *Agenda Change in the U.S. Courts of Appeals*, 20 *Just. Sys. J.* 275. *Justice System Journal* 1999 1925-1988; DICK, S. Gale, *Special Courts Now Handle Business Cases*, in *12 Alternatives* August 1994; HAIG, Robert L, *New Yorks's NewBusiness Court*, 26-MAY *Colo. Law.* 65. *Colorado Lawyer* May, 1997 Specialty Law Column; HAIG, Robert L, Note: *Significant progress has recently been made toward creating business courts in various states. Five states have already created business courts.* NEW YORK'S NEW BUSINESS COURT Copyright © 1997 by the Colorado Lawyer; *Harvard Law Review* 74 VII, June 1961 with the editors: Commercial Division of the Supreme Court of the State of New York. "Report of the Office of Court Administration to the Chief Judge on the Commercial Division Focus Groups", July 2006; New York City BAR, "Report of the Task Force on the Lawyer's Role in Corporate Governance", November 2006; American Bar Association, "Establishing Business Courts in Your State", 2006, USA; The Eleventh Judicial Circuit Miami-Dade County-Florida, Case N. 06-1 (Court Administration) Administrative Order N. 06-40. "'Complex Business Litigation Section" "In the General Jurisdiction Division of the Eleventh Judicial Circuit Court of Florida" Jan 2007; DIBBLE, Tim and GALLAS, Geoff, "Best Practices in US Business Court" en *Court Manager* Volume 19, Issue 2; *The Business Litigation Session in Massachusetts Superior Court: A Status Report*. Business Litigation Session Resource Committee, February 2003; 52 *USLAW* 947, *Business Lawyer*, Business Courts: *Towards a More Efficient Judiciary*, May, 1997. 6 N.C. Banking Inst. 367 North Carolina Banking Institute April, 2002; 18 *JLCOM* 415 *Journal of Law and Commerce*, *Getting Down to Business-Pennsylvania Must Create a Business Court*, *Journal of Law and Commerce* Spring, 1999; 13 *TOUROLR* 191 *Touro Law Review: Can New Yorks's New Commercial Division Resolve Business Disputes*, Fall, 1996 (Approx. 8 pages) *Touro Law Review* Fall, 1996; Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, *El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos*, USA 2000.

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL PODER JUDICIAL Y DE LOS JUZGADOS COMERCIALES.

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Análisis de las Cortes Peruanas. – 3. La jurisdicción Comercial y sus intentos de reforma en el Perú. – 4. Análisis, perspectivas y propuestas. – 5. Programa de Inversión Pública para la Modernización de Administración de Justicia. – 6. Conclusiones.

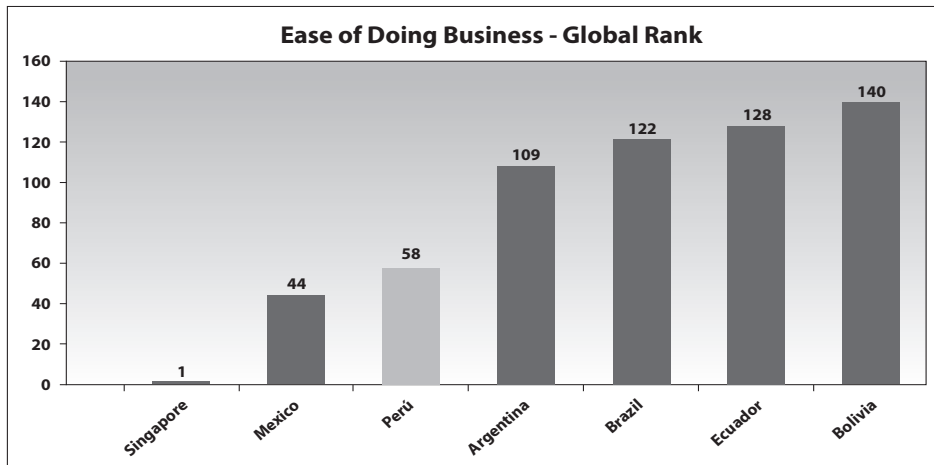
1. Introducción

Las empresas nacionales y extranjeras al momento de realizar sus inversiones realizan un proceso de *due diligence* donde analizan no solamente la legislación nacional, sino también las instituciones nacionales y su funcionamiento, en este caso el Poder Judicial; el cual debe de brindar solución pronta y confiable a los conflictos comerciales.

Realizaremos el análisis para poder apreciar si la Corte Comercial ha cumplido la función encomendada.

2. Análisis de las Cortes Peruanas

El Perú está situado en el número 58 de 178 países en cuanto a *easy doing business*⁵³³, esto demuestra que hemos realizado algunas mejoras en el aspecto material pero debemos seguir modificando nuestras estructuras para atraer a las empresas a nuestro país.



Doing Business 2008: Easy of Doing Business 58; Starting a Business 102; Dealing with Licenses; 109; Employing Workers 159; Registering Property 35; Getting Credit 36; Protecting Investors 15; Paying Taxes 77; Trading Across Borders 71; Enforcing Contracts 119; Closing a Business 94.

La especialización de los órganos jurisdiccionales, y con ello el de los Magistrados, es una sana tendencia -claramente identificable- en el Poder Judicial. De las grandes materias

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

533.Ver: *Doing Business Perú*, World Bank Group, Washington 2008. Ver también *Analyst's View on the Peruvian Economy*, Perú May 2007, Proinversión.

originarias –civil y penal- se han derivado otras que responden a los nuevos retos que enfrenta este Poder del Estado, es decir, a la necesidad de proporcionar –en la actualidad- la efectiva - y además eficiente- tutela judicial efectiva a los ciudadanos; responsabilidad que la Constitución ha asignado al Poder Judicial⁵³⁴.

Es por todos conocido que la especialización de los Magistrados permite una mejor atención a los casos que llegan a su conocimiento. Es de esperar que, en tal caso, que la respuesta sea idónea, rápida y predecible. Ello proporciona seguridad jurídica al sistema, reglas claras en la solución de los conflictos y sugiere pautas de conducta en las relaciones entre las personas.

Se ha tenido, en las últimas décadas, un avance en la especialización al interior del Poder Judicial; así tenemos por ejemplo, la especialidad laboral, la de familia, adicionales a la civil y penal; recientemente la especialidad civil se vio fortalecida al asumir la carga procesal de la desaparecida especialidad agraria⁵³⁵. La reciente creación de la especialidad en lo contencioso administrativo y en lo comercial corrobora lo expresado⁵³⁶.

El Poder Judicial en el Estado Peruano ha sido cuestionado siempre por su ineficacia y falta de credibilidad por muchos motivos o factores, tales como:

1. Lentitud.
2. Especialización.
3. Onerosidad de las tasas judiciales.
4. Corrupción⁵³⁷.

534. Con la finalidad de mejorar los servicios de Justicia, el Perú ha solicitado al Banco Mundial la asistencia para establecer el programa de modernización de la justicia para mejorar el funcionamiento de las instituciones claves (el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, y la Academia de la Magistratura. Ver Proyecto: PERU-Justice Services Improvement, Project N° P073438. El préstamo es de 15 millones de dólares. Fecha de aprobación 4 de marzo de 2004. (Proyecto precedente: Loan N° 4153-PE). Expresando el siguiente considerando: *Following ten years of externally imposed reforms, Peru's justice sector institutions are at critical crossroads. They enjoy an unprecedented level of independence from political control, but retain a negative reputation for providing non-responsive services which also may be priced beyond the reach of a majority of citizens. The 1990s reforms did work some improvements in internal organization and administrative arrangements, but they were incompletely implemented, not fully understood or utilized, encouraged a bureaucratized and formalistic outlook, and exaggerated centralization and standardization of processes. The courts and other sector institutions urgently need to develop a more dynamic service orientation aimed at benefiting a wide variety of potential users, consolidate the positive aspects of recent innovations and recapture citizen faith in, and respect for, their outputs.*

Los objetivos son los siguientes: *The overarching goal of the Project is to strengthen justice sector institutions to improve the delivery of justice services in Peru and restore public confidence in the sector institutions. To meet this goal, the Project will: (i) strengthen the independence of sector agencies through the development of a modern human resource management and planning models; (ii) improve organizational performance to enable a continuous focus on equitable, efficient, and effective service delivery; and (iii) enhance access to justice for poor men and women in cooperation with civil society organizations. The project will involve agencies of the Executive and Judicial Branches in a concerted approach to overcome critical dysfunctional aspects of the overall justice system. It will focus on areas of immediate benefit to the users of justice services and develop an overall vision for the sector in a way that empowers the main actors to manage the change process.*

535. Podemos mencionar que nuestra Profesora Marcela MONTENEGRO-CANNON, fue la primera Juez Agraria del Perú.

536. LAMA MORE, Héctor, Profesor universitario y de la Academia de la Magistratura. Magistrado del Poder Judicial. Integró la Comisión de Juzgados Comerciales encargada de elaborar el Plan de implementación de las Salas y Juzgados Comerciales.

537. Sobre el tema de corrupción en los magistrados ver estadísticas de la Oficina de Control de la Magistratura OCMA, creada considerando los objetivos básicos de la Reforma Judicial y a fin de asegurar el funcionamiento coherente e integral de las actividades de control en torno a la administración de justicia, con fecha 25 de octubre de 1977, se promulgó el Decreto Ley n. 24912 que instituyó la oficina general de control interno del Poder Judicial. Actualmente se rige por la Resolución Administrativa n. 263-96-SE-TP-CME-PJ. En cuanto a las sanciones disciplinarias del año 2008 podemos señalar lo siguiente: a) apercibimientos 643; b) multas: 230; c) suspensión: 64; d) propuesta de destitución 122.

Consejo Nacional de la Magistratura CNM, se rige por la Constitución Política y por su propia Ley Orgánica n. 26397 del 12 de diciembre 1994. Tiene como misión el seleccionar, nombrar y periódicamente ratificar a jueces y fiscales sólidamente probos, independientes, provistos de irreductibles valores éticos y morales, idóneos para garantizar la plena vigencia de los derechos de la persona y el respeto de la dignidad, a través de una correcta administración de justicia.

5. *Posible parcialización por parte de algunos Magistrados.*

En cuanto a la lentitud es necesario dejar constancia que esta se comprende por que la carga procesal es enorme en el Poder Judicial, lo que no permite que los Magistrados y Auxiliares Jurisdiccionales ejerzan con tranquilidad y facilidades necesarias su trabajo, consistentes en el servicio de justicia. Es decir es urgente la creación de más órganos jurisdiccionales en el Estado Peruano, para que puedan enfrentar adecuadamente la carga procesal existente en los mismos.

Como señala el Banco mundial debemos de aprender de las reformas⁵³⁸ pasadas y presentar propuestas innovadoras basadas en las lecciones de la internacional *best practice* que garanticen una solución de conflicto pronta y justa. Por lo cual somos del criterio que se deben crear más juzgados y salas especializadas y también que se deben crear Salas y Juzgados de Derecho Comercial o de derecho empresarial⁵³⁹. Siendo un tema de actualidad los juzgados comerciales nos referiremos brevemente a los mismos.

Los Juzgados, órganos jurisdiccionales que son creados de acuerdo a las necesidades del sistema de justicia, por lo cual funcionan juzgados civiles, penales, de trabajo, de familia, entre otros. En algún momento existieron los juzgados agrarios, cuando la legislación agraria así lo requería. También existieron Salas Agrarias y Tribunal Agrario.

De estos juzgados los que conocen materia comercial y empresarial son los juzgados civiles y los laborales, pero éstos no pueden satisfacer las necesidades existentes, por lo cual es necesaria la creación de juzgados comerciales o empresariales.

También tiene como función, procesar disciplinariamente, a jueces, fiscales que, investidos de cualquier jerarquía incurrir en faltas contra los deberes de función, desmereciendo en el concepto público la imagen de probidad, idoneidad e imparcialidad que todo buen juez o fiscal deben observar. Durante el año 2006 se ha destituido 12 magistrados, 5 de ellos pertenecientes a pedidos de destitución correspondientes al año 2006, 4 pertenecientes a pedidos de destitución provenientes del año 2005, pero se han resuelto en el 2006, 2 vocales supremos destituidos a pedido de parte y 1 de oficio; véase:

<http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/gpd/MEMPD2006.pdf>. Además véase: *Project appraisal on a proposed Loan in the amount of us 12 million to the Republic of Perú for a Justice Services Improvement Project*, February 9, 2004, Report N° 27861. Nos señala en cuanto a la posible corrupción en el poder judicial en Perú: A recent WBI report showed that the administration of justice in Peru is particularly afflicted by corruption. Nearly 90% of the enterprises and households surveyed believed that the Judiciary is not independent from political groups, nor that justice has been administered in a fair and equitable manner. In addition, businesses report that bribes are used predominantly to facilitate judicial proceedings, at least twice as often as for other types of procedures. Both managers and public officials alike report that bribes are paid to judicial authorities almost nine times as frequently as those used to obtain Government contracts or public services. Households and businesses overwhelming reported that the justice system cannot function effectively and fairly because of the high costs of processing, the lack of credibility and professionalism among judicial staff, and timeconsuming procedures.

538. The 1990's reform process has left several lessons on how a process should not be designed and implemented: a) "A reform process driven by solutions rather than a profound analysis of the problems faced or the objectives sought is prone to failures": under the 1990s reforms the quantity of innovations replaced a vision of what was being pursued, if indeed that vision existed; b) "Judges' involvement is essential for the success of a reform process"; in Peru, although some of the activities attempted to involve the affected judges in their implementation, for the most part judicial participation was not invited – and certainly not at the policy-making level; c) "The reform process should be articulated around a flexible timeframe that includes short, medium and long-term strategies": since the beginning, the timeframes of the 1990s reforms were unrealistic, which probably accounts for the lack of reliable reports on accomplishments; d) "The improvement of human resource quality in the Judiciary depends on far more than turnover": in the Peruvian case, unless the conditions for recruiting and retaining staff are improved, the replacements are not likely to be much different than their predecessors; e) "Unless the institutional environment encourages improved performance, even those prepared to undertake it are likely to be discouraged and fall into the traditional habits": in Peru, uncertainties in appointments, unmet expectations as to higher salaries, and lack of clarity as to performance standards have negatively affected morale and undercut efforts to improve performance; and f) "Institutional reform is unlikely without institutional leadership": the 1990s reforms did not encourage the emergence of new leaders within the Judiciary and thus the internalization of the reform.

539. Este es un informe sobre el origen de las Cortes de Civil en la especialidad en lo Comercial. Como hemos detallado, estas cortes especializadas han contribuido pero no han solucionado el problema de la gran necesidad de atraer la inversión nacional y extranjera.

La carga procesal de los juzgados comerciales en la actualidad es asumida por los juzgados civiles. Con la creación de dichos juzgados se reducirá la carga procesal de los juzgados civiles, lo cual trae como consecuencia la mejora correspondiente en el servicio de justicia en el Estado Peruano. En tal sentido, la mejora en el servicio de justicia se advertirá en el sistema de justicia peruano. Es conveniente la creación de los juzgados comerciales, por que con ellos nos acercamos a la especialización en ramas del derecho que son poco conocidas. Podría crearse también juzgados empresariales o juzgados especializados en cada una de las ramas del derecho comercial y del derecho empresarial. Lo cual traería como consecuencia una mayor especialización, en las ramas del derecho privado especial.

El derecho civil desde cierta perspectiva no es una especialidad, por que al mismo se le conoce como derecho común. Los juzgados especializados en lo civil desde cierta perspectiva no ameritan denominarse juzgados especializados, sino juzgados de derecho común. Lo que no ocurre con el derecho comercial ni tampoco con el derecho empresarial que si son especialidades dentro del derecho y no son conocidas como derecho común⁵⁴⁰.

El derecho comercial no es tan amplio como el derecho empresarial, por tanto, somos del criterio que podría considerarse mas apropiado la creación de juzgados especializados en derecho empresarial. Pero estos juzgados no tendrían competencia para tramitar asuntos laborales, ya que dicha materia seguiría siendo de competencia de los juzgados de trabajo. El derecho comercial al igual que el derecho procesal se caracteriza por estar conformados por varias ramas del derecho. En tal sentido el derecho comercial está conformado por societario, cartular o cambiario, concursal y bursátil principalmente. Procesal se encuentra conformada por procesal civil, procesal penal, procesal laboral, procesal administrativo, procesal constitucional, y bursátil.

En el Estado Peruano contamos con abogados con estudios profundizados en derecho comercial y en derecho empresarial conforme se advierte con los tratadistas, autores, articulistas de derecho comercial y de derecho empresarial y también con las promociones de las maestrías correspondientes. Sólo existe en los juzgados, pero no en las Salas, por tanto, somos del criterio que también deben existir Salas Especializadas en Derecho Comercial o Derecho Empresarial. No es lo mismo comercial que el empresarial, ya que éste es mas amplio que comercial y por que comercial forma parte de empresarial.

Sin embargo, es necesario dejar constancia que los especialistas se forman en las universidades o a través de investigaciones en cada rama del derecho. Sin embargo, son pocos los abogados que cuentan con obra escrita sobre derecho empresarial, determinando que cuenten con una ventaja competitiva respecto de los demás abogados. Lo comercial se ubica en el derecho privado, pero concursal que forma parte del mismo se ubica en el derecho público, por tanto, podemos afirmar que comercial no se ubica totalmente en el derecho privado, lo cual es advertido poco por abogados, magistrados, fiscales, juristas, jurisconsultos, y estudiantes de derecho.

Para facilitar los estudios sobre la competencia de los juzgados y que exista un marco legal claro en materia de competencia judicial, debe imponerse el criterio que cada vez que se creen o supriman juzgados, se modifique expresamente la ley orgánica del Poder Judicial. Sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46 de la ley orgánica del poder judicial en el cual se precisa que la Corte Suprema atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros juzgados de distinta especialidad, definiendo su competencia.

540. Analizar el Código Civil Italiano (Publicado en la edición extraordinaria de la Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 de abril de 1942); el Código Civil italiano comprende en su articulado temas de derecho comercial, saliendo así de esta manera de la larga discusión doctrinaria entre venta civil y venta mercantil. Se unifica el derecho y al unificarlo se destierran viejas rivalidades. Al contrario de lo señalado por los americanos que señalan que toda categoría del Código Civil tiene implicancia económica, y que el Código Civil debiera ser creado por comercialistas.

Somos del criterio que no se debe esperar a sustituir la ley orgánica del poder judicial para crear juzgados especializados en determinada rama del derecho, para nosotros bastaría con modificarse la actual ley orgánica del poder judicial. Además de todos estos factores o motivos mencionados, existe el de la falta de claridad y de fundamentación de las resoluciones judiciales de los magistrados a todo nivel.

3. *La Jurisdicción Comercial y sus intentos de reforma en el Perú*

En los últimos años la economía peruana ha mostrado un crecimiento sostenido debido a su inserción en el mundo globalizado. Este hecho hace imprescindible la búsqueda de la máxima eficiencia en la resolución de controversias originadas dentro de dichas relaciones comerciales. En este sentido, mientras más crezca la economía, mayor será la necesidad de contar con mecanismos legales idóneos para resolver eventuales conflictos de intereses entre los agentes económicos.

El mayor impacto negativo en la economía es el originado por el desconocimiento de las normas legales, así como el retraso y la incertidumbre que rodean a la administración de justicia, debido a que ello genera inseguridad en los agentes participantes en el mercado, lo que en la práctica se refleja en elevados costos al contratar, en la imposición de gravámenes arbitrarios, o incluso en un menor número de inversiones.

Es por esta razón que para garantizar el dinamismo de la producción, del comercio y de las inversiones, las controversias en materia comercial deben ser resueltas de forma transparente y menos onerosa, brindando a los comerciantes una mayor seguridad jurídica, por parte de los juzgados comerciales.

Cabe mencionar que la Sala y los juzgados comerciales fueron creados con el apoyo de USAID⁵⁴¹, quienes suscribieron un convenio con el Poder Judicial y designaron a IRIS Center como ejecutor del proyecto, además el IFB (Instituto de Formación Bancaria), INDECOPI, la Cámara de Comercio, entre otras entidades apoyaron con la capacitación de los Magistrados y trabajadores en la especialidad comercial⁵⁴².

Si bien esta reforma es aplaudida por unos, también es cuestionada por otros, ya que siendo un tema tan sensible y complejo, es imposible lograr un consenso. Sin embargo, la propia doctrina en materia comercial es mayoritaria en considerar como una necesidad imperiosa que la autonomía del Derecho Comercial se fortalezca y consolide no sólo con la independencia de un Derecho Sustantivo Comercial sino que éste tenga como complemento un Derecho Procesal Comercial, y una Jurisdicción Comercial Especializada⁵⁴³.

La creación de una Sub-especialidad Comercial, es una contribución importante dentro de una política de creación de un clima de credibilidad y seguridad jurídica a los agentes económicos, nacionales y extranjeros y también como una herramienta para fomentar, garantizar e incrementar la inversión nacional y extranjera en nuestro país.

Es también, un importante paso dentro de un proceso de reforma de la administración de justicia y representa para los magistrados una enorme responsabilidad, ya que de ellos se espera resoluciones transparentes, justas y equitativas dentro de la aplicación de importantes principios, tales como la predictibilidad, la probidad, la celeridad y la economía procesal.

541. USAID es la *Agency for International Development*, la agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, es una agencia federal independiente responsable de planificar y administrar la asistencia económica y humanitaria exterior de los Estados Unidos en todo el mundo; véase: <http://www.usaid.gov/español/acerca.html>.

542. El 13 de agosto de 1998 el Dr. Marcos Ibazeta Marino, entonces Presidente de la Corte Superior de Lima, remitió al Presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial del Perú, Dr. Raúl Castillo Castillo, un oficio en el que incluía el Proyecto, anexos y documentos sustentatorios que proponía la creación de la Especialidad Comercial en la Corte superior de Justicia de Lima, Véase: Revista del Poder Judicial, La nueva justicia comercial, IFB, p. 9. El Presidente del Poder Judicial Dr. Hugo Sivina Hurtado designó a la comisión de trabajo denominada “*Comisión Especial de Juzgados Comerciales*”, la cual fue presidida por el vocal supremo Dr. Enrique Mendoza Ramírez.

543. HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo: *Un Acierto: La Creación de la Sub-especialidad Comercial en el Poder Judicial*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 138, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., Lima Perú 2005.

Sus orígenes se dieron con la publicación de la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial n. 019-2004-P-PJ, el día 04 de febrero del año 2004, en la cual se conformó una Comisión Especial encargada de elaborar el Plan de Implementación de Juzgados y Salas Comerciales, la cual mediante Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, creó oficialmente la sub especialidad comercial dentro de la especialidad civil en los órganos jurisdiccionales el 13 de agosto de 2004.

Con ello, se daba ejecución a lo establecido en la Vigésima Séptima Disposición Final del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que fijó el inicio del año judicial de 1994, como punto de partida para la creación y puesta en marcha en la Corte Superior de Lima, de una Sala especializada en lo Constitucional y Contencioso Administrativa, y una Sala especializada en lo Comercial.

a. Competencia inicial

Después de todo esto, definitivamente a partir del 04 de abril del año 2005, entraron en funcionamiento siete Juzgados Comerciales y una Sala Superior especializada en el distrito judicial de Lima, constituyendo este hecho una importante modificación en nuestro sistema judicial. En ese contexto, se determinó que los Juzgados y Salas comerciales, son competentes para conocer: *a)* las pretensiones referidas a la ley de Títulos Valores y en general las acciones cambiarias, causales y de enriquecimiento sin causa derivadas de títulos valores y los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías; *b)* las pretensiones derivadas de la Ley General de Sociedades así como las normas que regulan las empresas individuales de responsabilidad limitada, las pequeñas y medianas empresas y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada; *c)* las pretensiones en materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros; *d)* las pretensiones derivadas de las actividades y operaciones reguladas por el TUO de la ley del Mercado de Valores y normas conexas; *e)* las pretensiones derivadas de la contratación mercantil, entre otros, comisión mercantil, prenda mercantil, *leasing*, *factoring*, franquicia, *know-how*, edición, distribución, concesión comercial, auspicio o patrocinio, riesgo compartido, agencia, y contratos derivados de operaciones con el exterior; *f)* las pretensiones referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico de bienes en general; *g)* la prueba anticipada, tercerías y las medidas cautelares referidas a las materias antes señaladas; *h)* las pretensiones señaladas en la novena disposición transitoria y complementaria de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, que se refieren a las cuestiones comerciales sometidas a competencia de los juzgados y salas comerciales.

En este último caso, se coadyuvará a conocer y resolver todas las solicitudes de designación, y recusación de árbitros que se desprenden de la Ley de Arbitraje, auxiliar jurisdiccionalmente a la ejecución de laudos, de medidas cautelares y la actuación de pruebas, entre otras, siempre y cuando la materia sea comercial.

En cuanto a las Salas, estas conocerán en apelación todas las cuestiones comerciales sometidas en primera instancia a los juzgados comerciales, las contiendas de competencia que le son propias, y los recursos de anulación de laudos arbitrales referidos a materia comercial.

De lo expuesto, se puede apreciar que la delimitación de la competencia de los jueces en materia comercial se realizó a través de una determinación normativa. Por esta razón, es importante recordar que el Derecho Comercial debe estructurarse de forma tal que pueda evolucionar y adecuarse a nuevas situaciones, de lo contrario corre el riesgo de quedarse rezagado ante el dinamismo de la actividad económica⁵⁴⁴.

544. SALAS VILLALOBOS, Sergio: *Juzgados Comerciales Antecedentes, Análisis y Perspectivas en el Sistema Judicial Peruano*, en: *Hechos de la Justicia*. Gaceta Jurídica, Lima – Perú 2003. Ver también: Revista Poder Judicial, *La nueva justicia comercial*, IFB, p. 9. Además: <http://www.rimjc.org/rediberoamericana> de magistrados. HUNDSKOFF EXEBIO, Oswaldo, *Revista de Opinión Jurídica, Urbe et Ius*, p. 203

b. Introducción de la especialidad comercial en Perú

Con relación a la Especialidad en lo Comercial, ésta fue planteada en nuestra Corte Superior, desde hace ya un buen tiempo. Las tendencias modernas en el Comercio, los nuevos instrumentos mercantiles, la globalización en la economía y en las comunicaciones –que trae al país con mas intensidad presencia los contratos modernos-, la necesidad de un rápido y programado retorno de los créditos a efecto de no hacer mas oneroso el mercado crediticio, la aparición de nuevos instrumentos de crédito, entre otros, a impuesto la necesidad de una rápida respuesta especializada por los órganos encargados de resolver los conflictos originados por el incumplimiento de las obligaciones en éstas áreas.

Estos requerimientos vieron la luz normativamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los primeros años de la década del 90, con la expedición del D. Leg. 767; su posterior modificatoria –Decreto Ley N° 25869-, dio origen al T.U.O. aprobado por el D.S. n. 017-93-JUS, del 28 de mayo de 1993.

Precisamente, la vigésima sétima Disposición Final y Transitoria de éste T.U.O., estableció que a partir del año 1994, en la Corte Superior de Lima, además de las otras Salas Superiores que se precisan en dicha norma –entre ellas la Sala Especializada en lo Constitucional y Contenciosa Administrativa debía existir una (01) Sala Especializada en lo Comercial; Dicha norma legal estableció que dicha Sala especializada debía conocer de las siguientes materias:

a) En segunda instancia de las acciones cambiarias y causales derivadas de títulos valores, que sean de su competencia en razón de la cuantía, *b)* de las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad que le son propios, *c)* en segunda instancia de las acciones referentes al Derecho Societario; de Quiebras, de Transporte Marítimo y Aeronáutico, de Seguros, Bancario, Minero y otras materias análogas; y *d)* de los demás asuntos que establece la ley.

La mencionada regulación normativa estableció además que: cualquier cuestionamiento referente a la competencia de la Sala en lo Comercial sobre los asuntos señalados en los incisos precedentes, será resuelto, sin trámite alguno y en decisión inimpugnable, por la propia Sala. En ésta oportunidad no fue prevista la especialidad a nivel de Juzgados Especializados, lo que evidentemente es una deficiencia. Sin embargo, la citada Especialidad no fue implementada durante el año 1994, como lo había establecido la citada Ley Orgánica, ni se inició actividad alguna para ello.

Durante el año 1997, dentro del marco de la denominada “reforma judicial” llevada adelante entre los años 1996 a 2000, en la Corte Superior de Lima se instalaron los conocidos “módulos corporativos civiles” en el edificio “ALZAMORA VALDEZ” Ex-edificio. “Ministerio de Educación”, con un nuevo sistema de organización de los Despachos Judiciales; éstos fueron habilitados con modernos sistemas informáticos y conectados en red. Cada módulo corporativo –que ocupa un piso del edificio- estaba integrado por 7 juzgados con áreas comunes y un administrador.

En dicha oportunidad –abril de 1997- los Juzgados Especializados en lo civil fueron agrupados en función a las vías procedimentales que el nuevo Código Procesal Civil había previsto. Así tres módulos corporativos -tres pisos del edificio, 21 Juzgados civiles- fueron asignados al conocimiento de los procesos tramitados en las vías procesales de “*conocimiento*” y “*abreviado*”; dos módulos fue asignado al conocimiento de los procesos tramitados en la vía procesal “*sumarísimo*” y “no contenciosos”; y tres módulos -tres pisos, 22 Juzgados Civiles- fueron asignados al conocimiento de todos los procesos “*ejecutivos*” y de “*ejecución de garantías reales*”. Estos últimos módulos constituyen el antecedente inmediato de los actuales Juzgados Comerciales.

El año 1998, el Magistrado Víctor Raúl MANSILLA-NOVELLA, presentó ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima⁵⁴⁵, una propuesta que contenía la creación en ésta

545.Siendo Presidente de la Corte Superior de Lima el Dr. Víctor Mansilla Novela.

Corte Superior la Especialidad Comercial. Dicha propuesta fue a su vez elevada a la entonces Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, no conociéndose resultado alguno. El 22 de enero del 2001, el Decano del Colegio de Abogados de Lima y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, suscriben un acta acordando la creación de una Comisión de Evaluación y Rediseño del Sistema de Administración de Justicia, integrada por miembros del *Colegio de Abogados* y Magistrados de la Corte Superior. Entre las diversas propuestas que presentó esta comisión, figura la propuesta de la creación de la Especialidad Comercial en esta Corte Superior. Dicha propuesta fue remitida a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien, tenemos entendido, elevó al *Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*.

El mismo año, el Director del Instituto de Formación Bancaria alcanza una propuesta mejorada de la creación de la especialidad comercial en el Poder Judicial, que tomó la forme de un “Proyecto de Especialización Comercial y Financiera en el Poder Judicial”, el que fue elaborado por diversos Consultores, entre ellos: Francisco EGUIGUREN PRAELI, Gabriel ORTIZ DE ZEVALLOS, Karim CASTRO CRUZATT, Grupo Apoyo, etc.; y con representantes del *Poder Judicial, Ministerio Público, Superintendencia de Banca y Seguros, Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito y la Asociación de Bancos del Perú*, constituyeron un Consejo Consultivo del proyecto.

En la tercera sesión, realizada el 05 de diciembre del 2001, dicho Consejo Consultivo aprobó la propuesta de creación de las instancias Especializadas en Comercio para el Poder Judicial y el Ministerio Público, encargando al Instituto de Formación Bancaria consolidar dichos documentos en uno solo. Ello sucedió en febrero del 2002, en que el citado Instituto formalizó la entrega de tal documento.

Durante el año 2003, USAID, a través de *Iris Center*⁵⁴⁶ realizó diversos estudios y reuniones de trabajo relacionados con la creación de la Especialidad Comercial. Dicha entidad prestó apoyo técnico y económico con miras a la instalación de mencionada especialidad en el Poder Judicial. El 30 de enero del 2004, mediante Resolución Administrativa N° 019-2004-PPJ, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, conformó la Comisión de Juzgados Comerciales encargada de elaborar el Plan de implementación de las Salas y Juzgados Comerciales; ésta Comisión estuvo presidida por el Dr. Javier MENDOZA, Vocal Supremo, e integrada por el Dr. Roger FERREIRA VILDÓZOLA y el suscrito, Vocales Superiores, por la Dra. Roxana JIMÉNEZ, Jueza Civil de la Corte de Lima y por tres técnicos; contó con el apoyo técnico e infraestructura de la entidad *Iris Center*. Dicha Comisión presentó su informe en Julio del 2004, proponiendo, entre otras, las materias que conocerían y un completo plan de implementación de la mencionada especialidad, que incluían la creación de 22 Juzgados y 2 Salas Superiores Especializadas en lo Comercial.

c. Antecedentes:

El 30 de Septiembre del 2004, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Resolución Administrativa N° 006-2004- SP-CS, creó la sub especialidad comercial

546. Iris Center is a non profit organization administered by University Research Corporation International (URCI) a wholly owned non stock, non profit corporation created in 1991 to serve the educational and scientific purposes of the University, specifically including governance of the IRIS Center. The day to day activities of the center are led by Executive Director Dr. Dennis Wood. Iris Center is a research and advisory center located in the Department of Economics at the University of Maryland, College Park. Its mission is to understand and facilitate economic growth and democratic development in poor and transition countries, focusing on the role of institutions, the formal rules by which individuals organize economic, political, and social activity. The research, implementation, and strategy is done in partnership with scholars, international donors, and reformers, IRIS, designs and supports reform efforts, improves the delivery of foreign assistance, and promotes knowledge sharing. Iris center es reconocido como: a) a pre-eminent policy research institute on institutional reform and economic development; b) an implementer of innovative reform projects in the field; c) a source of strategic thinking and insight on development issues. Véase:

http://www.iris.ud.edu/staticReader.aspx/about_IRIS.htm entre los proyectos desarrollados por Iris Center podemos mencionar: a) modernizing the Justice Sector in Perú; b) Testing Poverty Assessment Tools in Perú.

dentro de la especialidad civil⁵⁴⁷, asignándole la respectiva competencia por razón de materia⁵⁴⁸. La Sala Plena encargó al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la creación e instalación progresiva de los Juzgados y Salas Comerciales en los Distritos Judiciales que lo requieran. El 06 de Octubre del 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 185-2004-CE-PJ dispone la creación en el Distrito Judicial de Lima de 02 Salas Superiores y 22 Juzgados Especializados en lo Civil con la sub especialidad comercial, con la competencia asignada en la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, citada línea arriba. En dicha Resolución se dispone la entrada en funcionamiento de 01 Sala Superior y 07 Juzgados Especializados de la mencionada sub especialidad. Luego de diversas prórrogas, el 05 de abril del 2005, finalmente iniciaron el funcionamiento los mencionados órganos jurisdiccionales. El Presidente del Poder Judicial Walter Vásquez Bejarano inauguró inicialmente siete juzgados de la sub especialidad llamados a acelerar el ritmo de la administración de la justicia y para poner en práctica los principios de probidad, celeridad y economía procesales para el bien común⁵⁴⁹.

 547. HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo, *La creación de la jurisdicción Comercial dentro del Sistema Judicial peruano*, en *Urbe et Ius*, Ed., n. IV, Primavera, MMV; realiza un análisis de los antecedentes sobre la creación de la Corte Comercial: el día 4 de febrero del 2004, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial n. 019-2004-P-PJ, conformándose una Comisión Especial encargada de celebrar el Plan de Implementación de Juzgados y Salas Comerciales, según lo establecido por la Vigésima Séptima Disposición Final del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo n. 017-93-JUS, que fijó como punto de partida para la creación y puesta en marcha en la Corte Superior de Lima, de una Sala especializada en lo Constitucional y Contencioso Administrativa, y una Sala especializada en lo Comercial. La segunda Sala Especializada, dentro del proyecto global, comprenderá los Distritos Judiciales de Arequipa, La Libertad, y Lambayeque y los otros Distritos Judiciales cuyos requerimientos y necesidades así lo exijan.

548. La citada Resolución Administrativa, con relación a la competencia por razón de materia, estableció lo siguiente:

1.- *Juzgados Civiles de la Especialidad comercial conocen:* a) las pretensiones referidas a la Ley de títulos valores y en general las acciones cambiarias, causales y de enriquecimiento sin causa derivadas de títulos valores y los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías; b) as pretensiones derivadas de la Ley General de Sociedades así como las normas que regulan las empresas individuales de responsabilidad limitada, las pequeñas y medianas empresas y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada; c) las pretensiones en materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica del la Superintendencia de Banca y Seguros; d) las pretensiones derivadas de las actividades y operaciones reguladas por el TUO de la Ley de Mercados y Valores y demás normas complementarias y conexas; e) las pretensiones derivadas de la contratación mercantil, entre otras, comisión mercantil, prenda mercantil, *leasing*, *factoring*, franquicia (*franchising*), licencia de transferencia de saber o de tecnología (*Know how*), edición distribución, concesión comercial, auspicio o patrocinio (*sponsorship*), riesgo compartido o aventura conjunta (*join venture*), agencia, corretaje y los contratos derivados de operaciones de comercio exterior; f) las pretensiones referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico de bienes en general; g) la prueba anticipada, tercerías y las medidas cautelares referidas a las materias antes señaladas; h) las pretensiones señaladas en la novena disposición complementaria y transitoria de la Ley General de arbitraje que se refieren a las materias señaladas en los incisos a al f del presente numeral; i) en grado de apelación, los procesos resueltos por los juzgados de paz letrados sobre los asuntos en materia comercial; j) de los demás asuntos que les corresponda conforme a ley.

2.- *Las Salas Superiores de la sub. especialidad comercial conocen:* a) en grado de apelación los procesos resueltos por los juzgados de la sub. especialidad comercial. Así como las quejas de derecho por denegatoria de recursos de apelación; b) de las contiendas de competencia que le son propias. Este trámite será decidido por resolución inimpugnable; c) de los recursos de anulación de laudos arbitrales y, en su caso, el de apelación de laudos arbitrales, referidos a las materias comerciales señaladas en el numeral anterior. En general las pretensiones contenidas en la octava disposición complementaria y transitoria de la Ley general de arbitraje; d) de los demás asuntos que señale la ley.

549. Se implementan los juzgados comerciales el 5 de abril 2005, siendo Presidente del Poder Judicial el Dr. Vásquez Bejarano, Presidente de la Corte Superior de Lima, María Zavala. Los juzgados fueron cinco: 1er Juzgado Comercial, Dra. Rosario Alfaro Lanchitupa, 2do. Juzgado Comercial Dr. Rose Mary Parra Rivera; 3er Juzgado Comercial Luis Miguel Gamero Vildoso, 4to Juzgado Comercial Ana Marilú Prado Castañeda, 5to Juzgado Comercial Dra. Diana Matilde More Morey, 6to Juzgado Comercial Dr. Manuel Alipio Román Olivas, 7mo Juzgado Comercial Néstor Fernando Paredes Flores. La Corte de Lima designó al Dr. Julio Martín Wong Abad como Presidente de la Primera Sala Civil Superior en la Subespecialidad Comercial, y como vocales a los magistrados Yaya Zumaeta y Gustavo Ruiz Torres. El plan final sobre la creación de esta sub especialidad es contar con 22 juzgados y dos salas especializadas. Véase también: Apoyo a la Especialización Financiera de los Poderes Judiciales experiencia 1999-2005, Asociación de Bancos del Perú, Instituto de

Estos juzgados fueron creados con inversión económica del Poder Judicial y de la cooperación internacional, como fue el caso de USAID a través de IRIS CENTER Perú, con la finalidad de aliviar la excesiva carga procesal de las salas y juzgados civiles, las cuales procesaban el 37% de las más de 1200000 demandas que ingresan, en promedio, anualmente al distrito judicial de Lima, así como reducir el tiempo de los procesos y mejorar la calidad de las sentencias y así, asegurar una mayor seguridad jurídica para promover la inversión privada⁵⁵⁰.

Mediante Resolución Administrativa n. 115-2006-CE-PJ, del 18 de setiembre del 2006 se crean cinco plazas de jueces especializados adicionales⁵⁵¹.

4. *Análisis perspectivas y propuestas*

Aun cuando otras áreas del Poder Judicial requieren de una urgente atención, es de resaltar que la creación de la especialidad comercial en el Poder Judicial, constituye un esfuerzo que es preciso resaltar. Como es por todos conocido existe un deterioro crónico de la imagen del Poder Judicial frente a la ciudadanía; la población ve en este Poder del Estado no solo casos de corrupción, sino también dilación procesal.

Cerca del 80% de la población del país tiene poca o ninguna confianza en el Poder Judicial; que un casi 13% confía algo en dicho Poder del Estado y un pequeño porcentaje confía plenamente en él. Un estudio realizado por Instituto Apoyo, en Julio del 2000, estableció que la población consideraba a la justicia como lenta, costosa, impredecible, corrupta, poco accesible; en otras palabras, que los procesos son lentos y costosos, las decisiones judiciales son inciertas; que existe corrupción en los procesos; y que el acceso al servicio de justicia es desigual.

La posible corrupción, en sus diversas manifestaciones, constituye un hecho objetivo que debe ser extirpado, no solo del Poder Judicial, sino de toda la Administración Pública en general. Se encuentra en la esfera ética y moral de las personas, por lo que, se le debe combatir de manera continua en ese nivel y además a través de los mecanismos de control preventivo y posterior con leyes precisas que contemplen el cumplimiento de las múltiples normas administrativas, como son: a) la rendición de cuentas; b) la rotación de personal; c) delimitación de funciones; d) superior único. No obstante tal fenómeno no desaparecerá fácilmente, por lo que nuestra atención debe ser permanente; sino también con una formación ética desde la niñez

Con relación a la dilación de los procesos, se puede afirmar, sin temor a equívoco, que la principal causa de ello es la sobrecarga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales; se debe agregar, en algunos casos, la falta de vocación de servicio del magistrado o de los auxiliares

Formación Bancaria; donde analizan las dilaciones excesivas de los procesos de carácter financiero en el Perú: a) títulos ejecutivos (cheques, letras, pagarés), plazo máximo de la ley 25 días, demora promedio 24 meses; b) ejecución de garantías (hipotecas, prendas, finanzas) plazo máximo de ley 11 días, demora promedio 18 meses; c) medidas cautelares (embargos, depósitos) plazo máximo de ley: no establece plazo, demora promedio 36 meses. Además nos menciona los elementos que a su criterio conducen a la inseguridad jurídica en lo comercial: a) morosidad en la tramitación de los procesos; b) carácter contradictorio de los fallos; c) desconocimiento de la materia financiera; d) indebida utilización de mecanismos procesales. En cuanto al impacto negativo para el Perú: a) la inseguridad jurídica encarece los costos y transacciones de personas y empresas; b) se generan sobrecostos financieros que elevan la tasa de interés; c) se incrementa el riesgo país y el dinero prestado del exterior resulta más caro; d) bajan las inversiones nacionales/extranjeras y aumenta el desempleo.

550 Sobre la creación de los Juzgados Comerciales véase: *Juzgados Comerciales, Un reto compartido*, Consorcio Justicia Viva, 15 de febrero de 2007 en <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007>. El presente artículo nos da a conocer un primer balance sobre la implementación de los juzgados: El tiempo promedio de duración del trámite de un proceso en el Poder Judicial es de veinticuatro meses. Sin embargo en el juzgado comercial es de solo siete meses, es decir un 71% menos de tiempo. Además se enfatizó el tiempo de calificación de las demandas que en promedio es de cuatro días. Otro aspecto importante fue la publicación de sus principales resoluciones en la página web de la Corte Superior de Lima, ayudando con esto a la predictibilidad de los fallos en las materias de su competencia. Ver: CORNEJO, Rosmary, *IV Seminario Interamericano sobre Gestión Judicial de la CEJA*, noviembre 2006.

551 Dos juzgados Civiles con subespecialidad comercial iniciarán sus funciones con carga cero, tres juzgados civiles con subespecialidad comercial tendrán a su cargo en forma cuantitativa, los procesos de dicha materia que se encuentren en trámite ante el 13, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 Juzgados Civiles de Lima, respectivamente.

jurisdiccionales o la deficiente formación profesional de los mismos.

Por ello la selección de los Magistrados⁵⁵² y del personal auxiliar, la honestidad, vocación profesional y de servicios- resulta clave para superar éste defecto en el Poder Judicial. La capacitación de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales y la especialización de los órganos jurisdiccionales. Es también parte de la solución a éste problema. Lo es también, por supuesto, el incremento del número de Juzgados y el uso de un idóneo sistema de organización del despacho judicial que permita la presencia de un órgano jurisdiccional ágil, eficiente e integrado con rápidos sistemas informáticos. Una buena remuneración, no solo al magistrado, sino también al auxiliar jurisdiccional es un buen incentivo para lograr el compromiso con el trabajo cotidiano en los despachos y evitar las tentaciones de agenciarse de ingresos ilegales.

En este contexto la creación de la especialidad comercial constituye en realidad un avance y contribuye en la corrección de uno de los defectos que se le atribuyen al Poder Judicial: la falta de calidad de los fallos –motivación in idónea, fallos contradictorios, entre otros- y la demora en la solución de los conflictos.

El volumen principal –casi el 80% o un poco mas- de la carga procesal que soporta la especialidad comercial proviene de los Juzgados que conocían los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías reales. Se calculó que constituía un tercio de la carga total de los 66 Juzgados Civiles que existían en Lima.

Si consideramos que son 22 los nuevos Juzgados Civiles sub especializados en lo comercial, podremos apreciar que en breve existirán en Lima 88 Juzgados en dicha especialidad –civil-, lo cual representa una ventaja comparativa con otras especialidades al interior del Poder Judicial; a ello debemos agregar que los citados nuevos Juzgados, que iniciaron sus labores jurisdiccionales con carga cero, no son competentes para conocer de los procesos constitucionales -amparo cumplimiento, habeas data -, que en los otros Juzgados Civiles representan casi el 50% de su carga procesal⁵⁵³.

Aun cuando la carga procesal de los procesos constitucionales tiende a reducirse por la residualidad establecida por el nuevo Código procesal Constitucional- y a los recientes pronunciamientos expedidos por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que la Especialidad Comercial tiene resuelto por ahora el problema de la carga procesal, pues tendrán en un breve término una que permitirá ser atendida en forma rápida y oportuna⁵⁵⁴; esperamos que con el plan de capacitación al que han sido sometidos los Magistrados de dicha especialidad, los fallos

552.En cuanto a las modalidades de elección de los magistrados podemos señalar la siguiente propuesta: los primeros alumnos de las Facultades de Derecho del Perú serían contratados en los juzgados como asistentes o secretarios de juzgado, y de allí iniciar una carrera en la función pública donde pueda ascender de acuerdo a sus capacidades, este modelo sigue al modelo alemán, donde sólo los mejores son elegidos para el sistema de administración de justicia. Además el examen de colegiatura debería ser único y simultáneo como en USA, en dos días: a) el primer día: *multiple choice* y el segundo día debería ser *case study*. Podremos también seguir la modalidad italiana en cuanto a la colegiatura, donde: los graduados de las Facultades de Derecho deben de realizar dos años de prácticas profesionales, más acudir a la Corte de Justicia a escuchar un determinado número de casos y al final un examen ante la corte donde desee practicar para poder colegiarse.

553.El Poder Judicial es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional. Cuenta con dos tipos de órganos: los de dirección o gobierno y los órganos jurisdiccionales. Además la Oficina de Control de la Magistratura y un órgano de capacitación denominado Academia de la Magistratura. Por otro lado, con autonomía funcional y administrativa se cuenta con el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura. El órgano máximo es la *Corte Suprema de Justicia*, la cual falla en casación o en última instancia, posee 7 salas; *Cortes superiores* de justicia, con competencia jurisdiccional al interior de su respectivo distrito judicial. A diciembre de 2006 se contaban con 174 salas de cortes superiores a lo largo del país: se distribuyen en 51 salas civiles, 77 penales, 9 laborales, 2 de familia y 35 mixtas; *juzgados especializados y mixtos*: ubicados en las capitales de las provincias, al 2006 existían 955 juzgados especializados y mixtos: 219 civiles, 327 penales, 73 laborales, 100 de familia y 236 mixtos. *Juzgados de paz letrado*: con un total de 458 al 2006.

554.Según información proporcionada por el Presidente de la Sala Comercial, en la actualidad los procesos se concluyen, en dicha especialidad, en dos (02) meses; ello obviamente es un record.

mejorarán en calidad y se harán predecibles⁵⁵⁵.

5. Programa de Inversión Pública para la Modernización del Sistema de Administración de Justicia

El Ministerio de Justicia en el marco de la modernización de justicia (GTAN, Acuerdo Nacional, CERIAJUS, entre otros) ha elaborado, de acuerdo a los parámetros del Sistema Nacional de Inversión Pública, el Programa de Inversión “Modernización del Sistema de Administración de Justicia para la Mejora de los Servicios Brindados a la Población Peruana”⁵⁵⁶. Organizando cuatro componentes: *a)* desarrollo del Sistema Electrónico de Información de la Administración de Justicia-SEIAJ; *b)* Fortalecimiento de las Competencias de los Operadores del Derecho (involucra tanto al personal administrativo como el jurisdiccional); *c)* implementación de los Centros Integrados del Sistema de Administración de Justicia-CISAJ en la especialidades Penal Civil, Familiar y Laboral (concentrará los servicios del Poder Judicial el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia); *d)* el fortalecimiento del Sistema Penitenciario.

Debemos de mencionar que este plan no incluye a la especialidad comercial, especialidad que cobra gran importancia visto el inminente desarrollo comercial del país gracias a los Tratados de Libre Comercio que está negociando, sea con los Estados Unidos, la Unión Europea y los países asiáticos.

El Ministerio de Justicia nos presenta once lineamientos básicos que comprenderá el programa de modernización: *a)* Impulsar el acceso universal a la justicia, dando prioridad a las poblaciones campesinas y nativas⁵⁵⁷; *b)* promocionar los mecanismos alternativos de solución de conflictos; *c)* priorizar el enfoque de servicio a la población, a fin de lograr que el servicio brindado se preste con calidad, tiempo y costo razonable; *d)* articular los servicios desde un enfoque sistémico en las intervenciones; *e)* garantizar la predictibilidad en la administración de justicia, a través de mecanismos jurisdiccionales; *f)* respetar, de manera irrestricta, la autonomía de las instituciones que forman parte del Sistema de Administración de Justicia; *g)* promocionar las políticas de concertación y coordinación interinstitucional entre los poderes del Estado, todas ellas orientadas a la modernización del SAJ; *h)* participación activa de la Sociedad Civil en el proceso de modernización, generándose transparencia en los procesos que legitimen las acciones; *i)* implementar la gestión por resultados en la ejecución de los recursos asignados;

555. Reciente información refiere que ésta bonanza productiva en ésta especialidad sería temporal, pues sino entran en funcionamiento en forma oportuna el resto de órganos jurisdiccionales -15 juzgados y 1 sala adicionales-previstos, se producirá, en los próximos meses, una saturación de los actuales Despachos judiciales.

556 Para ver los detalles del Programa de Modernización de la Administración de Justicia ver <http://www.minjus.gob.pe/Modernizaci3n dela Justicia/index.asp>

557. El Perú posee una alta densidad de culturas, con 14 familias lingüísticas y aproximadamente 44 etnias de las cuales 42 ubicadas en la Amazonía. La protección de las comunidades nativas y campesinas en el Perú se encuentra en la Constitución Política del Perú de 1993 en sus artículos 88, que manifiesta el respeto a la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, el art. 89 que le reconoce la existencia legal y su autonomía. Además la Ley 24657, Ley general de las comunidades nativas y campesinas, que declara la necesidad nacional y el interés social y cultural del desarrollo integral. Además podemos señalar que el Perú ha ratificado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Nativas, con el cual se reconoce formalmente que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y a la riqueza de las civilizaciones y de las culturas y que contribuyen al patrimonio común de la humanidad. Además podemos mencionar las siguientes leyes: Ley sobre la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica Ley n. 26839; Ley que establece el régimen de los conocimientos colectivos de las poblaciones indígenas vinculadas a los recursos biológicos Ley 27811; Ley sobre la inversión privada en el desarrollo de la actividad económica en las tierras del territorio nacional y en las comunidades campesinas y nativas, etc.

j) articular los procedimientos desde un enfoque sistémico de las intervenciones; k) articular las fuentes de financiamiento, a fin de generar sinergias y hacer uso eficiente de los recursos públicos. Dentro de éstos aspectos debería mencionarse el planteamiento de nuestra hipótesis que estamos analizando.

6. Conclusiones

La presente investigación nos muestra los beneficios que una corte especializada trae al comercio nacional e internacional, justo en el momento más adecuado, en el de la celebración de Tratados de Libre Comercio y el Proceso de regionalización del Perú con las Naciones Latinoamericanas.

En cuanto a la creación de la Corte de Comercio en Perú podemos señalar que en su inicio el proyecto funcionó pero conforme fue ampliándose la jurisdicción y competencia, más la carga procesal, estos juzgados no están favoreciendo al comercio nacional ni internacional. Las sentencias prontas y eficientes que se preveían, no son ni prontas ni eficientes. Todo esto genera que los comerciantes litigantes elijan mecanismos alternativos de solución de conflictos para solucionar sus *litis*. Consideramos que el sistema de justicia comercial en el Perú debe de mejorar y el aporte especial que podemos brindar es la creación de un Juzgado Especializado para Inversión Extranjera y Casos Complejos de comercio.

Sentencias prontas y eficientes con Jueces probos y capacitados, expondrán al Perú internacionalmente y atraerá la inversión extranjera, por su confiabilidad legal y financiera.

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL PODER JUDICIAL Y DE LOS JUZGADOS COMERCIALES.

BIBLIOGRAFÍA

Doing Business Perú, World Bank Group, Washington 2008; *Analyst's View on the Peruvian Economy*, Perú May 2007, Proinversión; PERU- *Justice Services Improvement*, Project N° P073438; Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 de abril de 1942 Italia; HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo: *Un Acierto: La Creación de la Sub-especialidad Comercial en el Poder Judicial*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 138, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, Lima Perú 2005; SALAS VILLALOBOS, Sergio: *Juzgados Comerciales Antecedentes, Análisis y Perspectivas en el Sistema Judicial Peruano*, en: *Hechos de la Justicia*. Gaceta Jurídica, Lima – Perú 2003; HUNDSKOFF EXEBIO, Oswaldo, *Revista de Opinión Jurídica, Urbe et Ius*; HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo, *La creación de la jurisdicción Comercial dentro del Sistema Judicial peruano*, en *Urbe et Ius*, Ed., n. IV, Primavera, MMV; *Juzgados Comerciales, Un reto compartido*, Consorcio Justicia Viva, 15 de febrero de 2007; CORNEJO, Rosmary, *IV Seminario Interamericano sobre Gestión Judicial de la CEJA*, noviembre 2006.

ANÁLISIS SOBRE LA CREACIÓN DE UN JUZGADO PARA INVERSIÓN EXTRANJERA Y CASOS COMPLEJOS DE COMERCIO CON LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CORTES DE DELAWARE Y CAROLINA DEL NORTE.

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Estado actual. – 3. Los Decretos Legislativos sobre la aceleración de los procesos judiciales, administrativos y comercio. – 4. Porqué crear un JCCC si existen tribunales arbitrales. – 5. Análisis de la legislación peruana sobre la creación del JCCC. – 6. Criterios objetivos y subjetivos para resolver la complejidad. – 7. La especialización de la sociedad. – 8. Conclusiones.

1. Introducción

Como consecuencia de los estudios realizados en las universidades americanas y europeas, es que los académicos junto a los inversionistas propusieron la creación de una corte similar a la de Delaware y Carolina del Norte para el Perú⁵⁵⁸, opinando que los inversionistas desean una corte en los países latinoamericanos, con las características propias de sus cortes y en especial con las características de las mejores cortes de comercio del mundo. El ejemplo de Delaware

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

558. Entre los Juristas entrevistados para la realización de la encuesta podemos señalar: Norman VEASEY, ex Delaware Supreme Court Chief. Nos señala que las cortes de comercio de Carolina del Norte han sido modeladas en base del modelo de Delaware con la finalidad de atraer a los negocios al Estado. Los únicos comentarios contrarios a esta corte es que podría ser una corte elitista, creando una *different tear of justice*. Entre las observaciones realizadas por el Chief Justice: The Superior Court have no calendar, the court has to study the casa from the begining to the end. El juez TENNILE decidirá lo cuál juez será el encargado de llevar el proceso y lo clasificará como caso complejo o no. En cuanto al uso de los mecanismos alternativos en el proceso, estos son obligatorios y el juez incitará a las partes terminar el proceso mediante la composición amistosa de las partes. Veasey nos muestra una diferencia básica entre la corte de comercio de Carolina y la de Delaware, que es la posibilidad de elegir un jurado en la Corte de Carolina del Norte. Entrevista realizada por el doctorando el 20 de febrero 2007. Véase También la entrevista al Juez Benn Tennille: nos menciona tres developments: el caso de Ohio, Florida y Carolina del Sur, estos casos son importante por que evidencian el desarrollo y la influencia de las cortes de Comercio de Carolina y Delaware, no solo en Estados Unidos, sino a nivel mundial. Además nos señala que uno de los entes encargados de impulsar el desarrollo comercial en USA es el ABA con su sección comercial. Entre las características más importantes de estas cortes podemos señalar: a) *same court objectives*; b) *Body of Judges with expertize*; c) *written opinions, case laws*, que hacen posible que se cree un cuerpo de case law----. Entre los casos más vistos en la Corte de Comercio de Carolina del Norte podemos señalar que son: a) *technology cases*; b) *merger and acquisitions*, todos estos casos son resueltos en un promedio de 60 a 90 días. Lo que busca el que los resultados sean más eficientes y eficaces. Además entre las características especiales de esta corte es el *e-filing*, las reglas del *e-discovery*.

En cuanto al personal de cada juzgado, la CCCN, posee tres jueces, cada juez cuenta con un administrativo y un *court clerk*. Ver además la entrevista al Juez de Comercio de Carolina del Norte Albert Díaz de la Corte de Charlotte. Además en el Perú la entrevista al Vocal de la Corte de Comercio: LAMA MORE: quien manifiesta que actualmente el 70% de los casos en la Corte de Comercio son de cobro de créditos, 60% de éstos casos pertenecen a las instituciones financieras.

La tendencia actual es la de desprenderse de los cobros de créditos. En su inicio se creo con el presente fin, luego se aumentó transportes y seguros y así progresivamente su competencia fue creciendo. La tendencia actual es desprenderse del cobro de créditos y quedar con seguros, temas bursátiles y transportes, si es posible insertar la inversión extranjera. En cuanto a la duración de los procesos: el tiempo promedio en la demora en los juzgados es de 4 meses, el tiempo de programación en la Sala es de 6 meses. Actualmente cada juzgado posee alrededor de 2 mil expedientes. En cuanto a la creación de la especialidad JCCC, nos señala que es una muy buena idea, que podemos copiar por lo realizado en la especialidad contencioso administrativa, quienes crearon la subespecialidad *previsional*.

es internacional, atrajo el capital a los Estados Unidos brindando un clima beneficioso para los inversionistas, a través de leyes especiales y a través de una corte especializada con características especiales al momento de administrar justicia.

2. Estado Actual

De las materias asignadas a la especialidad comercial, la que más atención prestan los Magistrados -decíamos casi un 80%- es la referida a los *Juicios ejecutivos y de ejecución de garantías reales*; se trata en realidad de procesos destinados a la recuperación de los créditos impagos. En esencia estamos ante procesos cuyo objetivo es lograr que los acreedores “cobren a sus deudores”. Respecto a las otras materias, algunas de ellas no llegan al Poder Judicial debido a que incorporan, generalmente en los contratos cláusulas de arbitraje, y otras porque los conflictos se originan en decisiones expedidas por autoridades administrativas que se ventilan en el proceso contencioso administrativo.

Resulta que la especialidad comercial podría quedar reducida a ser una simple y “eficiente maquinaria de cobro a morosos”; lo que obviamente no creo haya sido la intención al crear esta especialidad; máxima si existen otras áreas mucho más sensibles desde el punto de vista social- pendientes de ser atendidas con medidas urgentes y que se encuentran en una dramática situación, como es el caso de la especialidad contencioso administrativa o la de los procesos penales a cargo de los juzgados anticorrupción⁵⁵⁹, entre otros.

En la Comisión de Magistrados encargada de elaborar el proyecto, se discutió este tema y se planteó la idea de mantener inicialmente la competencia en estas materias, quedando pendiente una futura modificación de ésta. Creo que ésta especialidad no debe limitarse a las materias actualmente asignadas, cuya composición –en volumen- se ha indicado líneas arriba; deben incluirse además las siguientes materias:

a) aquellas pretensiones vinculadas a los procesos concursales -ex procesos de quiebras-, pretensiones derivadas de los derechos de propiedad industrial o intelectual, derechos de autor, derecho de marcas, patentes, etc., que están a cargo de INDECOPI.

b) Para ello debería conferirse la facultad –previa modificación legislativa- de conocer también los procesos contencioso administrativo que guarden relación con lo empresarial –concursal-, en lo comercial –derecho de propiedad industrial, intelectual, marcas, patentes, etc.-; en lo financiero y de seguros decisiones de la Superintendencia de Banca y Seguros; incluso referidos a los pronunciamientos de la CONASEV⁵⁶⁰;

559. Mediante resolución administrativa 024-2001-CT-PJ, el Consejo Transitorio del Poder Judicial autorizaba al presidente de la Corte Superior de Lima, en ese entonces el Dr. Sergio Salas Villabos, a crear seis juzgados y una Sala Penal Superior Anticorrupción. El máximo órgano del Poder Judicial justificaba la creación de estas instancias anticorrupción por la complejidad y la especial extensión de los casos (casos de Montesinos).

Debemos de anotar que muchos casos de los cuales actualmente son llevados a proceso, en otros países como los Estados Unidos, son resueltos por autoridades administrativas, de manera ágil, por ejemplo, el caso del incumplimiento del pago de la merced conductiva por un alquiler, esto es resuelto por el sheriff, el cual otorga un plazo de 30 días para cumplir con el pago, ante el incumplimiento de esta orden el sheriff procede a desalojar al inquilino.

560. CONASEV, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores es una institución pública del sector Economía y Finanzas. Fue creada el 28 de mayo de 1968, habiendo iniciado sus funciones el 02 de junio de 1970, a partir de la promulgación del Decreto Ley 18302. Actualmente se rige por su ley orgánica D. Ley 26126 del 30 de diciembre 1992. Su finalidad es promover el mercado de valores, velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa y económica. De acuerdo a la Ley de mercado de valores, Decreto Legislativo 861. Entre sus funciones podemos señalar: a) estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores, controlando a las personas naturales y jurídicas que intervienen en éste; b) velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de precios en ellos y la información necesaria para tales propósitos; c) promover el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas; d) reglamentar y controlar las actividades de las empresas administradoras de los fondos colectivos entre otros.

c) De las pretensiones referidas a los pronunciamientos expedidos en la vía administrativa en los Registros Públicos en asuntos vinculados al registro de sociedades al registro de actos jurídicos referidos a otras materias de índole comercial; etc., asimismo, en su momento depurar los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías reales, para quedarse solo con aquellos que tengan estrictamente connotación comercial.

Finalmente, queremos hacer notar el nivel de preparación que se requiere entre los operadores judiciales para resolver estas causas. Si bien con la creación de los juzgados y salas comerciales se busca que el Poder Judicial cuente con órganos especializados que permitan elevar la calidad de los fallos judiciales, consideramos que tales órganos deberán estar conformados por profesionales especialistas en la materia. Esto no solo comprende a los magistrados, sino también a los especialistas legales y asistentes, pues son estos últimos quienes efectúan los proyectos de las resoluciones

3. Los Decretos Legislativos sobre la aceleración de los procesos judiciales procesos administrativos, de comercio.

Mediante la Ley 29157 se delega al poder ejecutivo la facultad de legislar sobre materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú con los Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento⁵⁶¹. La delegación fue realizada por un plazo de 180 días calendario y comprende la facultad sobre las siguientes materias: a) facilitación del comercio; b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado; c) mejora de la administración de la justicia en materia comercial y contencioso administrativa, para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial; d) promoción de la inversión privada; e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; f) promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas; g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y, h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y las medidas necesarias para la mejor competitividad económica para su aprovechamiento sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades señala el artículo 1.

Entre los principales decretos legislativos referentes al comercio podemos señalar: a) 1031 Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial en el Estado; b) 1033 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial INDECOPI; c) 1034 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; d) 1036 Decreto Legislativo que establece los alcances de la Ventanilla Única de Comercio Exterior; e) Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de construcción de viviendas de interés social a fin de mejorar la competitividad económica en las ciudades. Etc.⁵⁶².

561. Delegación realizada en base a lo previsto en el segundo párrafo del inciso 4 del art. 101 y el art. 104 de la Constitución Política del Perú, y lo establecido en el inciso d del numeral 1 del artículo 76 y en el artículo del Reglamento del Congreso de la República.

562. Con el propósito de generar más trabajo formal y de aumentar el valor de lo producido en el país, logrando así mayor tributación y más construcción de instalaciones industriales, el Gobierno ha dictado un conjunto de audaces medidas que darán su fruto en los meses y años siguientes. Hemos alcanzado ya gran velocidad en la inversión privada, que pasó de 15% a 23% del Producto Bruto en el año 2007. En ese año, el Perú alcanzó 9% en el crecimiento, que ahora se proyecta a más del 8%. La generación de empleo formal y la reducción de la pobreza hasta 5 puntos en el año 2007 demuestran lo acertado del rumbo, pero todo eso no es suficiente aún para alcanzar y superar en velocidad social a las economías más competitivas. El Perú necesita más productos mediante Tratados de Libre Comercio (Estados Unidos, Canadá, China, Corea, Singapur, etc.) y abrirnos nuevas áreas de inversión

4. ¿Por qué crear un JCCC si existen los tribunales arbitrales?

Los inversionistas tanto nacionales como extranjeros deben de tener la opción de elegir entre la jurisdicción común, respaldada por el Estado y el arbitraje. Con respecto al arbitraje debemos señalar que no es predecible visto que los colegios arbitrales son los que señalarán los árbitros que resolverán el problema, además es un procedimiento costoso, a criterio de algunos inversionistas y doctrinarios no es demasiado veloz. Una de las críticas más severas es que para ejecutar un laudo arbitral se necesita del Estado, debiendo recurrir a él para esta ejecución. Por otro lado, el JCCC posee todo el respaldo del Estado, sus resoluciones serán prontas y realizadas por un juez con la capacitación doctrinaria y práctica, quién administrará justicia y de esta manera brindaremos a los inversionistas la seguridad para realizar sus inversiones en Perú.

Otro de los problemas de los laudos arbitrales es el de su ejecución, supeditada al poder Estatal, más aún si son laudos arbitrales extranjeros⁵⁶³, los cuales deberán ejecutarse en territorio nacional previo proceso de exequátur. En el caso de temas comerciales debiera ser la Corte Comercial la que debe ser competente en temas comerciales.

dentro del país en zonas que por razones ideológicas o irracionalidad, aún permanecen cerradas.

Para ello, se modifica la Ley General de Pesca (26-D.Leg. 1027) y se establece el límite máximo de la captura de anchoveta por embarcación (27-D.Leg. 1084), ordenando el sistema de extracción y permitiendo que parte de la flota actual se reoriente al consumo humano directo, en el que el Perú a pesar de ser el primer país pesquero, tiene cuotas de consumo por habitante muy inferiores a otros países, lográndose también el cuidado del ambiente y de la biomasa extraíble.

Pero el uso de tierras eriazas y recursos mineros ha sido detenido largos años por el régimen de concesiones y denuncios sin metas de inversiones obligatorias y sin plazos máximos. Eso es abordado por la modificación de la Ley General de Minería (28-D. Leg. 1010) que debe favorecer asociaciones, ventas y nuevas inversiones. Un nuevo marco normativo eléctrico (29-D.Leg. 1041), y la Ley de Generación Eléctrica con Energías Renovables (30-D. Leg. 1058) permiten mayor competitividad a la generación hidráulica (32-D. Leg. 1058) permiten mayor competitividad a la generación eléctrica de fuentes eólicas, solares, geotérmicas, etc., asegurando mayor calidad de vida y protección del ambiente, en tanto que se facilita la electrificación rural por el Estado (32-D. Leg. 1001).

Por primera vez, se dicta la ley que promueve el desarrollo de tierras eriazas gracias a la desalinización del agua del mar (33-D. Leg. 1007) y se norma la acuicultura en las lagunas, los ríos y el océano, que permitirá una inversión moderna en esa área desaprovechada como fuente de alimentación y empleo. (34-D. Leg. 1032). Todas éstas son medidas de fomento a la inversión, como lo son también la Ley de Acceso a la Infraestructura de Telecomunicaciones (34-D. Leg. 1019), que permite el uso compartido de las bases físicas para brindar mayores servicios; la Ley de la Inversión Privada en Frontera Agrícola (32-D. Leg. 994), las compensaciones para la producción agraria (37-D. Leg. 1077) y los Decretos legislativos de promoción de la Vivienda de Interés Social (38-D. Leg. 1037) y sobre la ampliación de las normas y cuantía del proyecto Techo propio, dando subsidio a la vivienda popular, las que deben impulsar aún más la energía constructiva en el país.

Para fomentar la apertura de nuevas áreas a la inversión, se ha relanzado y fortalecido el Banco Agropecuario (39-D. Leg. 995), se han unificado los procedimientos de decisión de la mitad más uno de todos los miembros de las comunidades campesinas (40-D. Leg. 1015) facilitando así su asociación, crédito, parcelación, alquiler, etc., que saquen de la pobreza a millones de peruanos a los que esa institución virreinal y colectivista ha mantenido en la pobreza. Estos decretos legislativos han sido derogados debido a las protestas de las comunidades campesinas.

Finalmente, se propone el mejoramiento de la actividad empresarial del Estado y la mayor competitividad de sus empresas (42-D. Leg. 1031), se facilita la inversión de los Fondos Privados de Pensiones para dar mayor rentabilidad a los trabajadores, pensionistas (43-D. Leg. 1008), se reprimen las conductas anticompetitivas, tal como lo exigen las nuevas normas internacionales (44-D. Leg. 1034), se norma la erradicación de la competencia desleal (45-D. Leg. 1044) para la eficiencia del mercado y la mayor competitividad, y se promueve la formalización de la pequeña minería artesanal (46-D. Leg. 1040), a fin de evitar que ella se constituya en una amenaza para el ambiente y un foco de informalidad laboral. Con los mismos objetivos se precisan las actividades de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), excluyendo de su área a los Fondos Privados (47-D. Leg. 1061), se facilita la acción de los Fondeos de Inversión (48-D. Leg. 1046) y se aprueba la Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas de Inversión para la infraestructura y la generación de empleo (49-D. Leg. 1012), permitiendo, cuando sea necesaria, la construcción de comisiones especiales de privatización en cada uno de los ministerios para agilizar la venta de inmobiliarios. Etc. Sobre el tema véase: GARCÍA-PÉREZ, Alan, *Por un Perú Moderno, Decretos Legislativos*, Edición Oficial, Lima 2008.

563. El tratado guía a nivel internacional sobre el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros es: *La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Convención de Nueva York).

5. *Análisis de la legislación peruana sobre la creación del JCCC*

Dentro de la normatividad a analizar podemos iniciar por la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁶⁴, el Código Procesal Civil. Para la creación del JCCC señalamos que no debe de existir modificación constitucional, ya que la unidad y exclusividad⁵⁶⁵ permanecerán en el Poder Judicial y se respetarán todos los principios constitucionales⁵⁶⁶ en la impartición de justicia. El artículo 143⁵⁶⁷ nos remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, por ende no se necesitaría recurrir a una modificación constitucional para la creación de un JCCC.

En cuanto al análisis de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁶⁸ podemos concluir que el JCCC puede ser creado por la Sala Plena de la Corte Suprema⁵⁶⁹ como fueron creados los Juzgados Comerciales actuales, o los Juzgados Anticorrupción; además, el JCCC puede ser creado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial⁵⁷⁰ ya que el art. 82 sobre sus atribuciones lo faculta a crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando sea necesaria una rápida y eficaz administración de justicia⁵⁷¹.

564. Respecto a la creación del JCCC, nos referimos a la entrevista al ex Presidente de La Corte Superior de Lima: IBAZETA MARINO, MARCOS, quien señaló que sí es viable la creación del JCCC con las características señaladas indicándonos que no se necesita llegar a una reforma constitucional, únicamente debemos seguir lo señalado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual señala la posibilidad de crear especialidades de cualquier naturaleza, siendo el órgano encargado la Corte Suprema, la cual establecerá las competencias. La creación del JCCC sería posible vía resolución de Sala Plena o Consejo directivo. Mediante este sistema fueron creadas las sub especialidades para adecuarlas a la globalización del derecho, Salas como la Corporativizada, los Módulos, la de Reos en Cárcel (1996), etc. Además nos señala que para adecuarnos a la calendarización propuesta (el no regirse al procedimiento) el juez puede utilizar el juzgamiento anticipado en audiencia única; otra idea esbozada por el profesor IBAZETA es la de incluir los hechos dentro el derecho, y la de juzgar en una audiencia preliminar, apenas presenta la demanda, (al estilo anglosajón) de esta manera juzgar de manera pronta, sin necesidad de seguir los procedimientos formalistas nacionales, sobre todo en los casos de comercio que ameritan una solución pronta a las necesidades comerciales.

565. Véase el art. 139 de la Constitución Política del Perú.

566. Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional; la publicidad de los procesos; la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias; la pluralidad de instancias; la indemnización, en la forma que determine la ley por los errores judiciales en los procesos penales; el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; el no ser penado sin proceso judicial; la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; el no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; el de la gratuidad de la administración de la justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, y para todos en los casos que la ley señala; la participación popular en el nombramiento y revocación de los magistrados; el derecho de toda persona de formular análisis crítica de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

567. Constitución Política del Perú art. 143: “*El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica*”.

568. Texto Único Ordenado de La Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo n. 017-93-JUS, del 28 de mayo de 1996.

569. La Sala Plena de La Corte Suprema es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho Poder y otros órganos. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los Vocales Supremos titulares y provisionales que ocupan cargo vacante. Véase art. 79 del TUO de la LOPJ.

570. Integran el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial: a) el Presidente de la Corte Suprema; b) El vocal jefe de la OCMA; c) Un vocal designado por la Sala Plena de la Corte Suprema, que será el último ex presidente de la Corte Suprema, cuando sea vocal en ejercicio; d) Un Vocal Superior Titular elegido por los Presidentes de las Cortes Superiores del País; e) Una persona de reconocida experiencia en la gerencia pública o privada, designada por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú y que ejercerá el cargo a dedicación exclusiva.

571. Véase el TUO de la LOPJ art. 82, inc. 28: “*Crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas Superiores descentralizadas en ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo a las necesidades de éstos. La creación de los Distritos Judiciales se realiza en función a las áreas de geografía uniforme, la concentración de grupos humanos de idiosincrasia común, los volúmenes demográficos rural y urbano, el movimiento judicial y además la existencia de vías de comunicación y medios de transporte que garanticen a la población respectiva un fácil acceso al órgano jurisdiccional...*”.

El Código Procesal Civil⁵⁷² es de gran importancia para nuestro proyecto visto que con la finalidad de resolver prontamente los procesos en el JCCC será de mucha ayuda el *Juzgamiento Anticipado del Proceso* regulado por el artículo 473⁵⁷³.

6. Criterios objetivos y subjetivos para resolver la complejidad

En cuanto a los criterios para resolver la complejidad de los casos de comercio debemos de señalar que estos deben de versar exclusivamente sobre materias comerciales: en principio *business to business* pero, el juez mantiene un amplio criterio discrecional para aceptar otras afines como es el caso de las *class action*. Además la corte será responsable de conocer los contratos atípicos como las franquicias, *joint venture*, como las fusiones, escisiones, todas las formas de inversión extranjera.

En cuanto al monto discutido en la *litis*, este debe de ser superior a los *setecientos mil soles*; casos de menor cuantía serán vistos por los juzgados comerciales comunes.

7. Competencia

Entre las materias bajo su competencia podemos mencionar:

- a) Casos en los cuales la cuantía es superior a los *setecientos mil soles*.
- b) Casos relacionados a inversión nacional o extranjera.
- c) Contratos de Derecho Internacional Privado,
- d) Contratos atípicos⁵⁷⁴.

572. Código Procesal Civil promulgado mediante Decreto Legislativo n. 768, del 4 de marzo de 1992.

573. Sobre el Juzgamiento anticipado véase: Código Procesal Civil art. 473 “El juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando: a) luego de rechazada su fórmula conciliatoria, advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o b) queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.

574. Al referirse a los contratos atípicos, con mucha frecuencia los doctrinarios recurren a una definición: “Los contratos atípicos o innominados son los que no tienen una disciplina jurídica propia”.

Analicemos con mayor detenimiento la equiparación de *atípico* con *innominado* y el uso de la expresión *disciplina jurídica*. No es posible equiparar los conceptos *atípicos* con *innominados*, por cuanto el primero proclama la inexistencia de regulación propia y la segunda la inexistencia de una denominación propia, aquellos que no tienen un nombre reconocido. El tipo es aplicable en el ámbito contractual, y dentro de éste es concebido como el contrato entendido en forma general, o como diversas especies contractuales reguladas por el ordenamiento jurídico. Es importante tener en cuenta que esa regulación sólo se dará cuando la figura encontrada en la sociedad cumple una función económico – social relevante para el Derecho. Podemos señalar además que existen *Contratos Atípicos con Tipicidad Social*: Son aquellos contratos que no han sido regulados por la Ley pero su uso reiterado en la sociedad ha permitido su reconocimiento por parte de otras fuentes del derecho como por ejemplo la costumbre, estos contratos se encuentran constituidos por: a) los Contratos Mixtos; b) los contratos con contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales. Además existen dentro de esta clasificación los *Contratos Mixtos*: Basado en el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares pueden crear nuevas figuras contractuales como en el presente caso, en donde se conjugan los elementos de diversos contratos típicos en un solo contrato el cual tomará la denominación de contrato mixto. En ocasiones los contratos atípicos no resultan de la combinación de prestaciones o elementos de diferentes figuras contractuales sino que por el contrario, debido al particular fin económico social que pretenden alcanzar se separan de dichos elementos para configurar un contrato con contenido propio y autónomo. Además los *Contratos Absolutamente Atípicos*: Se presente en muy pocas oportunidades, proviene también de la autonomía de la voluntad y se caracteriza por no tener tipicidad social, es decir falta de reconocimiento por la ley o por las denominadas fuentes materiales del derecho como la costumbre y la jurisprudencia.

El contrato es el acuerdo de dos o más partes con el objeto de crear, regular, modificar o extinguir una Relación Jurídica Patrimonial, véase el Art. 1351 C.C. en cuanto a los elementos esenciales: a) el acuerdo contractual; b) la relación jurídica patrimonial. Teniendo a la obligación es el objeto del contrato (art. 1402 C.C.). Por eso se considera que éste sólo tiene efectos obligacionales, más no efectos reales, ya que crea obligaciones más no derechos reales.

En cuanto los requisitos esenciales en los contratos en los Estados Unidos: a) *agreement*: a voluntary offer and acceptance regarding certain terms; b) *consideration*: the Exchange of something of legal value. This is often goods or Money but may simply be a promise not to take certain action; c) *capacity*: the ability to make a binding contract. Minors for example are limited in this capacity; d) *legality*: the lawfulness of the contract’s subject matter. Además los contratos son de los siguientes tipos: a) *unilateral* or *bilateral*: most contracts involve a promise in exchange for a promise. These

e) Casos referidos al buen gobierno corporativo⁵⁷⁵, responsabilidad comercial, restructuración empresarial, acuerdos entre negocios, secretos industriales, acuerdos empresariales y prácticas discriminatorias de comercio;

f) Las *class actions* comerciales;

g) Transacciones comerciales relacionadas a la actividad bancaria⁵⁷⁶.

h) *Internal affairs of business organizations*;

i) Seguros ambientales.

j) Seguros comerciales⁵⁷⁷.

k) Disolución de las empresas⁵⁷⁸.

l) *Antitrust* y casos que involucran la determinación de asuntos legales que tienen impacto sobre la industria o sobre el comercio más allá de los límites del caso en sí mismo.

m) Casos tecnológicos.

n) Importaciones y exportaciones. Etc.

Así como todos los asuntos que el JCCC acepte como caso complejo teniendo en cuenta el monto mínimo que debe estar en disputa.

Jurisdicción

El JCCC resolverá los casos a nivel nacional.

are bilateral contracts and both sides are bound to carry through on their promise. Some contracts are unilateral, which involve a promise for an act. Here, the promisor is not bound until the act is performed; *b) written or oral*: although most contracts need not be in writing, putting the deal in writing is generally advisable. When there is writing, it overrides any oral side deals. The law has some presumption that large deals will be put into writing; *c) express or implied*: most contracts are expressed in words, written or oral. A contract may be implied, though, without any words whatsoever, if the circumstances and parties' actions indicate that they contemplated a bargain; *d) void, voidable or unenforceable*: a void contract is one without any legal effect, such as an illegal contract. A voidable contract is temporally effective but can be voided by one side to the contract, such as a minor. An unenforceable contract is one that cannot be enforced in court for a reason such as the statute of limitations.

Dos nociones interesantes son distinguibles en el derecho Americano: *a) quasi contracts*: this is a contract imposed by law, in the absence of voluntary agreement. They are disfavored but may be imposed when fairness requires and particularly when the parties presumably would have made a contract but were prevented by circumstances (e.g., an emergency rescue); *b) promissory estoppels*: ordinarily the law does not enforce gifts or promises without considerations. An exception is made in *promissory stoppel* when a party's unilateral promise induces justifiable reliance by the other party. Sobre el derecho de los contratos en USA véase: Cross, Frank, *Business law contracts*, the teaching company Texas 1997. Véase además: PMBR *Multistate workbook*, vol. I, United States of America 2002.

Los contrastos internacionales también pueden ser vistos por el JCCC, teniendo estos el siguiente scope: international law presents new complications to any legal issue, in contract law, jurisdiction, language and credit issues become paramount in the performance and enforcement of international contracts. A primary issues of course, is under which laws will the contract be drawn up? Some guidance is given by the United Nations' Convention on International Sale of Goods, but they contrast with U.S. law. Entre las complicaciones: *a) forum*: in an international contract, there may be uncertain issues regarding the law applicable to the contract and the place where a lawsuit may be filed. Significant differences in contract laws, legal systems, and lawyers among nations may produce different outcomes in contract disputes, depending upon the place of litigation and law applied; *b) language*: language also creates a problem in international transactions. Simply attempts to translate may not work well, as meanings are seldom identical.

575.Podemos comparar con la competencia de la NC Commercial Court: Breach of contract or fiduciary duty, fraud, misrepresentation, business tort (e.g., unfair competition), or statutory and/or common law violation where the breach or violation is alleged to arise out of business dealings (e.g., sales of assets or securities; corporate restructuring; partnership, shareholder, joint venture, and other business agreements; trade secrets; restrictive covenants; and employment agreements not including claims that principally involve alleged discriminatory practices).

576.Business transactions involving or arising out of dealings with commercial banks and other financial institutions.

577.Commercial insurance coverage (ejemplo: directors and officers, errors and omissions, and business interruption coverage).

578.Dissolution of corporations, partnerships, limited liability companies, limited liability partnerships and joint ventures -- without consideration of the monetary threshold.

La especialización en la sociedad

Nuestra compleja sociedad ha experimentado inexorables cambios hacia la especialización profesional. La sociedad debe de perder la perspectiva amplia y genérica y encaminarse hacia la especialización. Visto que es claro que en todo campo importante y en cada profesión, se necesita un cuerpo especializado, y la comunidad debe adquirir los conocimientos de este cuerpo al trabajar conjuntamente, creando un equipo especializado en la materia. La especialización ha sido común en las décadas pasadas en el campo de la medicina, y recientemente en el campo del derecho, particularmente en las grandes metrópolis. La demografía de los abogados sigue los trenes de la concentración urbana, estableciéndose en grandes estudios de abogados y en *corporate legal departments*, donde la especialización es típica.

Para los abogados en Estados Unidos y el ejemplo puede ser exportado, un nivel de especialización puede ser la práctica como asesor o como litigante. Analizando el *American Bar Association*⁵⁷⁹ podemos apreciar que posee veinte secciones, y cada de una de estas se focaliza en un tema distinto del derecho. Una de las secciones es la *Section of Business Law*⁵⁸⁰. Esta sección posee treinta comités que se centran en varias sub especialidades del derecho de los negocios, además de comités *ad hoc* creados para determinados casos específicos. La especialidad de los litigantes, debido a la necesidad se está diversificando, a un menor ritmo que las otras áreas. Los litigantes se están especializando en ciertos campos por ejemplo, *antitrust litigators*, *insurance litigators*, *product liability litigators*, *securities litigators*, and los litigantes penalistas.

Se desee o no la especialización de la profesión legal es la tendencia dominante actualmente y es muy probable que se convierta en una tendencia más marcada, visto que la especialización es un método eficiente para deliberar en casos complejos. Visto estos factores. Las Cortes están sujetas a estas tendencias que producen especialización en los componentes del sistema legal. Por esto es que debemos de analizar la respuesta que deben dar las Cortes a los cambios de las tendencias legales y del comercio en el contexto de temas complejos de negocios y en temas comerciales.

El concepto de especialización en las Cortes

El concepto de especialización de las Cortes en primera instancia puede ocurrir en dos formas. El primero es una Corte con jurisdicción especializada, donde maneja y se le asigna los casos de manera separada de las demás Cortes. Ejemplos de estas Cortes son mas prevalentes en otros países, en los Estados Unidos son más comunes a nivel federal que a nivel estatal. El segundo modo en que una corte especializada puede especializarse es mediante la asignación a los jueces para resolver determinadas categorías de casos, pero se mantiene a los jueces como parte del sistema regular de justicia. Ejemplo de esta especialización a nivel estatal son las cortes penales, de familia, y en el caso americano las *probate courts*, y *small claims courts*⁵⁸¹.

8. Conclusiones

Podemos concluir que luego de realizar la investigación sobre las características principales y el funcionamiento de las Cortes Comerciales de Carolina del Norte y Delaware, que: la adopción en el Perú de un juzgado comercial con las características de las Cortes descritas traerían mucho beneficio al comercio nacional y la atracción de inversión extranjera.

579. Es la más grande asociación voluntaria profesional de los Estados Unidos, con 400,000 miembros, el ABA otorga acreditación a las Facultades de Derecho, educación continua, información sobre la ley, programas para asistir a abogados y jueces en su labor, e iniciativas para mejorar el sistema legal para el público. Según su misión es el ente nacional representativo de la profesión legal, con vocación de servicio al público promoviendo la justicia con la finalidad de alcanzar la excelencia del derecho a través del respeto a éste.

580. La misión de la *Business Law Section* es servir al público, la profesión y la Sección, a través de la profundización del desarrollo del derecho y los conocimientos del derecho comercial.

581. BACH, MITCHELL, APPLEBAUM, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*, in 60 *Business Lawyer*, November 2004, American Bar Association USA.

Dentro de los factores más importantes podemos señalar que es el de la delimitación del concepto de “*caso complejo de comercio*” y la facultad del juez de poder decidir sobre la complejidad del caso. Otro factor esencial es la elección del juez, teniendo en cuenta su trayectoria, experiencia y probidad, este como aconsejan los especialistas debe de permanecer en el puesto por un período que no sea inferior a 10 años, para garantizar la expertise del juez y la estabilidad judicial, manteniendo al mismo juez en el cargo sus sentencias son predecibles. Finalmente debemos señalar que el juez debe tener dentro de sus facultades el de resolver con celeridad y sin respetar el Schedule planteado por la legislación adjetiva, un medio para que pueda resolver con celeridad es el de convertir los casos en casos de derecho.

Entre las críticas más incisivas a la creación de un juzgado para inversión extranjera y casos complejos de negocios se encuentra la del porqué crear una corte especializada en inversión extranjera y casos complejos de negocios, cuando en el Perú las empresas comunes son las pequeñas y medianas empresas, por ende debería de crearse una corte especializada para los casos derivados de las relaciones de estas empresas. Podemos señalar que la realidad comercial es la que brinda las necesidades y la necesidad de creación de instituciones, siendo la creación de los JCCC una necesidad para el Perú, con las características que hemos expuesto en la presente investigación.

ANÁLISIS SOBRE LA CREACIÓN DE UN JUZGADO COMERCIAL PARA CASOS COMPLEJOS DE COMERCIO CON LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CORTES DE DELAWARE Y CAROLINA DEL NORTE.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-PÉREZ, Alan, *Por un Perú Moderno, Decretos Legislativos*, Edición Oficial, Lima 2008; CROSS, Frank, *Business law contracts*, the teaching company Texas 1997. Véase además: PMBR *Multistate workbook*, vol. I, United States of America 2002; PMBR *Multistate workbook*, vol. I, United States of America 2002; BACH, MITCHELL, APPLEBAUM, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*, in 60 *Business Lawyer*, November 2004, American Bar Association USA; Trial June, 2006 Business Litigation; 6 *N.C. Banking Inst.* 367. North Carolina Banking Institute April, 2002 *Notes & Comments The North Carolina Business Court: North Carolina's Special Superior Court for Complex Business Cases* Carrie A. O'Brien; MITCHELL, William, 24 *Wm. MITCHELL L. Rev.* 315. Law Review 1998 Symposium: *Civil Justice Reform, Business Courts: Efficient Justice or Two-Tiered Elitism?* Ember Reichgott Junge; 5. 52 *Bus. Law.* 947. Business Lawyer May, 1997 *Report Business Courts: Towards a More Efficient Judiciary Ad Hoc Committee on Business courts*; 6. 42-SEP *Trial* 8. Trial September, 2006 Department: *The Business of Business Courts*; BALOTTI, R. Franklin & BRANDEL, Roland E, *Business Bench Are Special Courts for the Future?* 4-FEB *Bus. L. Today* 25. Business Law Today January/February, 1995; WARD, Kimberly A, Note and Comment: *Getting Down to Business-Pennsylvania Must Create a Business Court, or Face the Consequences* *L. & Com.* 415. Journal of Law and Commerce Spring, 1999. SMITH, *New York Creates Business Courts*, supra note 98, at 38. See id. at 2. [FN109]. See *New York Creates Business Courts*; SOMMER, Jacob A, Notes Business Litigation and Cyberspace: *Will Cyber Courts Prove an Effective Tool For Luring High-Tech Business into Forum States?*. 56 *Vand. L. Rev.* 561. Vanderbilt Law Review March, 2003.

REQUERIMIENTOS PARA LA CREACIÓN Y REGULACIÓN DEL JUZGADO PARA INVERSIÓN EXTRANJERA Y CASOS COMPLEJOS DE COMERCIO

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Objetivos para crear una corte de comercio. – 3. Quién debería estar incluido en el esfuerzo de crear un juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio. – 4. Debería el juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio ser creadas por la legislatura o por una orden administrativa. – 5. Cómo se financiará el juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio. – 6. Cómo deben de ser elegidos los jueces. – 7. Qué tipo de corte de negocios necesitamos. – 8. Características especiales como la de tener un solo juez, la celeridad que limita la prueba o juicio por jurados. – 9. Debería tener la corte sentencias escritas. – 10. Cuáles son los procedimientos que se utilizarán. – 11. Debería la corte de negocios participar en capacitación y educación continua. – 12. Qué recursos están disponibles para la capacitación y la educación continua de los jueces de la corte. – 13. Qué rol tiene la tecnología en estas cortes de negocios. – 14. Cómo van a ser manejadas las apelaciones. – 15. Conclusiones.

1. *Introducción*

El presente artículo tiene por objeto el estudiar los aspectos principales sobre la creación del JCCC⁵⁸², respondiendo a preguntas estándares básicas creadas por la *ABA*⁵⁸³ *Section of Business Law*, preguntas como cuáles serán sus objetivos, quienes deben de estar incluidos en su creación, modo de creación, financiación, el tipo de negocios a crear. Los criterios de selección del magistrado, el procedimiento dentro de la corte para resolver los casos, así como las apelaciones. Respondiendo todas estas preguntas tendremos el esquema general de JCCC en Perú.

Además se realizará una revisión y análisis de la legislación nacional e internacional en temas de inversiones. El estudio de las implicancias de crear un juzgado especializado para casos complejos en temas comerciales, bajo la perspectiva del análisis económico del derecho.

2. *Objetivos para crear una corte de comercio*

a) Resolución de los casos por jueces experimentados en negocios y en derecho comercial, así como en el manejo de casos de negocios y comercio.

*Se necesitará seleccionar a jueces experimentados en temas comerciales, esta selección podría realizarse dentro de las facultades de derecho de la nación, donde los docentes poseen una gran capacitación y reconocimiento a nivel nacional e internacional. En los comentarios del Juez TENNILLE, señalaba que el criterio básico para el funcionamiento de una de estas cortes, es la selección del juez, y una vez elegido, su permanencia por un largo periodo en el juzgado*⁵⁸⁴.

b) Crear un cuerpo de *case law* (casos vinculantes) que promueva la consistencia e incremento

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

582. Juzgados para Inversión Extranjera y Casos Complejos de Negocios.

583. ABA, American Bar Association, se fundó el 21 de agosto de 1878, en Saratoga Springs, New York, con 100 abogados de 21 Estados entre sus principales objetivos podemos indicar: a) serve our members; b) improve our profession; c) eliminate bias and enhance diversity; d) advance the rule of law.

584. Si vemos la Corte de Delaware, los jueces son elegidos para el cargo, permanecen 12 años con periodos renovables, en el caso de Delaware, los jueces son designados por el Gobernador del Estado, caso similar podemos señalar que sucede en Carolina del Norte.

la orientación para las partes y los abogados, de esta manera los riesgos del proceso pueden ser tomados informadamente.

Este es uno de los problemas principales que afronta nuestra propuesta de creación del Juzgado de Comercio Especializado en Temas Empresariales de Carácter Complejo. Pero podemos mencionar, que si podemos llegar a reproducir la predictibilidad de los fallos del juez. Visto que será él, que resuelva los casos siguientes, los cuales fallos serán publicados en el portal del juzgado, como actualmente sucede en los juzgados comerciales. La tendencia a nivel internacional es el de darle valor al precedente judicial, sobre todo en los países europeos de matriz romanista vemos que gracias al sistema de integración las sentencias de los jueces nacionales, de las cortes de Casación y de la Corte de Justicia Europea son fuente de derecho.

c) Tener casos de negocios y comerciales que sean resueltos más expeditivamente y así reducir los costos del litigio para las partes y para el sistema de justicia.

A diferencia del arbitraje, el Juzgado de Comercio Especializado en Temas Empresariales de Carácter Complejo tendrá un costo inferior, con un procedimiento conocido por las partes, el juez respetará los plazos usados en los negocios, pudiendo acelerar el proceso y organizar su calendario para resolver los casos que necesiten mayor celeridad.

d) Establecer una disputa de conflictos especializada y procedimientos que promuevan el temprano y más frecuente arreglo de los casos de negocios y comercio, donde se induzca a la resolución de conflicto vía MARC'S.

El juez de este juzgado, incentivará a resolver el caso mediante el uso de mecanismos alternativos de solución de conflicto. Estos métodos los utilizará durante todo el proceso. Como nos mencionaba el juez Tennille, el juez promueve durante todo el proceso los mecanismos alternativos de solución de conflicto ante el juzgado, dándole todo el respaldo institucional al acuerdo entre las partes.

e) Tramitar los casos que no son de negocios más expeditivamente, removiendo los casos complejos de negocios.

El Juez tiene la facultad de organizar el calendario y el cronograma de los procesos dependiendo de su naturaleza. Existen casos que deben ser resueltos a la brevedad posible, por ejemplo los casos tecnológicos no pueden esperar la resolución mediante un proceso regular, visto que al momento de resolverse estos serían obsoletos. Podemos mencionar además los casos de las exportaciones de productos perecibles, en caso de litis, esta debe ser resuelta de manera celerísima.

f) Ser competitivos para un desarrollo económico comparativamente con otros países que han establecido sus cortes comerciales.

El Perú en este contexto se presenta al mercado internacional como una nación en competencia con sus pares latinoamericanos, el país que preste mayor seguridad jurídica, un poder judicial especializado, leyes que garanticen y atraigan el capital extranjero y nacional, será elegido por las grandes empresas multinacionales. Por esto consideramos que la creación del Juzgado Especializado para Casos Complejos en materia Comercial es acertada y nos situaría en una posición aventajada con respecto a los competidores.

g) Mejorar la infraestructura de la comunidad, creando un fuero que haga más atractiva la inversión, siendo este fuero confiable y predecible y que posea el respaldo del Estado.

Según los informes del Banco Mundial, El Banco Interamericano de Desarrollo, Unión

Europea etc., y los estudios nacionales, el mejoramiento de la infraestructura de la comunidad, generará mayor atracción para la inversión en nuestro País. Si este juzgado es implementado cumpliendo con todas las características señaladas en esta investigación, creará un clima de confiabilidad y credibilidad de los fallos en materia comercial, y lo que le da mayor garantía que es el respaldo del Estado a sus resoluciones.

3. ¿Quién debería estar incluido en el esfuerzo de crear una corte de comercio?

a) Los líderes de los negocios del país y sus asesores legales. Su soporte demostrará que la corte de comercio beneficia a la comunidad. Además el soporte a la corte de negocios refleja que la corte de negocios juega un rol importante en la región sobre la economía; y facilita la disposición para un mayor aporte administrativo y legislativo.

El beneficio a la comunidad será observado a partir de la solución de las primeras controversias. Lo que se espera es que exista un efecto Delaware para las corporaciones internacionales o Carolina del Norte para las pequeñas y medianas empresas. Las resoluciones serán el mejor medio para publicitar en la región la existencia de este juzgado súper especializado.

b) Todos los miembros del Colegio de Abogados, no sólo los abogados de negocios. Los abogados de negocios y comercio son los más interesados, pero todo esfuerzo debe de incluir un diálogo con otros litigantes, así el esfuerzo no es visto equivocadamente como elitista o preferencial, sino como algo que es para el beneficio general.

La participación conjunta de los abogados, con un criterio globalizado al momento de tomar decisiones, pensando siempre en el bienestar del país, facilitará la creación del juzgado especializado para casos complejos de negocios. Pensando siempre que la presencia de capital en el Perú, es beneficioso para todo el País.

c) Los miembros de del Colegio de Abogados en donde se pretende establecer una corte de comercio, hasta la corte más alta debe de involucrarse, y así como la Gerencia de la Corte.

El Colegio de Abogados de Lima será el ente colegiado más involucrado en la creación de éste juzgado junto con la Presidencia de la Corte Suprema que tiene que discutir las diversas posibilidades de cómo debe de ser incorporado. (Vía decisión de Sala Plena, mediante Ley, posibilidad de modificación constitucional, etc.).

d) Personas en el ejecutivo y el legislativo del gobierno así pueden comunicar el beneficio a sus representados y a la comunidad.

Se requiere la voluntad de los poderes del Estado para poder implementar el juzgado. Toda la investigación será puesta en conocimiento de toda la comunidad y en especial de sus autoridades para demostrar los beneficios y ventajas que esta modificación a los actuales juzgados civiles de la sub especialidad comercial ofrecen a la población y las empresas en Perú.

e) Los grupos de consumidores necesitan saber que la creación de una corte de comercio no significa que la decisión de los jueces será a favor de los negocios, pero este es simplemente un foro de resolución de casos de negocios, con la mayoría de casos en temas de negocios versus negocios.

La imparcialidad en las resoluciones de los jueces está garantizada por el modo de su elección, y de sus cualidades académicas y profesionales. Una de las principales características de este juzgado es la selección del juez, quién será uno de los mejores comercialistas en Perú. La imparcialidad será demostrada tanto para las empresas como para los consumidores. Este es uno de los puntos más álgidos de las cortes comerciales en los Estados Unidos, donde antes

de su creación se temió que fallarían siempre a favor de las empresas, pero nos han demostrado a lo largo de los años que no ha sido así; por el contrario la profesionalidad y celeridad han alentado la atracción de empresas a esos estados y países, cumpliendo totalmente la finalidad principal.

4. ¿Debería el JCCC ser creado por la legislatura o por una orden administrativa?

Uno de los principales temas a resolver para la implementación del JCCC es cómo debería ser creado, mediante ley ordinaria o mediante orden administrativa, como cuando fue creada la sub especialidad comercial, mediante Resolución de la Sala Plena de la Corte Suprema.

a) Si se establece por el legislativo, la corte debe tener sus bases bien fuertes, este será un proceso largo con muchos obstáculos.

Al ser establecida por el legislativo, veremos que su creación tardará el plazo regular de la creación de una norma, con las discusiones en el pleno y en la comisión especial, pudiendo obstaculizar su creación con motivación política.

b) El legislativo puede proveer las guías generales, dejando las reglas específicas y la jurisdicción para la Corte Suprema o la corte ante cual la corte de negocios será establecida.

En cuanto a la posibilidad de la creación del JCCC por el legislativo, la opción es que el legislativo provea las líneas generales y deje a la Corte Suprema la posibilidad de reglamentar los aspectos específicos del JCCC.

c) Un número de programa de cortes de negocios han sido creados bajo órdenes judiciales administrativas.

En los Estados Unidos como en el Perú las cortes comerciales han sido creadas mediante órdenes de la Corte Suprema, sin necesidad de recurrir a los tiempos del poder legislativo, generando esto una mayor celeridad tanto para su creación como para las modificaciones, tanto en cuanto a su competencia como su jurisdicción, etc.

d) Programas pilotos de las cortes de negocios pueden ser considerados para las jurisdicciones con la mayor concentración de negocios y casos comerciales antes de su expansión a otras jurisdicciones.

Los programas pilotos en el derecho comparado han funcionado para analizar la introducción de las instituciones, portando muy buenos resultados, en este caso, tanto la creación como la ampliación del JCCC podría ser realizado mediante programas pilotos.

5. ¿Cómo se financiará el juzgado comercial especializado en casos complejos de comercio?

Actualmente el implementar un juzgado será asumido por el Estado⁵⁸⁵. Parte del costo o el total de éste será cubierto mediante el pago que realizará cada litigante por el uso voluntario del JCCC. El valor del pago para resolver un caso en la corte es de 3500 soles, más los costos regulares de las tasas judiciales.

a) Va a existir solamente reasignación de jueces sin ningún recurso adicional.

En cuanto a la reasignación de un juez al JCCC señalamos que éste será seleccionado dentro de los jueces que el Poder Judicial posee, pero la comisión de selección puede proponer un externo que será caracterizado por su probidad moral y profesional. El Concejo Nacional de

585. La Corte Suprema será la responsable en implementar el JCCC, y determinar su composición en cuanto al número de jueces, secretarios, asistentes, etc.

la Magistratura ratificará la designación si el futuro juez cumple todos los requisitos exigidos por ley.

b) Hay que considerar la necesidad de establecer un mecanismo para el *oversight*, acumulación de información, y reportes, así como el mecanismo de financiamiento. El mecanismo puede ser también parte de la oficina de la administración de la corte y financiado a través de ésta.

El poder judicial participa en el programa del Banco Mundial sobre la Modernización de la Justicia. Mediante este plan el sistema informático del ha sido renovado. Estos recursos y materiales pueden ser re-direccionados también para el JCCC. Luego de su implementación estos mecanismos serán adquiridos con los fondos recavados por el juzgado. Más detalladamente hemos analizado los costos de la implementación del JCCC.

c) Existe los suficientes recursos para que los asistentes ayuden con las sentencias.

Según lo analizado, sí existen suficientes recursos para asistentes que ayuden con las sentencias. Del análisis económico sobre la creación del JCCC se desprende que el beneficio que portarán al Perú, y la inversión por parte del Estado sería mínima.

d) La corte de negocios buscará tecnología para el manejo de los casos, *electronic filing* y una sala de audiencias que requerirá recursos. Si es así, pueden los negocios privados aportar o el colegio de abogados también, sin objeción de la comunidad, y el aporte debería ser anónimo.

Nuestra propuesta es el JCCC cuente con toda la tecnología indispensable para poder facilitar los casos a las partes y a los administradores de la justicia. Es así como la sede principal de la Corte de Negocios de Carolina del Norte se encuentra en el campus de la Escuela de Derecho de Elon College; esta ubicación porta beneficios colaterales visto que los alumnos pueden apreciar constantemente la decisión de los casos y pueden alternar con los miembros de la corte.

6. ¿Cómo deben de ser elegidos los jueces?

a) Los jueces de negocios deberían ser personas comprometidas sobre la corte y sobre la idea de ocupar el cargo.

Los jueces del JCCC deben ser personas entusiastas y dispuestos a innovar tanto en el campo administrativo como en el marco legal, proponiendo iniciativas para mejorar la administración de justicia y generar la creación de empresas en el Perú.

b) Debe tener experiencia en litigio de negocio o comercial internacional, o la corte puede elegir a jueces que aprenderán en el puesto.

Dos alternativas son presentadas por la experiencia sajona, el incluir un juez con experiencia para que resuelva en este nuevo juzgado, o la elección de un juez nuevo que aprenderá in situ todo el mecanismo judicial y doctrinario. Consideramos que si el poder judicial posee al personal capacitado, este puede ser destacado al juzgado. Pero en caso no lo tuviese, éste debe ser elegido dentro de los profesores universitarios de la materia.

c) ¿Por cuánto tiempo debe ser designado, cuánto tiempo su mandato debe de durar, debe existir una organización que dé cuenta de su nombramiento?

Una de las críticas más ásperas a nuestra administración de justicia, es el periodo por el cual los jueces permanecen en un juzgado. Señalan los comparatistas y especialistas en sistema de administración judicial, que la especialización se realiza permaneciendo largamente en un solo juzgado o sala. En el caso peruano si se trata de un juez titular, este permanecerá en el

cargo por 7 años, esperando que sea reafirmado en el puesto, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos y obligaciones de ley.

d) La selección del primer juez es crítica para el aseguramiento del programa, para que se afiance y sea un éxito.

La selección del primer juez es esencial, lo han demostrado todas las creaciones de los juzgados comerciales del mundo, así como en los programas pilotos. La designación del primer juez brinda a la población y a las empresas la confianza necesaria, dada la probidad del magistrado seleccionado. Por consiguiente, se remarca la responsabilidad tanto del Presidente de la Corte Suprema, Superior del Poder Judicial, como del Consejo Nacional de la Magistratura.

7. ¿Qué tipo de corte de negocios necesitamos?

a) Una corte con amplia competencia basada en una lista de casos típicos y un mínimo de soles en disputa, si es solo por obligación de dar suma de dinero. Considerar si la jurisdicción tiene un gran número de casos sobre negocios y comercio anualmente. Todos los casos que se enmarquen dentro de la definición de este caso y con una cantidad mínima de dinero estarán incluidos automáticamente en el programa:

Consideramos que el JCCC debe ser reservado sola y únicamente para los casos complejos de negocios, orientado a la resolución de conflictos de casos business to business, en los casos en que se vean envueltas las empresas extranjeras que han sido atraídas por el sistema legal vigente.

Debe de establecerse un monto mínimo de cantidad en disputa entre las partes en litigio y además el monto a pagar por someterse a esta jurisdicción especializada.

En cuanto al monto en disputa proponemos que sea 300 mil soles o el equivalente a 100 mil dólares americanos. Y como tasa especial, aparte de las tasas regulares, 3 mil soles⁵⁸⁶.

b) Una corte de limitada competencia donde los casos incluyen un nivel sustantivo o procesal complejo, comprende cierto tipo de disputas o estatutos, o áreas importantes de la ley donde hay vacíos o no se ha decidido aún. Hay que considerar que la corte tenga la suficiente competencia para ver el volumen de estos casos. Desarrollar una función de *gatekeeping* para determinar cuáles casos van a ser vistos y cuáles no. Las posibilidades incluyen la de permitir a un juez de una corte administrativa de primera instancia ver estos casos, permitir a una corte de apelaciones revisarlos, y al administrador de la corte también.

El juez del JCCC tendrá la facultad de admitir la demanda en su juzgado o derivarla a un juzgado comercial regular o en todo caso a un juzgado civil si considera que no cumple con los requisitos señalados. En cuanto a la apelación debemos considerar que la Sala Comercial será la encargada de revisar las apelaciones y lo deberá realizar con la celeridad que estos casos demandan, estableciendo un procedimiento especial para los casos que provienen del JCCC⁵⁸⁷.

586. En cuanto a los pagos diferenciados y voluntarios para obtener un servicio estatal con más celeridad, podemos ver las experiencias europeas, como la italiana, donde para solicitar un documento en el día, se realiza un pago superior y se presenta la solicitud en una ventanilla especial. Sea para trámites judiciales como administrativos. Evitándose de ésta manera cualquier intento de corrupción con la finalidad de buscar celeridad en los trámites.

587. Entre las críticas al JCCC, podemos mencionar la de ser una corte elitista, solamente establecida para las empresas de gran magnitud, o multinacionales, destinadas para el gran inversionista, visto que para acogerse a los beneficios de la inversión extranjera debe invertir por lo menos 5 millones de dólares. La crítica nos dice que si en el Perú la mayoría de empresas son pequeñas o medianas empresas, MIPES y PYMES, por qué no crear un juzgado especial para resolver los casos provenientes de estas empresas. Considero que luego de lo evaluado en esta tesis, podríamos realizar un a futura investigación para analizar su posible implementación si cumple todos los parámetros socio, económico, jurídico, etc. La creación de este JCCC no es excluyente a la creación de otros; como se señaló a lo largo de la investigación, si se estudia una institución para que sea insertada en nuestro sistema

c) Si ciertos criterios son cumplidos, los casos pueden ir al JCCC, o se les obligará a las partes elegir la jurisdicción de la corte de negocios. El programa deberá ser obligatorio o facultativo.

El programa que la investigación propone es el facultativo. Los resultados de este JCCC atraerán a los litigantes calificados a esta jurisdicción.

8. ¿Debe la corte tener características especiales como tener un solo juez, la celeridad que limita la prueba o juicio por jurados?

a) La regla principal en una corte de negocio es que el caso se asigna a un solo juez desde el inicio hasta el final.

El juez resolverá el caso con total independencia y profesionalismo.

b) El juez de la corte de negocios típicamente es quien valora los hechos en todos los casos, así sean estos casos de equidad o no, pero los jurados también están disponibles. Si no van a existir jurados o procedimientos rápidos, ¿será voluntario o mandatario el programa? Si el programa es voluntario, cuantas partes van a elegir en no participar porque ellos quieren un jurado o un procedimiento completo, potencialmente reduciendo el uso de la corte. ¿Cuáles son los lados positivos y negativos de tener jurados?

En el caso americano se prevé la posibilidad de la existencia de jurados, para la fase inicial señalamos que la designación de jurados es prematura. Los jurados serían incluidos posteriormente como proyecto piloto para analizar los resultados en nuestro sistema.

c) El JCCC puede tener una variedad de procedimientos dependiendo de la complejidad.

El JCCC utilizará los procedimientos del Código Procesal Civil pero lo que variará es la celeridad en cuanto a su aplicación.

d) En el JCCC, el juez puede determinar la programación basados en la naturaleza del caso. La corte puede limitarse a un *fast track*, con una etapa probatoria corta; si es así, los litigantes pueden señalar que la corte está violando sus derechos.

Lo más ventajoso es la facultad del Juez de crear un fase track debido a la naturaleza del caso, pudiendo resolver rápidamente un caso recién ingresado a su juzgado, con un etapa probatoria corta.

9. ¿Debería tener la corte sentencias escritas?

a) Existe suficiente financiamiento para los asistentes para que ayuden en la elaboración de las sentencias.

Debido al tipo de sistema procesal que posee el Perú, las sentencias deben de ser escritas, para de esta manera favorecer el principio del contradictorio y todas las garantías del proceso.

b) Uno de los objetivos del JCCC es crear un cuerpo de casos vinculantes para que sirvan de guía para los negocios y la comunidad legal.

Al observar los inversionistas la calidad con la cual son elaboradas las sentencias, más la prontitud con la cual son expedidas, salvaguardando el derecho de ambas partes; las sentencias emitidas por el JCCC constituirán un cuerpo de sentencias vinculantes por su predictibilidad para los futuros casos. Hablar de que estas sentencias posean el grado de jurisprudencia no podrá ser realizado aún, visto que nuestro sistema legal otorga a esta categoría solamente a las sentencias de la Corte Suprema que mediante acuerdo de la Sala Plena se le da dicha característica.

y esta brindará beneficios a la población, esa institución merece ser debatida y de caso favorable sugerir su institución.

10. ¿Cuáles son los procedimientos que se utilizarán?

a) ¿El JCCC debe de establecer procesos generales?

El JCCC establecerá su propio calendario para resolver los casos, promoviendo la celeridad dependiendo de la naturaleza de cada caso. Algunos casos deberán de resolverse en días, por esto el juez debe estar facultado para obviar el proceso regular que todos los jueces están obligados.

b) La corte debería establecer una conferencia inicial para el manejo de los planes y sentencias.

El juez se deberá reunir con ambas partes y definir cómo será llevado el caso, analizar la naturaleza de éste y fijar el esquema para la resolución de las controversias. En esta conferencia inicial el juez invita a las partes a conciliar delante de él.

c) Determinar las frecuencias de las reuniones entre el juez del JCCC y los abogados dependiendo la naturaleza de los casos.

En cuanto a las reuniones entre el juez del JCCC y los abogados de las partes serán determinadas por el juez. Estas reuniones contarán con la presencia de los abogados de ambas partes, no es un proceso hetero compositivo donde las partes son llamadas de manera alterna.

d) Las partes deberían de requerir enviar conjuntamente un plan de administración del caso.

Es ideal que las partes envíen conjuntamente un plan de administración del caso, señalando plazos mínimos y máximos para la solución del caso. Así el juez decidirá dentro de esos plazos pero siempre es el juez que analiza la celeridad de acuerdo a la naturaleza de la materia in litis.

e) ¿Debería existir resoluciones de programación de casos, y qué se debería de incluir en esas órdenes?

Las resoluciones de programación de casos deben de incluir los objetivos a alcanzar en cada una de las etapas procesales.

f) Las carátulas del programa del JCCC deberían ser utilizadas para identificar a las partes sobre la naturaleza del caso, la cantidad en discusión, si la discusión va a ser resuelta en equidad; si el caso es complejo; si es así señalar un estimado de tiempo que durará la etapa probatoria; si se solicitó jurados, algún mecanismo que ha sido solicitado y la opinión sobre si cumpliría sus fines.

En cuanto al manejo de las carátulas de los expedientes, seguirán el modelo de Carolina del Norte que facilitan la comprensión inmediata de la naturaleza del caso, monto en discusión, si se utilizará la equidad, el por qué es un caso complejo, el estimado de tiempo en el cual va ha ser resuelto por el juez y las medidas especiales así como la opinión inicial del juez sobre el caso.

g) ¿Debería haber límites en la etapa probatoria?⁵⁸⁸

La etapa probatoria no debería tener límite alguno, pero debemos considerar los plazos en los cuales deben de ser concluidos estos procesos y se debe de atender también la naturaleza del caso.

588.Discovery

h) Posibilidad de crear un documento con preguntas pre establecidas en algunos casos tipo para limitar la etapa probatoria.

La propuesta de crear un documento tipo con preguntas pre establecidas es acertada visto que abrevia los tiempos procesales.

i) Hay algún límite a nivel local o a nivel nacional que delimite los poderes del JCCC.

A nivel local no existe límite a los poderes del JCCC, una vez creado podrá funcionar independientemente. Predecimos como lo sucedido en otras legislaciones que cuentan con los JCCC que proyectan magnífica imagen del sistema judicial hacia los inversionistas.

En cuanto a límites a nivel internacional que limite los poderes del JCCC, no hemos encontrado ninguno. Esperamos que los países Latinoamericanos se nutran de la experiencia peruana bajo estándares.

j) Debería incluirse normas o reglas más allá de las locales en cualquier moción, audiencia o escrito.

En cuanto a reglas a incluir dentro del sistema de solución de conflictos, podemos señalar que las decisiones del JCCC deben de realizarse respetando lo establecido por las Instituciones internacionales, los tratados, la legislación nacional y lo pactado por las partes, siempre y cuando no afecte el orden público, las buenas costumbres, la seguridad, y defensa nacional, etc.

k) Debería de existir algún mecanismo alternativo de solución de conflictos conectado con el JCCC (otros, aparte de los asignados en las mociones y antes del inicio del proceso).

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos están siempre presentes, sobre todo por la naturaleza de los casos. Tanto el arbitraje, la conciliación, transacción. Las partes son siempre inducidas por el Juez para tratar de resolver la litis.

l) Se considera el uso de mediadores voluntarios del Colegio de Abogados, que tengan un mínimo de veinte años de experiencia o al menos si tienen una experiencia significativa como litigante.

En nuestra propuesta no se ha considerado esta posibilidad.

m) Considerar el uso de los jueces con experiencia práctica en el litigio de negocios para mediar en los casos que no están presidiendo. Los jueces jubilados son una gran fuente de mediadores experimentados.

La presencia de jueces en retiro que medien en la solución de los conflictos es muy acertada, visto la vasta experiencia que ellos poseen.

n) Considerar en el nombramiento de especialistas, no abogados en relevantes campos, pagados por el JCCC o por las partes.

Los especialistas serán llamados para co-resolver asuntos especializados, el juez lo nombrará y las partes serán las encargadas de solventar el costo de su participación.

11. ¿Debería la corte de negocios participar en capacitación y educación continua?

a) Hay que analizar los componentes de educación de la *Maryland Business and Technology Case Management Program*, como un programa de capacitación, y seminarios judiciales para los jueces comerciales de Nueva York y otras jurisdicciones.

Es primordial la capacitación y educación continua de los magistrados del JCCC, visto que este es un juzgado especializado. Los programas de capacitación deben de ser tanto nacionales como internacionales, así como participar en la reunión anual de los jueces de negocios en Washington DC.

b) Determinar si hay tipos de casos que necesitan una capacitación especial para los jueces.
La totalidad de los casos a resolver en el JCCC necesita de jueces capacitados, la complejidad de los casos, hace que esta capacitación sea continua.

12. ¿Qué recursos están disponibles para la capacitación y la educación continua de los jueces de la corte?

Los jueces deben de participar a los concursos públicos para becas a nivel nacional e internacional. Becas como la Fullbright o las becas mae de España o Italia, además la Presidencia de la corte deberá destinar fondos para la capacitación. Los fondos propios que genere el juzgado, con el pago de la tasa para acogerse a la jurisdicción podrán ser utilizados para la capacitación de los jueces.

a) Hay programas de las universidades o instituciones privadas muy buenos. *Las universidades pueden solicitar la participación del JCCC para sus programas de investigación, en contraprestación pueden ser ofrecidos los programas académicos de estas universidades. Si no existieren es obligación del JCCC el proponerlos.*

13. ¿Qué rol tiene la tecnología en estas cortes de negocios?

El rol de la tecnología es esencial

a) El uso de Internet y la página *Web* de la corte permite el *electronic filing*, notificaciones, y comunicaciones de todos los documentos. Así también se dan a conocer todas las normativas de las cortes, calendario, reglas, formas etc., inclusive la publicación de los fallos.

Actualmente el poder judicial ya cuenta con un sistema de publicación de los fallos como del estado de los expedientes, queda aún por elaborar el e filing, las notificaciones y comunicación de documentos procesales.

b) El uso de una sala de audiencias con todas las facilidades tecnológicas, como el video conferencia, presentación de documentos a todo el presente, etc.

Nuestra legislación comercial permite la participación a distancia en las distintas actividades de la empresa, así también todas estas facilidades deben de ser brindadas por el JCCC.

c) La tecnología va ha ser mantenida y operada por el personal del JCC o por personal privado.

El personal del JCCC serán los únicos autorizados a operar la tecnología del juzgado. Solo en casos de mal función serán llamados los externos a operar dichos aparatos.

d) Se podrá considerar la corte de negocios como un laboratorio tecnológico para probar las investigaciones.

El JCCC sí podrá ser utilizado como laboratorio tecnológico para realizar investigaciones. Gracias a la avanzada tecnología que esta poseerá, esta será de ayuda a la comunidad.

14. ¿Cómo van a ser manejadas las apelaciones?

a) Hay necesidad de un colegiado a nivel superior.

En el caso peruano, que garantiza el derecho a la doble instancia, es obligatorio poseer una segunda instancia que resuelva las apelaciones. Esta instancia superior que sería la actual Sala Comercial, debe de contar con la misma capacitación que el JCCC, para garantizar la probidad de las resoluciones en segunda instancia.

b) Debe de existir una apelación directa a la Corte Suprema con la certificación del juzgado de primera instancia⁵⁸⁹.

En el caso de casación por salto, como lo establece nuestra normativa adjetiva, se podrá acceder directamente a la Corte Suprema en casación, siempre y cuando las partes pacten de esta manera debido a la libertad contractual.

15. Conclusiones

Podemos señalar que luego de presentar todos los requisitos de manera detallada para la creación de un juzgado para inversión extranjera y casos complejos de comercio podemos concluir exhortando que en Perú debiera de crearse este juzgado súper especializado en temas comerciales, pero teniendo en cuenta las atingencias señaladas, como el manejo de las apelaciones, por una sala igual de calificada que el a quo. El tiempo de permanencia en el cargo del magistrado. Algo muy importante es quienes deben de estar involucrados en la creación de este proyecto, dada la relevancia nacional, entre las organizaciones llamadas a contribuir para su creación podemos mencionar a la Cámara de Comercio de Lima, las Universidades Privadas y Públicas así como el colegio de Abogados con sus especialistas en la materia.

Siguiendo los lineamientos presentados por la ABA consideramos que la labor de creación de un juzgado especializado, como quién debería crear el JCCC, cómo deben ser elegidos los jueces y el tiempo de permanencia, cuál modelo de corte seguir, de todos los mencionados en los capítulos anteriores, el uso de la equidad, el procedimiento en apelación y la conformación en la corte de apelación, límites en la etapa probatoria; así como su competencia y jurisdicción.

El análisis previo de todos los factores antes mencionados ayudará a crear una corte para inversión extranjera y casos complejos de negocios eficiente, la cual nos permitirá ubicarnos a la vanguardia en Latinoamérica.

589.Traducción del Inglés, Francés, Latín, Italiano al Español realizada por el autor.

LAS VARIANTES EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL ARBITRAJE, LOS JUZGADOS COMERCIALES Y EL FUTURO JUZGADO PARA INVERSIÓN EXTRANJERA Y CASOS COMPLEJOS DE NEGOCIOS

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Mecanismos alternativos de solución de conflicto. – 3. La conciliación. – 4. Mediación. – 5. Transacción. – 6. El arbitraje; El arbitraje en el Perú; El arbitraje en el derecho romano; El arbitraje en el derecho intermedio; El arbitraje en la edad media; El arbitraje en el derecho común; El arbitraje comercial; El arbitraje en la legislación peruana; El Decreto Legislativo 1071; CIADI. – 7. La OMC y la solución de conflictos comerciales. – 8. Conclusiones.

1. *Introducción*

Los conflictos pueden ser resueltos de muchas maneras, la primera de ellas es la autodefensa o auto tutela, cuando uno de los sujetos en conflicto, sea un individuo, sea una persona jurídica, sea una masa indeterminada, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con otro sujeto (o los dos a la vez), a través de una acción directa en lugar de dirigir el instrumento apropiado hacia un tercero para que lo dirima. Actualmente la auto tutela está proscrita de los núcleos humanos civilizados y suele conducir a la imposición de una solución del conflicto por el adversario más fuerte. En cuanto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos podemos mencionar que existen dos: *a)* auto compositivos y *b)* hétérocompositivos. Los auto compositivos: tratan de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad para que lo dirima. Aunque en superficie parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede haber una sumisión del más débil. Ejemplos los tenemos en la conciliación extrajudicial y en la transacción. Los heterocompositivos: supone la existencia de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados, acuden a una tercera persona, desinteresada, a fin de que lo resuelva imparcialmente. La heterocomposición, como medio de solucionar los conflictos intersubjetivos, tiene diversas manifestaciones, de las que aquí consideramos fundamentalmente: el arbitraje⁵⁹⁰.

Los mecanismos alternativos de solución de justicia en Italia han tenido poco suceso en sus inicios, se pensaba que fueron creados debido a la deficiencia del sistema judicial⁵⁹¹. A continuación las estadísticas en cuanto a la elección del foro por parte de las empresas y particulares en las transacciones internacionales⁵⁹²:

- <i>Litigation</i>	11%
- <i>Adr</i>	16%
- <i>Escalation clause</i> (adr + arbitration)	44%
- <i>Arbitration</i>	29%

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

590 Véase: FAIREN-GUILLEN, Victor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona 1990, pp. 19-21.

591 MARCHISELO, Michele, Presidente honorario de la Corte di Cassazione d'Italia, en la Joint Conference with the Consiglio Nazionale Forenze, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008. Todo buen sistema judicial debe de contar con mecanismos alternativos de solución de conflictos.

592 Ver: SIA-QMUL & PWC.

Alternatividad y transacciones internas

- *Flexibility* 13%
- *Enforceability* 29%
- *Confidentiality* 21%
- *Selection arbitrators* 20%
- *Other* 17%

2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Perú han tenido poco auge⁵⁹³ a pesar de los proyectos del gobierno por incentivar estos mecanismos como la dación de la ley sobre la obligatoriedad del uso de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a juicio⁵⁹⁴.

Los mecanismos alternativos son los siguientes⁵⁹⁵:

3. La Conciliación

Conciliación deriva del vocablo latín *conciliatio, conciliationis* y es la acción y efecto de conciliar. A su vez, conciliar proviene del latín *conciliare* y significa: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí⁵⁹⁶. En el Perú actualmente la Conciliación Extrajudicial es

593. Weak oversight of alternative dispute mechanisms. Alternative Dispute Resolution (ADR) methods have only become available in recent years as a result of the growing demand for prompt and effective means of dispute settlement. While approximately 10 formal arbitration centers operate in Peru, there is also significant CSO activity in such ADR mechanisms as mediation and conciliation. However, availability of ADR mechanisms, which are frequently misused, remains limited, particularly for poor Peruvians. Effective ADR mechanisms should be able to contribute to contract enforcement and keep costs low for both small and large market agents, and transactions of any size. In Peru, however, there is a disconnect between The 1993 Constitution recognized such special jurisdiction for peasant and native communities; however, this mandate has not been implemented. The State court system and private ADR providers. ADR is viewed largely as a substitute for an inefficient court apparatus; because contract enforcement through the Judiciary is not predictable, some companies and citizens prefer to use ADR even at a higher cost. Others regard mandatory conciliation in certain civil cases as simply another obstacle to overcome. Reliable, public information on when, where and how to use each mechanism is essential to achieve the required complementary to the formal system and avoid duplication of effort and cost.

594. Véase la ley de conciliación Perú: Ley de Conciliación, Ley n. 26872 y su modificación Decreto Legislativo 1070.

595. Veamos que en un ambiente social primitivo todo se resolvía mediante la auto defensa, el único medio del acreedor, sea por contrato o por delito, para obligar a la parte deudora a la observancia de sus deberes jurídicos. Las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos fueron producto de sus propias decisiones. Inicialmente se aplicaba la ley del más fuerte, posteriormente la Ley del Talión. Posteriormente en la familia quién resolvía los conflictos era el paterfamilias con todos los poderes que poseía, uno de ellos que era el máximo era el *ius vitae ac necis*, con el cual podía disponer de la vida de sus *alieni iuris subiectae*. Posteriormente con el fin de limitar el poder del *paterfamilias* se creó el *consiglium familias*, quién resolvía en segunda instancia, luego si no se podía resolver en la familia se buscaba un tercero para resolver, ese tercero tenía autoridad moral, e imponía multas a la parte desobediente. Aparece así una noción superior, una idea que desplazaba la confianza hacia una autoridad incuestionable que concentra en sí la representación de la misma justicia. Algunos jurista adicionan como medio alternativo de solución de conflictos a la negociación: es la ciencia y el arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados, comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados. La negociación es un proceso que les ofrece a las partes la oportunidad de *intercambiar* promesas y *contraer compromisos* en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo. Es necesario el *animus negotiandi*. En cuanto a los elementos: a) las personas; b) los intereses: movilizan aspectos más próximos con el tratamiento práctico de la crisis y la forma como suele implementarse el procedimiento de negociación. Otros autores consideran que la negociación es parte de los mecanismos alternativos de solución de conflicto, sobre todo en la fase inicial de éstos.

596. Sobre el significado de conciliación y evolución en la legislación peruana véase: LEDESMA-NARVÁEZ, Marianella, *La Conciliación*, Legrima, Perú 1996, pp.43-48. la conciliación fue concebida en el Código de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz de 1836, como un proyecto previo a la demanda ante un Juez de letras. Con el Código de Enjuiciamientos Civiles en 1851 se continuó con la posición del Código de Santa Cruz, en la cual la conciliación debía preceder todo juicio escrito. El Reglamento de Jueces de Paz de 1854 fijaba la competencia de los jueces de paz para el juicio conciliatorio sobre diezmos, aguas, etc. En el Código de Procedimientos Civiles de 1911 se estableció expresamente a que los jueces civiles de primera instancia ordenen un comparendo en cualquier estado del juicio

una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se le asista en la búsqueda de una solución consensual⁵⁹⁷. En cuanto a sus características podemos mencionar⁵⁹⁸: es un acto jurídico, requiere asistencia de un tercero, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la oralidad e intermediación, es extra proceso, es voluntaria, no constituye un acto jurisdiccional, es personalísima, fomenta la cultura de la paz, propicia una solución al conflicto con ayuda de un Conciliador o un Juez de Paz Letrado, tiene carácter obligatorio para los casos de derechos disponibles, título de ejecución, el conciliador no es necesariamente un abogado, el conciliador no resuelve sino que facilita la negociación, un abogado del Centro de Conciliación certifica la legalidad del acuerdo⁵⁹⁹.

En cuanto a la conciliación en Italia podemos señalar que en 1993 se emite la norma que reforma las cámaras de comercio en Italia, donde se señala que las cámaras de comercio deben realizar también el arbitraje y la conciliación⁶⁰⁰. Damos como ejemplo lo sucedido en la Cámara de Comercio de Milán: del 1997 a 1999 se presentó una sola demanda para ser llevada a conciliación, en enero de 1996 se varía el modo de ofrecer la conciliación y de 1996 al 2001 se presentaron 99 causas por lo general casos menores y del consumidor. Del 2003 al 2007 se han presentado 654 causas habiendo un incremento de 400%. 511 conciliaciones clásicas, 26 ítalo-chinas, 17 de comercio electrónico. La duración promedio es de 34 días. Con una cuantía en litigio promedio de 50 mil euros, y en los casos *business to business* de 162 euros, llegando a un 88% los casos concluidos con acuerdo favorable⁶⁰¹.

A nivel derecho supranacional las Naciones Unidas ha emitido la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, la cual reconoce el valor de los métodos internacionales sobre arreglo de disputas comerciales, en los cuales la *litis* se resuelve amigablemente⁶⁰².

y procurar la conciliación de las partes. Con el Código Procesal Civil de 1993, la conciliación retoma las ideas del Código de Santa Cruz en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852. El Decreto Legislativo 1070 señala que la conciliación es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. La Ley de Conciliación n. 26872 del 13/11/1997 incluía el acudir al Juzgado de Paz Letrado, véase art. 5.

597. Véase art. 5 de la Ley de Conciliación, Ley n. 26872; en la cual se nos señala el carácter obligatorio, la vía alternativa entre recurrir a los Centros de Conciliación o a los Jueces de Paz, las materias conciliables que son las de pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes, asuntos de familia en cuanto a las pretensiones sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar. Sobre este punto ver: SAGASTEGUI-URTEAGA, Pedro, *La Conciliación Judicial y Extrajudicial*, Ediciones Forenses, Lima 1998, pp. 206-313.

598. Es una de las formas más antiguas para resolver disputas humanas. Sus inicios se hayan en las formas tribales hasta llegar a los consejos de la familia, los clanes o reunión de vecinos caracterizados. Entre las características de la conciliación podemos señalar: a) proveniente de un acuerdo de voluntades que encuentra puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan sin que para ello intervengan terceros; b) la actividad dispuesta por otro (conciliador) en miras a aligerar las tensiones y desencuentros de las partes; c) el conciliador puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente; d) este mecanismo, a veces, se establece como presupuesto previo a formalizar un reclamo ante la jurisdicción.

599. Véase: PEÑA-GONZÁLEZ, Oscar, *Conciliación Extrajudicial*, Apecc, Lima 2001, pp. 42-45.

600. Ver la ley N° 580 de 1993.

601. Ver: AZZALI, Stefano, *lo sviluppo della mediazione in Italia ed il modello offerto dalle Camere di Commercio*, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008. En cuanto a la conciliación en Italia: en los últimos 5 años se ha incrementado en 450%, estas tardan 59 días en promedio, llevándose a cabo al rededor de 25,610 del 1997 al 2007, siendo casos *business to business* el 25% con un valor promedio de 28 mil euros en disputa.

602. *Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law*, de enero de 2003. La cual nos señala que es aplicable en los siguientes casos: a) international commercial conciliations; b) for the purposes of this Law, conciliator means a sole conciliator means sole conciliator or two or more conciliators, as the case may be; c) the parties have their places of business in different States; or d) the States in which the parties have their places of business is different; e) conciliations when the parties agree that the conciliation is international and agree to the applicability of this law.

Debemos señalar además que con el Decreto Legislativo 1070⁶⁰³ se modifican de manera integral las normas de la ley de conciliación y de audiencia de conciliación regulada en el Código Procesal Civil, a fin de hacerlas más efectivas en su aplicación como alternativa de solución de conflictos.

4. *Mediación*

Desde tiempos antiguos, la población ha utilizado a los mediadores para resolver disputas. Los mediadores eran personas reconocidas en cada comunidad con sentido común, técnicas de comunicación y con habilidad de traer armonía a los conflictos. Los mediadores son utilizados en todo el mundo para las disputas entre naciones como en las disputas entre vecinos.

La mediación provee una oportunidad para la población con una disputa para que conjuntamente cooperen para solucionar sus problemas⁶⁰⁴. Los mediadores son entrenados para facilitar la comunicación y asistir a las partes a moverse más allá de sus posiciones y descubrir sus necesidades y deseos motores. Generando de esta manera una solución *win-win*.

El rol del mediador es ser neutral, escuchar a todas las partes y ayudarlos a pensar constructivamente sobre las posibles soluciones. La mediación es una alternativa a los caros y largos procesos judiciales. Este abre las líneas para la comunicación entre las partes y las asiste a desarrollar sus propias soluciones⁶⁰⁵.

5. *Transacción*

El Código francés definió la transacción como “un contrato por el cual las partes ponen término al litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer”⁶⁰⁶. El Código Civil italiano de 1865 siguiendo por lo señalado en el Código Civil español señalando que “la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”⁶⁰⁷.

En cuanto a las características de la transacción podemos señalar que: *a)* es consensual; *b)* bilateral; *c)* es oneroso; *d)* obligatorio; *e)* de eliminación de una controversia⁶⁰⁸.

603. Sobre las modificaciones véase el Decreto Legislativo que modifica la Ley de Conciliación n. 26872. Entre ellas: el nuevo decreto menciona la conciliación en materia laboral, la cual será atendida en los centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo y los privados autorizados. Se establece además claramente los requisitos para ser conciliador: *a)* ser conciliador acreditado y con la respectiva especialización, de ser el caso; *b)* contar con grado académico superior; *c)* contar con capacitación y experiencia en la educación de adultos; *d)* acreditar el ejercicio de la función conciliadora; *e)* acreditar capacitación en temas de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, cultura de paz y afines; *f)* aprobar la evaluación de desempleo teórico, práctico y metodológico a cargo de la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial-ENCE.

604. La mediación es un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes – que pueden ser dos o más – y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada.

No existe formalismos. Está reducida a una o varias audiencias que, enfrentando cara a cara a las partes, pone de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el mediador tras la solución del caso, sin necesidad de recurrir a determinados procedimientos verifcatorios (esto es, que a nadie se le pide que demuestre la razón) ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas. La mediación parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran a una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes del cuadro típico que califica la pretensión de su resistencia. Se quiere evitar la instauración de formas preestablecidas. La reunión de los interesados ante un mediador en una audiencia (*entrevista*).

605. Sobre mediación en Carolina del Norte véase: *Mediation Services, Conflict through cooperation*, Human Service Alliance, Winston Salem, NC. 2007.

606. Véase el art. 2044 del Código Civil Francés.

607. Véase art. 1809 del Código Civil italiano de 1865. Actualmente se encuentra vigente el Código Civil de 1942.

608. Sobre las características de la transacción en la legislación española véase: PELÁEZ, Francisco, *La Transacción*,

6. *El arbitraje*

6.1. *El Arbitraje en el derecho romano*

La conjetura más probable sobre la introducción en Roma del proceso formulario⁶⁰⁹ es aquella según la cual el pretor gracias a su derecho, por motivos de control, forma de auto tutela privada, somete el caso a un arbitraje: esta actividad del pretor fue legalizada posteriormente por la *lex Aebutia*. Esto explica el carácter arbitral de la fase *apud iudicem* en el proceso formulario. Pero el arbitraje en el derecho romano es totalmente distinto⁶¹⁰.

En las fuentes *arbiter* y *iudex* aparecen distintos, sea por que el *iudex* es necesariamente nombrado por el magistrado, el cual es elegido de un elenco de ciudadanos que posean los requisitos para ser *iudices privati*; los *arbiter* muchas veces eran llamados pero para motivos diversos a la decisión de una *litis*, debiendo éste solo limitarse a dar la exacta configuración de la relación entre las partes que recurrirán a él⁶¹¹ y le solicitaban una certificación de *vir bonus*; en vez el juez estaba obligado a emitir una solución, según lo prescrito por la formula dada por el magistrado; al contrario el *arbiter* estaba vinculado a las partes.

A través de lo señalado anteriormente podemos precisar una distinción fundamental entre esta dos clases de árbitros: de un lado hay juicios (*arbitra*) en el cual el *iudex arbitratu suo* valora el interés que el actor tenga en la restitución de la cosa, en este caso es evidente que están frente a un medio jurisdiccional de tutela. Por otro lado vemos, el árbitro originario, es el que responde al valor etimológico de *arbiter*, que indica persona, que a pedido de las partes en una relación controvertida, se presta para dirimir la cuestión en vía extrajudicial.

El acuerdo de las partes, con la finalidad de confiar a un tercero la decisión sobre una controversia o un complejo de controversias, toma el nombre de *compromissum* (*compro-mittere in aliquem de aliqua re*) al *arbitrium ex compromisso*.⁶¹² El acuerdo se verifica sobre todo en las relaciones, como la *societas* o la reglamentación de los límites de propiedad entre vecinos, se tiente de resolver sin recurrir a los medios judiciales⁶¹³, sin que exista dificultad de comprometer a cualquier tipo de controversia, a excepción de lo que este establecido para *iudicium publicum*, o por causas liberales, como la ingenuidad⁶¹⁴.

La decisión de un árbitro que no haya sido señalada por el magistrado no produce *res iudicata*⁶¹⁵, ni está obligado a pronunciar su sentencia: sólo a través de indicaciones precisas de las partes. El compromiso da al árbitro los criterios, el debe pronunciarse en sentencia; sin examinar singularmente los límites dentro de los cuales se debe hablar del compromiso. El árbitro tiene una libertad amplia para

su *Eficacia*, Bosch, Barcelona 1980.

609.BETTI, Emilio, *Diritto Romano*, I: Parte generale, Padova 1935, p 493 ss.

610.En cuanto a la evolución histórica en la solución de los conflictos podemos estudiar el ambiente social primitivo donde no existía poder de coacción por parte del estado, todo se realizaba a partir de la autodefensa, el cual era el único medio del acreedor, sea por contrato o por delito, para obligar a la parte deudora a la observancia de sus deberes jurídicos. Luego aparece la figura del *pater familias* quien era el encargado de resolver los conflictos dentro de la familia. Las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos fueron producto de sus propias decisiones. En manera paralela en la era pre cívica la primera forma tipificada de resolver los conflictos fue la ley del más fuerte, posteriormente la Ley del Talión. La familia crea la organización de la familia, con principios de armonía de la convivencia. Si no se podía resolver en la familia se buscaba un tercero para resolver. El tercero tenía autoridad moral. Aparece una noción superior, una idea que desplazaba la confianza hacia una autoridad incuestionable que concentra en sí la representación de la misma justicia. Después surge el Estado, que se convierte en el monopolizador de la administración de justicia, de esta manera surgen los tribunales asumen la defensa para la aplicación de sanciones correspondientes a tales deberes. Con el tribunal surge la jurisdicción, elemento técnico como se diferencia la aptitud de estos depositarios de la confianza pública, organiza un sistema de enjuiciamiento diverso del conocido. Cada uno de esos métodos irán evolucionando, se crean códigos, se perfeccionarán las instituciones y hasta habrá con el tiempo, una ciencia encargada de explicar la fisonomía y la dogmática de los procedimientos.

611.Crf. Iuliano, D. 4.5.47; Cic., de Off., 3.17.7.

612.Ver Digesto 4.8: *de receptis: qui arbitrum receperint ut sententiam dicant*; Codex Iustinianus 2.55. *de receptis*.

613.D. 4.8.44.

614.D. 4.8.32.

615.PAUL. *Sent.* 5.5ª, I.

decidir⁶¹⁶ veamos CICERÓN que señalaba: “*praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, comprehendere possunt et non dare infinitam licentiam iudicii, ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur; quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam summa, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitatis aut misericordia impulit, regere*”.

El hecho que la sentencia del *arbiter ex compromisso* no constituya *res iudicata* permitía, al acreedor, que había recibido una decisión desfavorable en el arbitraje, llevar a juicio regular a su deudor. Las partes podían establecer un *compromissum sine poena, exceptio veluti pacti*⁶¹⁷. La parte podía ser obligada por el pretor a cumplir su *officium* sólo si este lo hubiese asumido (mediante *receptum arbitrio*). El edicto del árbitro decía: “*qui arbitrium pecunia compromissa*” (el dinero previsto para el pago de la penalidad) *repperit, eum sententiam dicere cogam*”. La obligación se daba mediante la imposición de una multa⁶¹⁸ o una *pignoris capio*.

En el derecho justiniano, la *Novella* 82, I, deroga el juramento de compromiso y de arbitraje; la generación siguiente, la post clásica de la *stipulatio* tiene como característica el no llevar la fórmula estipulatoria para la realización de la coacción de la cláusula penal, en esa época se requiere el juramento de calumnia⁶¹⁹.

6.2. El arbitraje en el derecho intermedio

Las formas de arbitraje para las decisiones civiles de las controversias no solo existieron en el derecho romano con las figuras del *iudicium* y la del *compromissum*, sino también en el derecho medieval y en el derecho de época moderna. Podemos ver la persistencia en el alto medioevo de la *audientia episcopalis*, cuya estructura jurídica, hasta la época ostrogoda en Italia estaba basada en dos características fundamentales: la facultad de las partes de dirigirse libremente al tribunal del obispo para definir sus controversias civiles; la naturaleza y la eficacia típicamente arbitral intrínseca en las sentencias de los obispos. La Iglesia desde el periodo Bajo del Imperio insistió particularmente en invitar a los creyentes a dirigirse a la jurisdicción del obispo y buscó siempre en sustituir la obra de los tribunales eclesiásticos ante la magistratura del Estado; la *audientia episcopalis*, conservó por mucho tiempo su carácter de forma especial de arbitraje y solo en la época de la ocupación longobarda la jurisdicción del obispo adquirió las características de una magistratura pública.

Referencias sobre los juicios arbitrales de la época del alto medioevo la podemos encontrar en las recopilaciones legislativas compiladas por los bárbaros. Una característica interesante es ver que en la época de la legislación de los soberanos ostrogodos en Italia no se hace mención al arbitraje y que la *Lex Alamannorum* parece prohibir este recurso, en su disposición (Tit. XLI, I)⁶²⁰. La *Lex salica* vió en los *apretiatores* pretil las personas elegidas para determinar el valor de las cosas que el deudor debía entregar a su acreedor, en el caso que se hubiese encontrado en la imposibilidad de pagar su deuda en dinero. Los tribunales noruegos preveían la existencia de un tribunal formado mitad por jueces elegidos por las partes, y evoca la figura del árbitro. También el *saamed* de las leyes anglosajonas, tenía la tarea de establecer el valor de los daños civiles y la entidad encargada de la reparación que el responsable de un delito debía de pagar a la víctima o a los parientes de ésta.

Durante la época feudal, el recurso del arbitraje fue absorbido por la función judicial en las manos de

616. SENECA, *de beneficiis*, 3.7.5.

617. Ulp. D. 4.8.13

618. Paul. D. 4.8.32

619. Cod., 2.58 (59), 2.4. Ver también CRIFÒ, Giuliano, *Arbitrato in Roma*, in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 893-895.

620. CASSIDORO en las *Variae* (IV, Epist. 42. 46) nos narra un caso particular de definición arbitral de un caso: Teodorico, ordenó bajo la dirección de Comes Gothorum, decida la controversia por tres árbitros, elegidos por acuerdo de las partes entre las personas de su confianza: *cum tribushonoratis, quos partium consensus elegerit*. La *lex Visigotorum* proveía explícitamente el instituto: *etiam ex consensu partium iudices in negotio eligantur*, y el Brevario de Alarico reportó la Constitución de Constantino sobre la *audientia episcopalis*, que fue reducida en las Excepciones *Petri*.

las jurisdicciones feudales. Pero otros autores sostienen que en esa época, de evidente crisis del poder del Estado, un fenómeno natural era el mirar desconfiadamente a las instituciones públicas y los ciudadanos buscaban un medio para no acudir a ella. Los *lauda*, las definiciones arbitrales de las *litis* aparecen más frecuentemente que las sentencias judiciales. Una de las características de ésta época, como del alto medioevo, es la gran influencia de los principios del derecho germánico sobre la estructura de los juicios arbitrales: basta recordar que el motivo del recurso para la sentencia arbitral lo encontramos expresado en la fórmula *pro bono pacis et pro amicitia Servanda* de origen germánico⁶²¹.

Durante la época del renacimiento jurídico del Medioevo, la evolución del arbitraje fue muy importante y se vio su transformación de naturaleza privada a una institución de carácter procesal. Esto con la finalidad de estar de acuerdo con el fenómeno jurídico y el fenómeno económico y social italiano en la época de la revolución de las Municipalidades; debemos de enfatizar que el arbitraje es una forma ágil de juicio y por esto muy apta a la resolución rápida de las controversias civiles y mercantiles, particularmente frecuentes en un periodo histórico caracterizado por el incremento en la intensidad de las relaciones comerciales.

6.3. *El arbitraje en la edad del derecho común*

En esta edad la legislación, jurisprudencia, práctica y ciencia, se ocuparon muy poco de las decisiones arbitrales. Las reglas contenidas en el *Corpus Iuris*, en el *iudex*, el *arbiter*, el *compromissum*, fueron ampliamente utilizados por los juristas. El derecho canónico intervino con disposiciones más adecuadas a la nueva forma de arbitraje; se le otorga amplias facultades a las partes en la elección del rito, en la forma del juicio arbitral y en la nominación de los árbitros; se le concede también a las mujeres la posibilidad de participar como árbitros a las mujeres; diverso al derecho romano, se estableció la validez del juramento prestado ante los árbitros, esto para obtener mayor celeridad y garantizar la intangibilidad de las sentencias arbitrales: *A iudicibus, quos communis consensus elegerit non liceat provocare*.

En el siglo XIII, los juristas iniciaron a examinar los problemas surgidos en la aplicación del arbitraje. El de la formación del nivel contra la parte que no deseaba continuar en el arbitraje, podemos analizar la obra de BONAGUIDA de Arezzo; el tema de las oposiciones al juicio de los árbitros fue visto por Jacopo BUTRIGARIO. Más tarde los comentaradores se detuvieron al estudio del tema de los árbitros, con la obra de Gian Batista PERUGINO, con las discusiones sobre el *arbitris* y sobre el *arbitrador*, sobre el arbitraje voluntario y el necesario, sobre la facultad de la apelación contra el laudo arbitral por parte de la parte perdedora. Los comentaradores, elaboraron en esta época una configuración jurídica de la institución, con puntos de partida basados en los principios del derecho romano, pero original y diferente.

Los juristas de Boloña identificaron diferencias entre *arbiter* y *arbitrador*. *Arbiter*, era alguien a quien las partes en una *litis* le confiaban el examen de una controversia civil a ser decidida según las normas del derecho positivo, siguiendo las mismas formas procesales de los juicios que en un proceso judicial público. Las fuentes afirmaban, que el *arbiter* debía sentenciar de *iure* y proceder en su *juicio secundum iudiciorum ordinem*. El *arbitrador*, era aquella persona que se le confiaba una causa civil para que resolviera *ex bono et aequo*, según los principios de la equidad, no estando obligado a aplicar las normas *ius strictum* y a seguir las formalidades del proceso ordinarios; el *arbitrador* tenía que ceñirse a un fin particular: componer amigablemente una *litis* sin empeñarse en su examen de derecho y de hecho, y por esto la jurisprudencia insistía sobre el carácter equitativo de la *compositio amicabile* y su afinidad entre su naturaleza y la de la transacción. Pero la diferencia fundamental entre las dos clases de juicio arbitral, era en la posibilidad de la apelación a la decisión del *arbiter*. Los comentaradores del siglo XIV atribuyeron a la decisión arbitral el valor de un acto de certificación de la posición jurídica de los litigantes.

621. PIANO-MORTARI, Vincenzo, *L'Arbitrato nel periodo intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*.

Señalando que los árbitros en esta época no poseían la *iurisdictio*, solamente la *notio*: tenían solo el poder de declarar el derecho de una parte pero no de poder ejecutarlo coactivamente. Luego con el pasar del tiempo se les atribuyó a sus decisiones las mismas cualidades que a las sentencias pronunciadas por los magistrados públicos.

6.4. *El arbitraje comercial*

El arbitraje⁶²² comercial comprende la solución mediante árbitros de las controversias de carácter comercial⁶²³. Las disposiciones que regulan el arbitraje en el C.P.C. y en el C.C. son aplicables al arbitraje comercial, no existe en el Código de Comercio normas que se refieran al arbitraje⁶²⁴. Existe mucho interés académico por determinar el concepto de arbitraje comercial⁶²⁵, podemos ver que las convenciones referentes al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, algunas limitan su aplicación a este campo como el Convenio Interamericano sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá (art. 1)) o permiten que las partes restrinjan su aplicación a dicho campo como el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de New York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York (art. 1.3.)). La definición de lo que se entiende por comercial debe referirse a la forma cómo define este concepto el derecho interno de cada país. La Ley Modelo de la CNUDMI considera que se debe de dar una interpretación amplia a la expresión comercial para que abarque cuestiones que se planteen en todas las relaciones comerciales⁶²⁶.

 622.Sobre el concepto del arbitraje podemos señalar que es aquel que las partes recurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. (AYLWIN); Es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquéllas que por su naturaleza no pueden someterse a compromiso. (MONGALVY); el juzgamiento de una controversia por simples particulares que las partes toman como jueces. (GLASSON), en resumen podemos mencionar que el arbitraje es una contienda entre partes sometida voluntaria o forzosamente al conocimiento y resolución de terceros elegidos por ellos o por la autoridad judicial en subsidio. Todas las definiciones tienen en común que consideran al arbitramento como una derogación de la jurisdicción hecha por particulares para que sus litigios se tramiten ante tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por la ley de cada país.

623.En cuanto a los fundamentos del arbitrajes podemos mencionar: a) se acepta en derecho procesal que solo el Estado puede administrar justicia y dicho servicio público se presta por medio del órgano jurisdiccional del poder público. Sin embargo, si el juzgamiento de los litigios en general, tiene importancia colectiva y, por consiguiente, carácter público; b) la mayoría de las controversias solo afecta a los individuos entre los cuales se producen. En cada caso particular en que esto ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos; someterlos a jueces que les merezcan amplia confianza. Si una persona, por los actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho o transigir disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza.

624.Sobre el arbitraje comercial véase: MONTROYA-ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco Editores, Lima 1988, pp. 17-18. El autor nos menciona además: el arbitraje de derecho y de equidad; el arbitraje interno y arbitraje internacional. Sobre arbitraje véase también: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *El Arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998. ROCA-MARTINEZ, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Bosch 1992.

625.En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje podemos señalar las siguientes: a) *doctrina contractual*: que considera al *árbitro como mandatario* de las partes y que la decisión arbitral no sería propiamente sentencia sino la ejecución del mandato por el compromisario; b) *doctrina jurisdiccional*: el arbitraje tiene carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Si bien el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo desempeña su función como juez y como tal es independiente y autónomo, solo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta su fallo en derecho o en equidad pero en forma independiente y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley; c) *doctrina mixta*: objeto a la primera de no tomar en cuenta que el laudo sin *decreto de ejecutoriedad* no es sentencia, ya que le falta no solo la eficacia ejecutiva, sino también y sobre todo la obligatoria, la segunda no distingue entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, si indudablemente el poder de ellos será menos pleno que el de los jueces ordinarios, como subordinada que estaba la eficacia del laudo a una homologación.

626.Además podemos señalar que internacionalmente existe la *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceeding* del 14 de junio 1996, Nueva York. The purpose of the Notes is to assist arbitration practitioner by listing and briefly describing

Entre las características del arbitraje en Europa podemos señalar: que en el sistema comercial los comerciantes se enfrentan al momento de un conflicto entre escoger entre la autoridad y el arbitraje, el cual es elegido por: a) existencia de un cuerpo normativo eficaz y colaudado; b) existencia de profesionalidad y competencias específicas, de los abogados y de los jueces; c) tiempos y costos de los procedimientos arbitrales; d) se seguirán las nuevas tendencias⁶²⁷; e) la posibilidad de la interactividad, el arbitraje es usado como exclusión absoluta de la tutela estatal; f) la autonomía de las normas actuales, el principio de la autonomía en la cláusula arbitral⁶²⁸, el principio *competence-competence*.

6.5. *El arbitraje en la legislación peruana*

El arbitraje llega a América a través de los conquistadores españoles. En lo que se refiere al derecho español, que fue derecho vigente durante la Colonia, se debe señalar que el arbitraje fue materia de reglamentación en diversas disposiciones, entre las que se puede mencionar: a) el Fuero Juzgo en la Ley 13, Título I del Libro II; el Título VII, Libro I del Fuero; b) Ordenanzas Reales de Castilla en el Título VII, Libro I del Fuero Real y las Leyes XXIII, XXIV.

En cuanto a la legislación peruana, esta figura fue tratada por el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, el mismo que se refiere a los jueces árbitros (artt. 57-80) y al modo de proceder de los árbitros arbitradores (artt. 1552-1567). El Código de Procedimientos Civiles que sustituye al anterior y rige desde el 28 de julio de 1912 trata estas materias en sus artículos 548-582.

El Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984, en sus artículos 1906 a 1922, legisla la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. En este sentido sus disposiciones modifican algunos de los artículos del Código de Procedimientos Civiles. Asimismo podemos señalar que la Constitución Política de 1979 reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje⁶²⁹, así como la posibilidad de someter las controversias del Estado y de las personas de derecho público derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. Así también la Constitución Política de 1993 nos habla sobre el arbitraje en la inversión extranjera y reconoce la jurisdicción arbitral⁶³⁰. Además la Ley General de Arbitraje⁶³¹ n. 26572 regulaba el arbitraje en

 questions on which appropriately timed decisions on organizing arbitral proceedings may be useful. The text, prepared with a particular view to international arbitrations, may be used whether or not the arbitration is administered by an arbitral institution. Es importante señalar que: no legal requirement binding on the arbitrators or the parties is imposed by the Notes. The arbitral tribunal remains free to use the Notes as it sees fit and is not required to give reasons for disregarding them.

627. Actualmente Londres es la capital que registra más arbitrajes en el mundo, la selección del foro la ha nombrado la número uno, a pesar de ser uno de los foros más caros, las razones de los litigantes señalan que lo hacen porque tienen confianza y por los conocimientos de los tribunales arbitrales ingleses.

628. Ver el artículo 808 inc. 2 del *Código Procesal Civil Italiano*. Sección 7 del *British Arbitration Act* de 1996:

629. Véase la Constitución Política del Perú de 1979, art. 233 “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar*”.

630. Véase Constitución Política de 1993 art 63 “*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*”. Véase también art 139 “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

631. Ley General de Arbitraje, Ley n. 26572 del 05/01/1996, la cual nos prescribía que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas que relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto: a) las que versan sobre el estado y capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes y derechos de los incapaces sin autorización judicial previa; b) aquellas las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso;

Perú hasta la dación del Decreto Legislativo 1071.

6.6. El Decreto Legislativo 1071

El Decreto Legislativo 1071⁶³² modifica a la ley de arbitraje vigente, señalando que es de aplicación a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea que el arbitraje sea de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en los tratados o acuerdos internacionales en los que el Perú sea parte o leyes especiales que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicarán supletoriamente. *a)* no interferencia del poder judicial en los laudos; *b)* plena competencia, plena autonomía del tribunal arbitral; *c)* designación de los árbitros ante la no designación de árbitros lo hará la Cámara de Comercio; *d)* el laudo no será apelable ni arbitral ni judicialmente; *e)* confidencialidad, en el caso público dejará de ser confidencial; *f)* 20 días de actuadas las pruebas, hoy actuación del derecho; *g)* las partes pueden transar hasta antes de emitido el laudo, el acuerdo generado tendrá la calidad de un laudo. Las novedades que presenta el presente Decreto legislativo con respecto a la anterior ley son: la de regular el arbitraje popular a fin de orientar la utilización de este mecanismo pacífico de solución de controversias en las contiendas propias de gente de menores recursos económicos, para implementar a las pequeñas y medianas empresas. Con esto se fortalece la institución arbitral sin interferir con el *imperium* del Estado para solucionar conflictos.

7. International Centre for Settlement of Investment Disputes ICSID

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida bajo la *Convention on the Settlement of investment Disputes* entre Estados y Nacionales de otros Estados con más de ciento cuarenta y cuatro miembros⁶³³. La Convención del CIADI es un tratado multilateral formulado por los directores ejecutivos del International Bank for Reconstruction and Development (el Banco Mundial). Se crea el 18 de marzo de 1965 y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966. La Convención tuvo el objetivo de remover los impedimentos para un libre flujo internacional de inversiones privadas, las cuales están afectas a riesgos no comerciales y de métodos internacionales para la solución de disputas. El CIADI fue creado por la Convención como un foro internacional imparcial que provee facilidades para la resolución legal de las disputas entre

c) las que interesen al orden público o que versan sobre delitos o faltas, pero sí sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera

sido fijada por resolución judicial firme; *d)* las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. Sobre la el Arbitraje en Perú véase: GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *Validez del sometimiento de una persona jurídica al arbitraje*; donde nos señala que las personas jurídicas pueden celebrar convenios arbitrales, para lo cual el representante legal de la persona jurídica debe estar facultado para obligar a la empresa a someter una controversia a arbitraje. Es decir, ser deberá examinar en los contratos suscritos a nombre de la empresa, las facultades del representante legal para someter la solución del problema a este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Sobre el tema véase también: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje*.

632. Decreto Legislativo 1071 que norma el Arbitraje del 28 de junio de 2008. A través de este Decreto se establece una nueva regulación en materia de arbitraje en materia tanto nacional como internacional facilitando la ejecución de los laudos, favoreciendo así su aplicación para la solución de controversias y promoviendo su acceso a todos los ciudadanos. Entre las peculiaridades de la nueva Ley de Arbitraje el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que haya surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual o de otra naturaleza. El convenio arbitral puede celebrarse antes o después de que surja la controversia. Es un acto jurídico autosuficiente, que no se requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral. En cuanto a la forma del convenio arbitral, la derogada ley arbitral establecía que el convenio arbitral debía de celebrarse por escrito bajo sanción de nulidad. La nueva Ley señala que la exigencia de por escrito se mantiene, pero debe de entenderse este requisito como una formalidad *ad probationem*.

633. Sobre el CIADI véase: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. la estructura es la siguiente: *a)* Administrative Council; *b)* Secretariat.

partes aptas, a través de la conciliación o procedimientos de arbitraje. El recurrir al CIADI es facultativo para las partes.

El CIADI no concilia o arbitra las disputas, provee el *framework* institucional y procedimental *for independent conciliation commissions and arbitral tribunal* constituidos en cada caso para resolver las disputas. El CIADI posee dos set de reglas procedimentales que pueden gobernar el inicio y conducción de los procedimientos: a) la ICSID *Convention, Regulations and Rules*; y b) the ICSID *additional facility rule*. Las instituciones principales son la conciliación y el arbitraje, los cuales son totalmente voluntarios, pero una vez que las partes manifestaron su consentimiento, no pueden retirarse unilateralmente. Entre las condiciones jurisdiccionales para el acceso a CIADI podemos señalar: a) la disputa debe de ser entre un ICSID *Contracting State* y un individuo o compañía que califique como nacional de otro ICSID *Contracting State*; b) la disputa debe de calificar como una disputa legal derivada directamente de una inversión; c) las partes en disputa deben de consentir por escrito su sumisión de la disputa al ICSID en arbitraje o conciliación.

7.1. La Organización Mundial de Comercio y la solución de los conflictos comerciales

La OMC es una organización para liberalizar el comercio. Es un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales. Es un lugar para que resuelvan sus diferencias comerciales. La OMC es esencialmente un lugar donde acuden los gobiernos Miembros para tratar de arreglar controversias comerciales que tienen entre sí. El primer paso es hablar. La OMC nació como consecuencia de unas negociaciones, la mayor parte de la labor actual de la OMC proviene de las negociaciones celebradas en el período 1986-1994, la llamada ronda de Uruguay, y de anteriores negociaciones celebradas en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). La OMC es actualmente el foro de nueva negociaciones en el marco del “Programa de Doha para el Desarrollo”, iniciado en el 2001.

Cuando los países se han enfrentado con obstáculos al comercio y han querido reducirlos, las negociaciones han contribuido a liberalizar el comercio. Pero la OMC no se dedica exclusivamente a la liberalización del comercio y en determinadas circunstancias sus normas apoyan el mantenimiento de obstáculos al comercio: por ejemplo, para proteger a los consumidores o impedir la propagación de enfermedades⁶³⁴.

La OMC nació el 1 de enero de 1995, pero su sistema de comercio tiene casi medio siglo de existencia. Desde 1948, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) ha establecido las reglas del sistema (la segunda reunión ministerial de la OMC, celebrada en Ginebra en mayo de 1998, incluyó un acto de celebración del 50 aniversario del sistema.

Entre los principales principios de la OMC podemos mencionar: a) comercio sin discriminaciones: *nación más favorecida*, igual trato para todos los demás⁶³⁵. Trato *al nacional*, igual trato para los nacionales y los extranjeros. b) comercio más libre: de manera gradual, mediante negociaciones⁶³⁶. c) previsibilidad: mediante consolidación y

634.Su núcleo está constituido por los Acuerdos de la OMC, negociados y formados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Estos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son inicialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. Aunque negociados y firmados por los gobiernos, su objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar a cabo sus actividades, permitiendo al mismo tiempo a los gobiernos lograr objetivos sociales y ambientales. Véase: <http://wto.org/spanish>.

635.Los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC.

636.La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio. Esos obstáculos incluyen derechos de aduana (o aranceles) y medidas tales como las prohibiciones de las importaciones o los

transparencia⁶³⁷. d) fomento de una competencia leal⁶³⁸; e) promoción del desarrollo y la reforma económica⁶³⁹.

Solución de conflictos en la OMC

El procedimiento de solución de diferencias es la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Sin un medio de solución de diferencias el sistema basado en normas sería menos eficaz, puesto que no podrían hacerse cumplir las normas. Las diferencias se resuelven bajo la competencia del Órgano de Solución de Diferencias (el Consejo General), integrado por todos los Miembros de la OMC. El Órgano de Solución de Diferencias tiene la facultad exclusiva de establecer grupos especiales de experto para que examinen la diferencia y de aceptar o rechazar las conclusiones de dichos grupos especiales o los resultados de las apelaciones. Vigila la aplicación de las soluciones y recomendaciones y tiene la potestad para autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un país no respete su resolución. Las etapas son: 1) consultas, 60 días; 2) el grupo especial, 45 días; 3) traslado del informe, definitivo a las partes 6 meses; 4) el Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe, 60 días; 5) apelación.

8. Conclusiones

A lo largo de la historia podemos señalar que los empresarios han preferido los mecanismos alternativos de solución de conflictos y no al esquema estatal, visto que los magistrados en los Marcs eran parte de los empresarios, por ende sus fallos eran super especializados y pronto, visto que ellos veían estas materias en su vida comercial cotidiana.

El sistema estatal no brinda una solución eficiente, salvo las excepciones como las cortes especializadas en comercio, las cuales ofrecen especialización y además el aval del Estado con la prontitud deseada por los comerciantes. Entre los ejemplos dados en las investigaciones son las cortes comerciales de Carolina del Norte y Delaware.

En Perú los inversionistas prefieren el arbitraje ante la presencia de una *litis*, pero podemos señalar que el arbitraje es mucho más costoso y la celeridad no está garantizada, además había la posibilidad de poder recurrir al sistema estatal para cuestionar su validez. Vista esta situación es que el Estado ha promulgado el DL n. 1071 para evitar el recurrir en apelación al sistema estatal.

Debemos señalar que si el Perú no brinda las condiciones necesarias para maximizar la estabilidad jurídica, en este caso la judicial, las empresas extranjeras elegirán las naciones vecinas para invertir, por tanto proponemos la creación de un Juzgado para la Inversión Extranjera y Casos Complejos de Comercio.

contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas. Ocasionalmente se han debatido otras cuestiones, como el papeleo administrativo y las políticas cambiarias.

637. A veces, la promesa de no aumentar un obstáculo al comercio puede ser tan importante como reducir otro, ya que la promesa permite que las empresas tengan una visión más clara de sus oportunidades futuras. Mediante la estabilidad y previsibilidad se fomentan las inversiones, se crean puestos de trabajos y los consumidores pueden aprovechar plenamente los beneficios de la competencia: la posibilidad de elegir precios más bajos. El sistema multilateral de comercio constituye un intento de los gobiernos de dar estabilidad y previsibilidad al entorno comercial. En las estadísticas de la OMC nos figuran: a) 99 países desarrollados; b) 73 países en desarrollo; c) 98 países en transición.

638. El sistema permite la aplicación de aranceles y, en circunstancias restringidas, otras formas de protección. Es decir que la OMC es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

639. El sistema de la OMC contribuye al desarrollo. Por otra parte los países en desarrollo necesitan flexibilidad en cuanto al tiempo preciso para aplicar los Acuerdos al sistema. Y a su vez los Acuerdos incorporan las disposiciones anteriores del GATT que prevén asistencia y concesiones comerciales especiales para los países en desarrollo.

LAS VARIANTES EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL ARBITRAJE, LOS JUZGADOS COMERCIALES Y EL FUTURO JUZGADO COMERCIAL PARA CASOS COMPLEJOS DE NEGOCIOS

BIBLIOGRAFÍA

FAIREN-GUILLEN, Victor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona 1990; MARCHISIELO, Michele, Presidente honorario de la *Corte di Cassazione d'Italia*, en la Joint Conference with the Consiglio Nazionale Forense, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008; SIA-QMUL & PWC; SAGÁSTEGUI-URTEAGA, Pedro, *La Conciliación Judicial y Extrajudicial*, Ediciones Forenses, Lima 1998; AZZALI, Stefano, *lo sviluppo della mediazione in Italia ed il modello offerto dalle Camere di Commercio*, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008; *Mediation Services, Conflict through cooperation*, Human Service Alliance, Winston Salem, NC. 2007; PELÁEZ, Francisco, *La Transacción, su Eficacia*, Bosch, Barcelona 1980; BETTI, Emilio, *Diritto Romano*, I: Parte generale, Padova 1935; CRIFÒ, Giuliano, *Arbitrato in Roma*, in *Enciclopedia del Diritto*; SENECA, *de beneficiis*, 3.7.5.; CASSIDORO en las *Variae* (IV, Epist. 42. 46); PIANO-MORTARI, Vincenzo, *L'Arbitrato nel periodo intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*; MONTOYA-ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco Editores, Lima 1988; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *El Arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998; ROCA-MARTINEZ, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Bosch 1992; GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *Validez del sometimiento de una persona jurídica al arbitraje*; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje*.

LA FAMILIA DEL COMMON LAW – INTRODUCTION TO –

OYARCE-YUZZELLI, Aarón, LL.M.⁶⁴⁰

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Inglaterra y el *Common Law*. – 3. El patrimonio común a los sistemas del *Common Law*: La *Curia Regis* y el proceso de centralización; *King's Bench* y la *Court of Common Pleas*; La Constitución Inglesa; – 4. Elementos del *Common Law*: La equidad; la *equity* – 5. La profesión forense y los jueces en Inglaterra. – 6. Los Estados Unidos de Norte América. – 7. El derecho Americano de fines del siglo XVII. – 8. El abogado en USA. – 9. Fuentes del Derecho Americano. – 10. Ventajas del *Common Law*. – 11. Influencia del *Common Law* en Perú. – 12. Conclusiones.

1. Introducción

El presente artículo estudiará la Familia del derecho del *Common Law*, como parte de las familias del derecho estudiadas por los comparatistas⁶⁴¹, se analizará las características principales del derecho Inglés y de los Estados Unidos de América, como los ejemplos básicos del derecho común incluirá un acápite para identificar la influencia del derecho sajón en un país romanista por tradición, como el nuestro.

2. Inglaterra y el *Common Law*

La tradición jurídica occidental⁶⁴² está dividida en dos grandes familias: el *Civil Law*, o derecho romanista⁶⁴³, y el *Common Law* o derecho anglo-americano⁶⁴⁴. El *common law*, es el sistema en el cual se le da al juez el poder de crear el derecho, sin preocuparse por la legitimación

640. Profesor de Derecho Comparado y Derecho Internacional de la *Universidad de San Martín de Porres*, Lima Perú.

641. Los Comparatistas estudian el Derecho Comparado desde dos puntos de vista: *micro*, que estudia instituciones específicas y son comparadas con las diversas instituciones o cómo esta institución es abordada en las distintas legislaciones. El otro es el *macro*, donde los juristas estudian el Derecho Comparado de manera global, analizando las familias del derecho y sus principales características. Entre las principales familias del derecho podemos señalar: la familia del Derecho Romano Germánico, Anglosajón o del *Common Law*, Islámica o musulmana, Socialista y la Canónica, pero además existen otras fundamentalistas como la hindú, japonesa, etc.

Sobre el concepto de derecho comparado ver: ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2-14; si tratta di un processo intellettuale, il quale ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento. Il diritto comparato concerne la comparazione di diversi sistemi giuridici nazionali. Ciò può avvenire, in generale, nel senso che lo spirito e lo stile di diversi sistemi giuridici, i modi di pensare e anche i metodi di procedere a loro usuali vengono tra loro comparati. Si parla a questo proposito di *macrocomparazione*, intendendo che l'oggetto dell'indagine comparatistica sono qui i metodi con i quali si analizza normalmente la materia giuridica, i procedimenti mediante i quali si effettua la comparazione e la decisione, di controversie, od i metodi di lavoro dei giuristi che si occupano di diritto, mentre non appartengono a questo ambito i singoli problemi e le loro soluzioni. Sobre la función del derecho comparado véase: DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994, p. 14; il diritto comparato ha una funzione di primo piano da assolvere nella scienza del diritto, esso tende, infatti, in primo luogo, ad illuminare il giurista sulla funzione e il significato del diritto, mettendo a profitto a questo scopo l'esperienza di tutte le nazioni. Il suo secondo obiettivo è quello di facilitare, su un piano più pratico, l'organizzazione della società internazionale mostrando le possibilità di accordo e suggerendo formule per la regolamentazione delle relazioni internazionali. Esso permette in terzo luogo ai giuristi di diverse nazioni, per quel che riguarda il loro diritto interno, di concepirne il miglioramento uscendo fuori dalle abitudini acquisite.

642. Sobre los orígenes de la tradición legal occidental ver BERMAN, H, *Law and Revolution*, 1983. El principio fundamental en el derecho anglosajón es el *Stare decisi*, que significa está decidido, por ende cada sentencia constituirá precedente. Los anglos con la finalidad de apartarse del derecho romano, trataron de adoptar su propio derecho. Al no poder aplicar derecho escrito por ser romano, se vieron forzados a utilizar las costumbres propias, naciendo allí la equidad. Todo juez que quería basarse una fuente propia debía de recurrir a la equidad.

643. A la cual pertenece entre otros, el derecho francés, alemán y el italiano.

644. Ver DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, III ed., It., 1980; CANNATA, A., e GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, IV ed., 1989.

democrática, algo muy distinto a lo que sucede en el *civil law*⁶⁴⁵.

El primer flujo de exportación del modelo del *common law* tuvo sus orígenes políticos, y sigue la expansión geográfica del imperio británico. Ocurre señalar, que la colonización ha sido la que ha hecho posible el contacto entre un mundo jurídico diverso y el modelo del *common law*. En el caso del *common law*, considerado racionalidad pura, eran las mismas colonias a reivindicar su aplicación, retenida en sí un importante paso hacia la equiparación con la madre patria. Solamente de esta manera se puede entender el famoso caso Calvin, que oficialmente autorizó a los colonos a utilizar el derecho común⁶⁴⁶.

En el máximo de su expansión el imperio británico cubrió un cuarto de la población de la tierra. Con los siguientes confines que pueden resumirse en lo que hoy es el *Commonwealth*, manteniendo, a pesar de la independencia, las relaciones institucionales no secundarias, como la familia reinante del *Privy Council*. Después del 1066, fecha tradicionalmente señalada como el nacimiento del *common law* en Inglaterra, el área de influencia de los ingleses no cesó en emanar su influencia hasta la caída del imperio. Una conquista político-militar interesó en los tiempos antiguos, la del Galles e Irlanda. El primero fue absorbido totalmente y el segundo aún no hay una integración completa donde se pueda hablar de un sistema del *common law* en todos sus efectos.

No obstante las primeras expansiones hacia los vecinos, los históricos señalan que el siglo XVI como la fecha de origen del imperio británico. Es conocido que en los albores las empresas coloniales eran tareas de los privados, pero un siglo más tarde la Corona viene involucrada en la entrega de los *charters*, que atribuían a las compañías coloniales la personalidad jurídica de derecho público. En 1600 se ve el nacimiento de las colonias británicas en América⁶⁴⁷, en India y en África.

La característica principal en estos sectores es la fuente caracterizante: la jurisprudencia. Y hay que señalar que en las colonias en sus orígenes no existían cortes servidas por jueces técnicos, ni una forma de cultura jurídica. Por ende en algunas colonias la fuente predominante eran los mandatos de carácter legislativo de las autoridades imperiales; luego las obras doctrinarias⁶⁴⁸.

645. Ver MATTEI, Ugo, *Trattato di Diritto Comparato, Common Law*, UTET, Torino-1992, p.1 y ss.

646. Sobre este argumento ver SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, III ed., 1989, p. 159.

647. América del Norte y el Caribe son indicadas como el primer imperio británico. Prácticamente en todas estas posesiones (Virginia, Maryland, New England, Nueva Escocia, Barbados, Bermudas, Honduras, Canadá) la participación oficial de la Corona fue tardío, y todavía más tardío el del Parlamento. Es de notarse que Canadá y Estados Unidos de Norte América, son parte central de la familia del *common law*, los demás pertenecen a *civil law*, debido a la dominación española posterior.

648. Para ver las diferencias entre el derecho romano actual y el *common law* ver CATALANO, Pierangelo, *El Derecho Romano Actual de la América Latina*, Roma, 2008, artículo inédito, Citando a FRANK, J. *Civil law influences on the Common Law. Some reflections on comparative and contrastive law*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 104 (1956) p. 887; POUND, R. *The spirit of the Common Law*, II ed., Boston 1966, (I ed. 1921); PUIG, Brutau, J. *Estudio preliminar* en POUND, R. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona 1950; señala significativa expresión de esta extremada diversidad es la “sugerencia etimológica del juez FRANK: “Los romanistas, desconociendo el poder discrecional del *judex* ante los hechos, se consagraron al estudio de los principios jurídicos. Esto permite sugerir que la palabra “principios” parece derivar de la misma palabra que “*príncipes*” (monarcas autoritarios), y que los principios jurídicos pueden convertirse en autoritarios”. Igualmente, podemos decir que R. POUND, el mayor exponente de la *sociological jurisprudence*, había individualizado la fuerza de “penetración” del “sistema angloamericano” respecto al “derecho romano moderno” (para conquistar una “influencia mundial”) en su “modo de tratar las concretas controversias”: “el más significativo movimiento en los países que han recibido el derecho romano es un cambio respecto a la idea bizantina de un sistema rígido de normas, formuladas de manera autoritaria, que los jueces pueden solamente aplicar mecánicamente, en dirección de la idea del *common law* según lo cual los jueces tienen el poder de hacer las leyes a través de la decisión de las causas”. Esta penetración angloamericana ha encontrado aliados más o menos moderados entre los juristas “europeos continentales”. Veamos la inclusión (y confusión) de la *interpretatio prudentium* romana y del *case law* inglés en genéricas categorías como “derecho casuístico” o “método casuístico”, que no encuentran ninguna correspondencia en las fuentes antiguas; para evitar este error metodológico es ciertamente

Es interesante mencionar la expansión inglesa, a pesar de los procesos independistas, como el de los Estados Unidos, perdido por la revolución americana. Mencionaremos también el caso de Nueva Zelanda, que entre el 1799 y 1815 en las guerras napoleónicas, que trajeron nuevos territorios al Imperio. La Bahía de Buena Esperanza, Trinidad, Ceilón (1802), las islas Mauricius, Tobago, Santa Lucía, Malta, conocieron el derecho del *common law* alrededor de esos años. Luego tenemos los ejemplos de la India, Egipto, Zimbabue, Zambia, Malawi, Zanzíbar, Tanganica, Camerún y Togo.

3. *El patrimonio común a los sistemas del Common Law*

a) *La Curia Regis y el proceso de centralización*

La historia del *common law* que es usualmente narrada inicia en el año 1066 d.C., cuando Guillermo de Normandía conquistó Inglaterra. Es importante resaltar la introducción en este periodo de instituciones centralizadas, que constituyen embriones del sistema, estas instituciones que en el origen habían tenido carácter administrativo, desarrollaban las funciones de cortes de justicia. La presencia de cortes centralizadas en el curso de al menos cinco siglos de historia, en las cuales nada de similar existía en el continente. Naturalmente, en esas épocas, las instituciones centralizadas, no eran instituciones estáticas. En realidad el soberano con toda su corte no podía permitirse de permanecer en un solo lugar. Era necesaria una intensa peregrinación, con la finalidad de controlar de cerca de los *barones* y a los *sheriffs* aún poderosos.

La necesidad de un control directo del Rey sobre las tierras es la base de una peculiaridad característica de la administración anglo normana: la institución de los organismos de gobierno itinerantes, que iniciaron rápidamente desarrollar también funciones de cortes. Estos organismos no eran peligrosos políticamente para la monarquía, a diferencia de los potentados, poseedores del poder permanentemente. Componían parte de los gobiernos itinerantes: la *justiciae errantes*⁶⁴⁹, que ya en 1776 estaban organizados en diversos circuitos, convertidos luego en seis con la sucesiva introducción de otra institución funcionalmente asimilable, la de los *assizes*, las *eyres* que se desarrollaban una vez cada cinco-siete años. Eran monopolizados por los señores locales, y no eran populares por la impunidad absoluta que les garantizaban, seguramente por los altos incentivos económicos que gozaron los jueces en el *eyre*⁶⁵⁰. En 1178, Henry II dispuso que cinco jueces tengan el carácter de permanente en *curia regis*, desarrollando una administración normal y presentando al soberano solamente los casos más difíciles⁶⁵¹.

Con el pasar del tiempo las razones prácticas impusieron un mayor grado de estaticidad a la Corte Regia (*Curia Regis*). Lo que hoy podríamos comparar con el Ministerio de Economía y la secretaría política del Rey (Cancillería) fueron enviados a Londres, al *Westminster Hall*, donde fueron los primeros a ocupar la sala a cuadros o *exchequer*. Los cinco jueces de Henry II se establecieron en el *Westminster Hall* también. Dejado en 1882 para ocupar el *Strand*.

b. *King's Bench y la Court of Common Pleas*

útil “constatar que os casos dos juristas romanos estão mais próximos aos simples paragrafos de uma lei moderna muito casuística (ou ainda, por exemplo, a um código casuístico como o Código Civil da Prussia em 1794) que aos ‘cases’ em um ‘law report’” Este error metodológico es grávido en consecuencias; puede llegar incluso a modificar la relación entre hecho y derecho implícita en la conocidísima *regula* de Pablo, con la cual se abre el título *De diversis regulis iuris antiqui* de los *Digesta* de Justiniano (D. 50.17.1 “*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*”).

649. “Eyre” en francés, difundido en la administración normanda.

650. A circuit traveled by an itinerant justice in medieval England, or the circuit court he presided over, or the right of the king to have Duch searches conducted. The *eyre* involved visits and inspections at irregular intervals to the houses to all vassals in the Kingdom, and often provoked terror in the population.

651. Ver: MILSON S.F.C. *Historical Foundations of the Common Law*, 1969, pp. 1-22, BAKER, H., *An Introduction to English Legal History*, II ed., 1979, pp. 1-27

La *Common Pleas* se hizo conocida cuando el Rey George (1199-1216) al perder la Normandía, comenzó a preocuparse activamente por las cosas inglesas, favoreciendo las apelaciones directamente a él, donde él se encuentre en ese momento (*coram rege*), se encontró con una oposición destinada a radicalizarse luego de su muerte en el artículo 17 de la *Carta Magna*⁶⁵² (1225). Este artículo es el primer documento escrito de valor constitucional de la historia inglesa, el cual garantiza la estaticidad de una corte regia, no siempre ágil para encontrarla por aquellos que deseen acudir en busca de justicia, si físicamente *coram rege* y entonces itinerante.

De este artículo de la Carta Magna y gracias a un grupo técnico institucional, la *Bench*, luego de la *Carta Magna* se volvió estática, más tarde en *Common Bench* y más tarde *Court of Common Pleas*, visto que ejercía jurisdicción en las causas ordinarias, privas de la relevancia política que justificase la participación del Rey. Por muchos años, durante la infancia de Henry III, no se desempeñó ninguna jurisdicción directa ante la corte del Rey "*ubicumque fuerit*". Cuando la jurisdicción *coram rege* reinició en 1234, las dos cortes fueron distinguibles debido a su actividad, debido a que su actividad era registrada en diversos "*plea rolls*". El *King's Bench* desarrollaba jurisdicción principalmente penal, ocupándose de los casos que turbaban la paz del reino (*pleas of the Crown*). El *Common Bench*, fija en el *Westminster Hall*, se ocupaba de los *common pleas*, las controversias del derecho común, en la solución de lo que más se desarrolló el *common law*⁶⁵³.

c) La Constitución Inglesa

A diferencia de las Constituciones de Estados Unidos, Perú, Francia y la de muchos otros países, la Constitución inglesa no se halla recogida en un único documento consolidado. La fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales. La constitución inglesa está compuesta por *common law*, leyes y convenciones. Inglaterra tiene ciertos documentos constitucionales importantes como por ejemplo La *Carta Magna* (1215)⁶⁵⁴ que protege los derechos de la comunidad frente a la corona, así como *The Bill Of Rights* (1689) que extiende el poder del parlamento.

Cabe destacar que desde que el Reino Unido forma parte de las Comunidades Europeas (1973), está supeditado por la normativa que emana de las instituciones de la Unión Europea (por ejemplo, la *Convención Europea de Derechos Humanos* así como por la *European Court of Human Justice*).

En nuestro país el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal, y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. Mientras que nuestro jurista busca la ley escrita a los principios del derecho peruano, el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del *common law*. De ahí que no se conciba en Inglaterra la presentación analógica o extensiva de la ley escrita, puesto que es siempre un derecho de excepción, y como tal no puede aplicarse sino a los casos expresamente previstos.

Mientras que en nuestro país los tribunales están obligados a sujetarse a la ley y sus fallos no son sino una aplicación de ella, el juez que aplica el *Common law* no esta limitado por ley alguna.

652.La *Carta Magna* garantizó la jurisdicción de los barones en las cuestiones basadas en un derecho, señalando que los *writ praecipe* (aquellos dirigidos al sheriff para que éstos constriñeran al convenido a un cierto comportamiento) no podían sustraer al individuo el derecho a ser juzgado por su propio Lord. Es significativo que las intervenciones de la corte regia, aun cuando sustraían jurisdicción a los barones, eran siempre legitimadas como intervenciones en la tutela del proceso, y entonces informados por la necesidad "*ne cives ad arma veniand*" Ver MATTLAND, F.W., *The Forms of Action at Common Law*, 1948, p. 23

653.Ver: MATTEL, Ugo, Op. cit., p. 22.

654.Op. cit., p. 32.

En Inglaterra, *Court of Appeal*, solo puede ver un fallo anterior si este ha decidido por el voto del presidente, y con la *House of Lords*, que nunca puede cambiar sus propias decisiones⁶⁵⁵.

4. Elementos del Common Law

Dentro de los elementos del *common law* podemos señalar a los siguientes:

a) *la Jurisprudencia*: El elemento distintivo del *common law* es que a jurisprudencia es la mayor fuente de Derecho. Es un sistema en el que la interpretación de la normativa hecha por un juez al decidir sobre un caso establece un precedente y será relevante para resolver disputas similares en el futuro dependiendo del status de la corte⁶⁵⁶.

Todas las cortes inferiores se rigen por las decisiones de las corte superiores. El estatuto obligatorio es la *ratio decidendi* (la razón de la decisión). Otras partes de la decisión son meramente persuasivas y se les denomina *obiter dictum*. Si la corte encuentra una diferencia significativa entre los hechos de un caso y el precedente⁶⁵⁷ en el que se sustenta, podría rechazar la aplicación del precedente para el caso concreto. Un precedente puede ser invalidado por una decisión subsiguiente de una corte superior o por una ley del Parlamento. La invalidación afecta la norma sobre la que la decisión invalidada se basó pero no los derechos de las partes. Se revierte una decisión cuando una decisión de una corte inferior se modifica en la apelación y afecta directamente a las partes de un caso.

La inicialmente clara oposición entre los sistemas *common Law* y *civil law* se está volviendo más turbia con la mayor importancia que se le ha venido atribuyendo a la jurisprudencia en países del *civil law* casi tanto como el derecho de casos y la creciente importancia como en el derecho de estatutos y códigos en los países del *common law* (por ejemplo, en asuntos de derecho penal y comercial)⁶⁵⁸.

655.A diferencia de los jueces anglosajones, los jueces peruanos deben de sujetar sus sentencias únicamente a lo dispuesto por la ley, la equidad queda al margen y la posibilidad de poder crear normatividad a través de sus decisiones no está previsto en la ley. Los jueces de paz serían los únicos que podrían aplicar la equidad en nuestro sistema, según lo señalado por el ex presidente de la Corte Suprema del Perú, Walter Vásquez Vejarano. El presente estudio tiene por objetivo el tratar de ingresar el sistema de aplicación de la equidad en los casos vistos por el JCCC, para brindar no solamente sentencias legales sino sentencias equitativas para ambas partes en conflicto.

656.En el caso peruano solamente constituyen precedente las sentencias de la Corte Suprema que hayan pasado por el Pleno Casatorio (a la fecha solamente existen dos casaciones que han pasado por el pleno). Caso inusual se presenta actualmente con la creación del Tribunal Constitucional, cuyas sentencias *erga omnes* son de carácter vinculante. Sobre el Tribunal Constitucional véase:

http://www.tc.gob.pe/ley_organica.pdf, nos muestra su ley orgánica Ley n. 28301, el Tribunal Constitucional es el máximo órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Es competente para conocer los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución.

657.Sobre la regla del precedente en el sistema anglosajón véase: DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, Cedam, Padova 1994, pp. 329-360; En el derecho francés y en otros ordenamientos de la familia romano-germánica, la búsqueda de los principios se realiza a través de un ordenamiento preestablecido de normas. El *Corpus Iuris Civilis* hace algún tiempo, los códigos en la actualidad. En nuestros países, de derecho escrito, la jurisprudencia viene llamada a desarrollar, normalmente u papel secundario: *non exemplis sed legibus judicandum est*, nos señala el Código de Justiniano. Las decisiones jurisprudenciales pueden tener una cierta autoridad; pero, excepto casos excepcionales, no son consideradas como fuente de normas jurídicas. En Inglaterra no se reconoció nunca la institución del derecho romano, como sí sucedió en el continente europeo. El *common law* fue creada por las cortes regias de Westminster: un derecho jurisprudencial. La tarea de la jurisprudencia, en Inglaterra, ha sido el aplicar y crear normas jurídicas. La obligación de atenerse a las normas creadas por los jueces (*stare decisis*), de respetar los precedentes judiciales, está en la lógica de un sistema jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad luego de la mitad del siglo XIX es que se fortalece la regla del precedente (*rule of precedent*), la cual vincula a los jueces ingleses a atenerse a las reglas impuestas por sus predecesores.

658.En el campo del derecho de la Unión Europea la unión entre el derecho anglosajón y el derecho romano germánico es más evidente, las sentencias de la *Corte de Justicia Europea* constituyen un precedente obligatorio para las cortes de los países miembros de la Unión. El país miembro que incumpla por lo señalado por la CJE será sancionado por la UE. Para uniformar criterios en cuanto a las sentencias nacionales con la normatividad UE y con las sentencias de la CJE

b) *La costumbre*: el derecho anglosajón es un derecho consuetudinario. Esta deriva de las costumbres locales; c) *la ley*: debemos señalar que en el derecho inglés no existen códigos pero el derecho escrito se ha desarrollado casi cuanto el no escrito; e) *la razón*: el derecho inglés es un producto de la historia, y Holmes escribió “*el derecho no ha sido gobernado por la lógica, más bien por la experiencia*”⁶⁵⁹.

4.1. *La Equidad*

Se señala, cuando el derecho positivo no pueda contemplar los casos particulares y las situaciones de hecho particulares, cuando el caso concreto presente circunstancias diversas a lo previsto, tanto que la rígida aplicación de la ley podría llegar a un resultado injusto, debe de intervenir el criterio de equidad que lleva al juez a tomar en consideración las circunstancias diversas y que conformen su decisión⁶⁶⁰.

SCIALOJA⁶⁶¹ señala: “que dar a la ley una interpretación diferente a la que ella objetivamente comporta, no es más interprete, como es oficio del juez, pero corrige y hace la ley, prerrogativa ésta sólo del legislador. Después que el legislador tomo la equidad en el proceso civil, no se pone solamente el problema de la desaplicación del derecho positivo por parte del juez, que tiene la obligación de actuar bajo las ordenes concretas de lo abstracto de la ley”.

La más antigua definición del concepto de equidad es dada por Aristóteles⁶⁶² quien afirmaba “*cuando la ley habla en sentido general pero se refiere a factores particulares, ahora es bueno integrar lo que fue dejado por el legislador por haber hablado en sentido absoluto, quiere decir lo que el mismo legislador hubiese dicho si hubiese estado presente, y hubiese prescrito de esa manera en sentido particular. Por eso lo equitativo y justo es mejor de un cierto justo; no del justo absoluto, sino de aquello que peca por su absolutismo; y es esta la naturaleza de lo equitativo de ser la corrección de la ley donde esta falta por su absolutismo*”.

Es bueno aclarar que Aristóteles no había señalado que el error no era de la ley, sino en la naturaleza del hecho (diremos en la imposibilidad de la exacta previsión de cada situación), se observa que el concepto aristotélico hace pensar más a la interpretación analógica de la ley y a la aplicación de los principios generales del ordenamiento jurídico. Más aun esta definición nos reconduce a la presunta voluntad del legislador⁶⁶³, moviéndose así el problema, hacia el terreno de la interpretación y de la aplicación de los principios generales que rigen los ordenamientos jurídicos. La investigación debe ser realizada entre el derecho positivo y la equidad para analizar si pueden existir dos ordenamientos jurídicos, el de las normas de ley y el de los principios de equidad, paralelos y a la vez transversales; si se puede poner a la equidad como norma de conducta o como criterio de juicio, fuera del derecho positivo o en contraposición a éste.

La exposición objetiva de las varias teorías, seguidas de una coordinación con el derecho positivo, sustancial para los principios de la equidad nos consentirá de desarrollar el argumento de una manera procesal y lo pasaremos a exponer: a) la primera idea que hay que considerar

se crea una institución de derecho internacional privado llamada reenvío; mediante la cual el juez nacional al existir un conflicto entre de interpretación de la norma comunitaria o en caso de incompatibilidad de norma nacional con norma comunitaria, el juez nacional envía el expediente para que la CJE opine sobre el tema, para que de esta manera todas las resoluciones de los países miembros sean uniformes.

659.DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, Cedam, Padova 1994, pp. 30-344.

660.Se resume así: la equidad es un criterio esencialmente relativo, empírico y subjetivo y la equidad identificaba en el mismo complejo de normas, la correspondencia con la necesidad de la vida individual y social.

661.SCIALOJA, *Del Diritto Positivo e dell'Equità*, Camerino, 1880, p. 43 nota 22.

662.ARISTÓTELES, *Ethicorum ad Nicomachum*, lib. X, Leipzig, 1881; lib. V, Cap. X, 5-6, p. 155.

663.DELLA ROCCA, Fernando, Equità, en in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957, pp. 625-637. Citando a DE MARINI (*Il Giudizio di Equità nel Processo Civile*, pp. 159-160) señala, que la equidad es una corrección de la justicia legal.

es la contraposición entre las normas de derecho positivo y los principios de la equidad, es que pertenecen ambos al género de normas jurídicas. Normalmente en contraposición al derecho positivo vemos al derecho natural, por ende una solución no podrá ser encontrada en el derecho natural.

Algunos juristas han tratado de encontrar solución tomando en consideración las lagunas del ordenamiento jurídico⁶⁶⁴, definiendo a la equidad como medio para suplir la ausencia o la insuficiencia de las normas de derecho positivo, ahora como principio de la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica. Hemos mencionado anteriormente que en el juicio de equidad el juez actúa como intérprete de la conciencia social y contenedor de aspiración de un pueblo y un cierto derecho.

RASELLI, señaló que la equidad es la razón y el contenido del poder discrecional del juez, tal poder es similar al del legislador visto que tiende a completar la obra⁶⁶⁵. O moviéndose de la negación del estado de derecho preexistente al juicio de equidad e identificando de consecuencia al juez de equidad con el legislador. El reenvío a la equidad no tendría el efecto de constituir o ampliar el poder discrecional del juez, sino este lo restringiría. No es posible construir un concepto de equidad fuera del derecho positivo. El problema se reduce a la admisibilidad de los principios de derecho sustancial distintos a aquellos de derecho positivo o entre ellos, en casos específicos.

4.2. *La Equity*

Hasta 1876 en Inglaterra, la *common law*, veían juzgados por tribunales diversos. Estos eran considerados jurisdicciones separadas, fundadas sobre principios diversos y por eso tenían la necesidad de tribunales distintos. Un elemento de gran importancia que todavía la jurisdicción relativa a la *equity* de las otras. El derecho de matrimonial y el marítimo dan lugar a jurisdicciones especiales en el sentido que éstas se ocupan solamente a un solo tipo de derecho; conservan en ellas toda una doctrina, sobre argumentos particulares. En el caso del *equity* las cosas son diversas, estas cortes presuponen la existencia en cada caso del *common law*; si se retira el *common law*, la *equity* se queda sin base. Esta no constituye jurisdicción especial, distinta del *common law*, sino una adjunta, un desarrollo de esta. Quizás el *common law* no hacía otra cosa que otorgar la regla fundamental, sobre la cual la *equity* edificó su basta construcción original, o las normas del *common law* fueron objeto de adiciones por parte del *equity*.

Veamos cómo se establecieron las relaciones entre *equity* y derecho común. Los tribunales que aplicaban derecho común se habían desarrollado del Consejo del Rey, los que tenían jurisdicción separada, pero con esta aplicación habían rescindido todo vínculo. Es difícil buscar los orígenes de gran parte de los remedios otorgados por el derecho común, pero en cierto momento fueron consagrados en “*brevi*” (*writs*), los cuales indicaban el inicio del procedimiento judicial. El número de estos *writs* fue limitado, pero los jueces de derecho común pudieron foliarlos y los desarrollaron. Desde un punto de vista técnico éstos eran emitidos desde la Chancillería, bajo solicitud de una de las partes. La Cancillería constituía una de las grandes instituciones del Estado, y tenía como jefe al canciller, el cual era el “guardián de la conciencia del rey”, y era siempre,

664.DONATI, *Il Problema delle Lacune dell' Ordinamento Giuridico*, Milano 1910, p. 225.

665.RASELLI, *Il Potere Discrezionale del Giudice Civile*, Padova 1927; En el caso peruano, en cuanto a la integración jurídica Ver: RUBIO-CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, Fondo Editorial PUCP, Lima 2007, pp. 242-273. La interpretación ocurre cuando existiendo una norma jurídica aplicable, su sentido normativo no resulta claro, bien por que su texto no es claro, bien por que existe cierta dificultad para aplicar el supuesto de la norma al hecho que ocurre en la realidad y que es al que se pretende normar. En los casos de lagunas del derecho. Las lagunas técnicas, se solucionan dictando la normatividad correspondiente, pero en circunstancias límites, el juez puede aplicar la analogía, no en derecho penal, y los principios generales por vía jurisprudencial. El juez en buena cuenta, sustituye al legislador con una solución provisional, hasta tanto se emane la normatividad necesaria.

en aquellos tiempos, un eclesiástico. Uno de los puntos controvertidos en la historia jurídica inglesa, es el que trata los límites dentro de los cuales la Cancillería, guiada por el Canciller, tenía facultad de emanar nuevos *brevi*, que traten sobre el nuevo campo de las obligaciones. La Cancillería desarrollaba esta tarea cerca del siglo XIII, pero después del Estatuto de *Westminster* de 1285 esta fuente de nuevo derecho fue limitada en su creación de *brevi, in consimili casu*⁶⁶⁶. Los artífices auténticos fueron los jueces, los cuales podían ampliar o modernizar los remedios existentes, para adecuarse a las nuevas necesidades.

Pero que sucede si el derecho común presenta una laguna, no subsanable por un *writ*, ni siquiera existente en un *in consimili casu*, actualmente diríamos que debería ocuparse el legislador, pero hace 500 años el legislador no se ocupaba de derecho privado. ; Por esto se inició la costumbre de dirigir al juez las peticiones especiales. Era labor del Canciller proponerlas o inadmitirlas. En teoría, el rey escuchaba estas peticiones, sentado en el Consejo, pero visto el gran número de casos, y la dificultad de convocar al Consejo, con el pasar del tiempo, el Canciller fue el que escuchaba los casos solo, y en el 1500 lo vemos habitualmente emanar juicios solo, seguramente en calidad de delegado, pero siempre cada vez con un aspecto de Tribunal.

Entonces, el Canciller ejercita el embrión de una jurisdicción particular, y ha desarrollado características permanentes. Aún en este periodo no hace parte del derecho común, porque no se ocupa de cuestiones especiales, estas sólo van ante un Canciller. Como los Tribunales de derecho común, la competencia del Canciller emanaba del rey en Consejo⁶⁶⁷, esto originó un cuerpo separado de reglas, administrado de manera específica, emanadas por el Canciller, y que constituía la *equity*⁶⁶⁸.

Analizaremos el contenido de la equidad en sus inicios, y como es tolerada por los jueces del *common law*. La equidad no contribuyó mucho en temas como ilícitos civiles, pero contribuyó mucho en el campo de propiedad inmueble. No se debe suponer que los jueces de derecho común establecieron una norma, mientras que el Canciller otra totalmente distinta; el Canciller examinaba la conducta de un individuo en particular, y decidía si la última palabra podía ser concedida al derecho común, era el caso en que el *equity* imponía una nueva obligación, sobreponiéndola al derecho común.

Examinemos lo expuesto con el caso de los inicios del sistema del *trust*⁶⁶⁹. A los propietarios de terrenos se les prohibía, debido a sus propiedades, de muchas cosas por el derecho común. Por ejemplo, no podían dejar sus terrenos por testamento, ni impedir que a un heredero menor se le nombre un tutor. El obstáculo podía ser superado transfiriendo el terreno a un tercero, el cual prometía de hacer lo que se le había confiado al momento oportuno. El *common law* no podía declarar la nulidad para impedir al tercero de rehusarse a cumplir la promesa, basándose en su derecho de propiedad, y haciéndola valer; era aquí donde el Canciller entraba en escena, visto que tenía la facultad de intervenir con la finalidad de impedir un fraude. El remedio que aplicaba

666.Las opiniones sobre este punto no son unánimes. Tocaba a los jueces establecer si un nuevo *writ* era o no *in consimili casu*. A partir del 1300 estos *writs* son los padrones del derecho común.

667.Tal opinión es de la gran mayoría de historicistas ingleses y de los estudiosos del *equity*. Otras hipótesis señalan que el origen de la jurisdicción era la de veedor de la conciencia del Rey, y que actuaba en calidad de representante directo. Pero el término “conciencia” indica los casos en los cuales la jurisdicción venía ejercitada, más que la justificación de su existencia.

668.Peticiones especiales continuaban a ser presentadas al rey en Consejo, y el Canciller podía decidir sobre ellas. Luego, ningún grupo, o grupos de peticiones tomaron gran importancia como para convertirse en una jurisdicción regular y separada, dotada de características propias.

669.Para estudiar el concepto actual de *trust* ver: CHEVALIER-CHESHIRE, Goffrey, *Il concetto del “Trust”, secondo il common law inglese*, Giapiccheli, Torino 1998. “An arrangement in which a settlor transfers property to one or more trustees, who will hold the *Benedict* of one or more persons (the beneficiaries or cestuis que trust, who might include the trustee (s) or the settlor, who are originally in chancery, is based on confidence, and developer from the use, it has been described as the most important contribution of english equito to jurisprudence, the beneficiary has rights against the trustee and may also have rights over the property in the hands of others”.

consistía en el obligar al tercero a mantener la promesa hecha, a valerse en su derecho en “*uso*” o en *trust* para beneficiar a los indicados. Al inicio se verificaron la identificación de algunos fraudes, así probablemente se dieron los primeros *mandatum* o el primer *fideicommissum*⁶⁷⁰. Pero tanto los propietarios de terrenos y sus consejeros legales apreciaron la posibilidad de aplicarlos, visto que descubrieron un modo más ágil que el *common law*. Los actos de transferencia fueron realizados de manera de otorgar máxima evidencia para que la facultad del Canciller imponga el “*uso*” o *trust*, y nació una doctrina, la que debía formar parte del derecho planificado, y constituiría una entera rama.

No todas las doctrinas relacionadas con el *equity* son estratagemas para agilizar el derecho común. El derecho de las hipotecas es un ejemplo en el cual el *equity* crea una regla, que tiene mayor cuenta lo que es más oportuno y tiene una mayor aprobación. La equidad, disponía de toda una serie de remedios muchos más eficaces (usando la palabra en el sentido de constrictión a cumplir, y no de responsabilidad). El derecho común sólo señalaba un resarcimiento por los daños, y no podía prohibir que cierto acto sea realizado, ni que una cierta obligación fuera dada en ejecución. Pero el *equity*, por el contrario, no podía conceder un resarcimiento, pero podía emanar *injunctons* para impedir al convenido de cumplir cierto acto, u ordenar el cumplimiento de una acción específica. Quién desobedecía era culpable de desprecio a la corte. El *equity*, era una ayuda notable al derecho común.

El *equity*, como se puede ver, tanto con sus obligaciones como con sus remedios, ejercita su propia función imponiendo un deber a una persona particular, la cual se debía comportar como un fideicomisario, cumplir su obligación de derecho común, etc.; y los remedios que pueda aplicar están siempre dirigidos contra la persona en particular, normalmente expresado con la máxima “*la equity acciona siempre in personam*”; y no contra los bienes de una persona en particular, la que según la *equity*, ha abusado de un derecho concedido por el derecho común. Esta definición de *equity* es útil y ventajosa, y al mismo tiempo evitaba los conflictos entre el Canciller y los Tribunales del *Common Law*. El Canciller, en verdad, copiaba de mil modos los conceptos del derecho común; los derechos sobre la tierra que establecía en base al sistema del *trust*, eran muy similar a los del derecho común. El beneficiario, según la equidad, podía ejercitar sus poderes de por vida, o bajo condiciones, parecidas al propietario de derecho común.

Existía un número grande de juristas de derecho común que no deseaban pasar el límite del *equity*. Dependía mucho de la discreción del Canciller, pero durante el siglo XVI, numerosas fueron las incursiones del Canciller en el derecho común. La Cancillería se había convertido en una jurisdicción con bases sólidas, conocedora de sus poderes, pero también que en el derecho común se iniciaba una era de reformas y de perfeccionamientos. La disputa entre los las dos instituciones llegó a su punto máximo en 1615, con la gran disputa entre el lord COKE, juez jefe de la Corte real, y el lord Canciller ELLESMERE. Ya precedentemente, los jueces de derecho común habían amenazado que la condena a cárcel, decretada por el Canciller por el reato de “*desprecio*”, no es una defensa frente al procedimiento de *habeas corpus*, para poner en libertad al prisionero, declarando inválida la condena. La causa inmediata de la disputa fue una medida cautelar, otorgada por lord ELLESMERE, la cual anulaba la decisión del lord COKE en la Corte real, decisión que declaraba irrelevante un cierto tipo de acto ilícito, en base al derecho común. Lord Ellesmere rebatió basándose en la *equity*, eso era relevante, visto que accionaba sobre la conciencia de la parte vencedora en el derecho común. El Rey James I solicitó la opinión de su procurador general, BACON, el cual era un gran jurista de derecho común, quién debía convertirse en Canciller. BACON

670. Contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. El fideicomitente, transmite bienes al fideicomisario. En época romana era el acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiriría la obligación de transferirlo a un tercero.

respondió que constituía una intervención legítima de la *equity*, en su función de asistir al derecho común. Lord COKE perdió la batalla.

Durante el siglo XV se volvió una práctica que los litigantes que consideran que no han recibido un tratamiento justo por el sistema del *common law* podían hacerle una petición al Rey personalmente. En ese tiempo, el *common law* era muy formalista. Por lo tanto el menor error procedimental devenía en una pérdida o un desistimiento. El Rey, el Canciller a quien se le han dado delegado poderes para intervenir solo en nombre de la moralidad. Por su propia naturaleza la equidad y al derecho están frecuentemente en conflicto y el litigio frecuentemente puede continuar por años con una corte contra demandante de la otra. Ello a pesar que en el siglo XVII se ha dejado plenamente establecido que la equidad debe prevalecer. En la práctica moderna la más importante diferencia entre el derecho y la equidad son los remedios (*remedies*) que cada uno ofrece. El remedio más común son los daños y perjuicios.

La equidad prevé remedios que restringen la conducta de un litigante o lo obligan a hacer o dar una prestación. En la mayor parte de los casos, esta forma de remedios es en términos prácticos son las más valiosas para un litigante. En Inglaterra, las cortes de derecho y equidad se unieron por *The Judicature Act* de 1873 y 1875, con la equidad siguiendo suprema en caso de conflicto. Las normas de equidad como las de derecho a hora están abiertas a un demandante en una acción ante la misma corte.

5. *La profesión forense y los jueces en Inglaterra*

En Inglaterra la profesión del abogado está dividida, esta división proviene desde épocas medioevales. Actualmente podemos distinguir entre *barristers* y *solicitors*, que serían los herederos de los *serjeants* y los *attorneys*.

Los *barristers* están especializados en el patrocinio ante las cortes superiores (*Supreme Court of Judicature, House of Lords* y en un cierto sentido en la *Crown Court*). Estos eran los únicos que podían convertirse en jueces, que hasta la actualidad poseen un gran prestigio. Para ser *barrister* hay que formarse en un *Inn of Court*, la escuela-corporación que desde tiempos medioevales ha contribuido a la formación del *bench* y del *bar*, determinando quizás la diferencia entre *civil law* y *common law*. Entrar en un *Inn* es costoso, y hasta la actualidad requiere de un título reconocido, no necesariamente de derecho, y el pasar un examen. Una vez admitidos se debe realizar actividad de *pupillage* con un *barrister*, participar a la actividad didáctica del *common council* y consumir proverbiales comidas. Una vez convertido en *barrister* debe ejercitar solo en los parámetros del *Inns of Court*⁶⁷¹.

Los *solicitors*: se ocupan de las relaciones con los clientes, y les toca a ellos el contratar un *barrister*, si necesita comparecer a una corte superior. Para llegar a ser *solicitor* (sector de la profesión que ha monopolizado las grandes empresas transnacionales) es suficiente hacer prácticas, pasar el examen dirigido por la *Law Society*, y obtener la nomina del *Master of the Rolls*. La mayoría de *solicitors* posee un grado universitario en derecho (LL.B.). La principal fuente de ingresos de los *solicitors*, aparte del contencioso en el que tradicionalmente se ha desempeñado todo su trabajo precedente a la intervención del *barrister*, deriva de la *conveyancing* y del *probate*, vale decir de la redacción de los actos de transferencia de propiedad inmobiliaria, y testamentaria. En este ámbito este gozaban de un monopolio sobre el cual, a su vez, recayó la influencia de los gobiernos liberales. Los gobernantes realizaron una reforma sobre la *conveyancing*, crea una nueva profesión, los “*licensed conveyancers*”, hoy, luego de la Court

671. Entre los *barristers* existe una carrera: los más ancianos y reconocidos pueden recibir el codiciado título de Q.C.: *Queen's Counsel* o el K.C., en el caso de la presencia de un rey; este es un reconocimiento muy prestigioso que los distingue de los simples *barristers* (*juniors*). El Q.C. se presenta a las audiencias acompañados de uno o más *juniors*, que están incluidos en el pago realizado por el cliente por ser un abogado tan prestigioso.

and Legal Services Act de 1990, las sociedades inmobiliarias y los bancos pueden ofrecer estos servicios a sus clientes. En cuanto al *probate*, es similar al poder de los notarios, es una rama de la profesión que en el derecho del *common law* nunca floreció como en el continente, pero que no ha estado completamente ausente.

5.1. *El bench*

Del pequeño número de los mejores *barristers*, hasta ahora han sido elegidos los jueces superiores que, junto al *bar*, tradicionalmente desempeñado la tarea esencial de exponerle derecho nacional del que son custodios. Debemos de señalar que dentro del *bench* existen categorías o jerarquías⁶⁷².

5.2. *El Lord Chancellor*

De la figura del Lord Chancellor (*the Great Judicial Appointer*) se puede dar cuenta en esta sede, el desenvuelve las funciones de presidente de la *House of Lords*, es la más alta autoridad judicial inglesa. Es también un miembro reconocido del gobierno, nombrado como cualquier otro ministro por el jefe del gobierno. Figura política, el *Lord Chancellor* es escogido siempre entre los más reconocidos juristas de la isla. Su rol en el desarrollo del derecho inglés ha sido siempre relevante, como nos demuestra la equidad⁶⁷³.

6. *Los Estados Unidos de Norteamérica*

El derecho de los Estados Unidos de América ocupa un puesto muy importante en el interior de la familia del *common law*⁶⁷⁴ y amerita un tratamiento a profundidad, analizando el ámbito económico, militar, político y jurídico, visto que en sus aproximadamente doscientos años luego de su declaración de independencia ha tenido una evolución peculiar, alejándose en muchos puntos del derecho inglés. A diferencia de Inglaterra, los Estados Unidos de América posee una

672. Actualmente el referente del *bench* es la *Court of Appeal*, that deals with civil and criminal appeals from the High Court and the county court are dealt with, as well as from the Employment Appeal Tribunal and the Lands Tribunal. Criminal appeals include appeals against convictions in the Crown Court, and points of law referred by the Attorney General following acquittal in the Crown Court or where the sentence imposed was unduly lenient.

673. There is also the *House of Lords*, that deals mainly with appeals from the Court of Appeal, or direct from the High Court, where the case involves a point of law or general public importance. Appeals are mostly about civil cases although the Lords deal with some criminal appeals. The Lord High Chancellor of Great Britain, or Lord Chancellor is a senior and important functionary in the government of the United Kingdom. He is the second highest ranking of the Great Officers of State and is appointed by the Sovereign on the advice of the Prime Minister. Prior to the Union there was a separate Chancellor of England and Lord Chancellor of Scotland. He is responsible too act as the custodian of the Great Seal. He is a member of the Cabinet, and by law. Is responsible for the efficient functioning and independence of the courts. Formerly he was also the presiding officer of the House of Lords, and the head of the judiciary in England and Wales, but the Constitutional Reform Act 2005 transferred these roles to the Lord Speaker and the Lord Chief Justice respectively. The incumbent Lord is Jack Straw.

674. The American system is a common law system, which relies heavily on court precedent in formal adjudications. In this system, even when a statute is at issue, judicial determinations in earlier court cases are extremely critical to the court's resolution of the matter before it. El *case law* puede hacer referencia a *judge made law*, conocido como *case law*. Casos que son determinaciones legales basados en un set de hechos particulares que envuelven a las partes con un genuino interés en la controversia. El *case law* puede ser de varios tipos: a) *pure decisional case law*: Court called upon to decide cases on the basis of prior court decisions (*precedent*) and/or policy and a sense of inherent fairness. In cases of pure decisional law, there is no applicable statute or constitutional provision that applies. This type of decisional law is what is referred to as *judicially-created doctrine*. Historically, the term *case law* referred to certain areas of law (torts, property, etc.) that began judge-made, or pure decisional law; b) *case law based on constitutional provisions*: court called upon to consider whether a particular statute or governmental action is consistent with the United States Constitution or a particular state constitution. Court interpretation may rely upon prior decisional law interpreting same or some other constitutional provision; c) *case law based on statutory provisions*: court called upon prior decisional law interpreting the same or similar statute.

Constitución escrita⁶⁷⁵, que confiere al país una estructura federal⁶⁷⁶ y contiene un elenco de derechos fundamentales, vinculantes, sea para el legislativo como para el judicial y el ejecutivo. También los ideales políticos de los fundadores del Estado americano, la variedad de razas, de religiones y de culturas de la población, la vasta extensión del territorio y sobretodo la actividad frenética del desarrollo social y económico han hecho que el derecho americano se desarrolle en métodos de soluciones muy interesantes para el observador continental⁶⁷⁷.

Los primeros vestigios en el continente norteamericano vienen de la primera mitad del siglo XVII. Primero en Virginia, y luego en otras regiones de la costa oriental donde se desarrollaron pequeñas colonias, entre las cuales no existía un verdadero contacto y sus vínculos con Inglaterra eran muy sólidos. En este primer periodo, la preocupación mayor para los colonos era la de salvar la propia vida en la lucha contra la naturaleza y contra los indios, y no existía ninguna necesidad de Tribunales ni de juristas.

En Massachussets y en Pennsylvania existían comunidades religiosas en las cuales las controversias venían resueltas por el jefe espiritual y decidían basándose en la Biblia, envés que por juristas en base al *common law*. Este cuadro comenzó a mutar al inicio del siglo XVIII, cuando aumentó el intercambio comercial entre las colonias y el extranjero (sobre todo con Inglaterra) y las concesiones teocráticas perdieron mucha importancia en las colonias. Lentamente se desarrolló un grupo de juristas que se formó en la *Inns of Court* en Londres, gradualmente también algunos manuales de derecho ingles tuvieron una cierta difusión, sobre todo los comentarios de *laws of England* de BLACKSTONE, del cual fueron vendidos tantos ejemplares como en Inglaterra.

En la mitad del siglo XVIII nace el movimiento por la independencia como reacción al imperialismo colonial inglés, muchos de los más importantes exponentes eran juristas y están entre los 56 firmatarios de la Declaración de Independencia de 1776, alrededor de veinticinco. Durante la guerra contra los ingleses, que duró hasta 1781, los exponentes del independiente Estados Unidos trataron de alcanzar una colaboración más estrecha. Solamente en 1787 lograron participar en la *Constitutional Convention* de Filadelfia, en la cual la mitad eran juristas, la elaboración de una Constitución Federal, que entró en vigencia para los 13 Estados fundadores⁶⁷⁸ en 1789 y que, con algunas enmiendas, aún está en vigencia. Esta constitución ha sobrevivido y continuará a sorprender no solo a la expansión de los Estados Unidos en todo el continente norteamericano, sino a la evolución de país agrícola en los confines del mundo a una nación industrial, la más potente de la tierra, también a una guerra civil, a dos guerras mundiales, prácticamente sin variaciones⁶⁷⁹.

Ya desde antes de la independencia, entre los colonos se había afirmado la opinión que debía ser el *common law* los textos de ley promulgados por Inglaterra los que constituirían el derecho

675. La Constitución de los Estados Unidos de 1787.

676. Art. 2 primera sección de la Constitución de los Estados Unidos.

677. Ver: ZWIGERT, Honrad/KOTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 288-308

678. Los trece Estados fundadores son los siguientes: Virginia (1607) fundado por la London Company, Massachussets (1620) fundado por los puritanos, New Hampshire (1623) fundado por Jhon WHEELWRIGHT, Maryland (1634) fundada por Lord BALTIMORE, Connecticut (1635) fundado por Thomas HOOKER, Rodhe Island (1636) fundado por Roger WILLIAMS, Delaware (1638) fundado por Peter MINUIT y New Sweden Company, North Carolina (1653) fundado por los Virginians, South Carolilna (1663) Fundado por 8 nobles con un Royal Charter de CHARLES II, New Jersey (1664) fundado por Lord BERKELEY y Sir George CARTERET, New York (1664) fundado por el Duke de York, Pennsylvania (1682) fundado por William PENN, Georgia (1732) fundado por James Edward OGLETHORPE.

679. La Constitución de los Estados Unidos de Norte América posee 7 artículos y 27 enmiendas: 1. *Freedom of religión*. 2. *Right to bear arms*. 3. *Quartering soldiers*. 4. *Search and seizure*. 5. *Trial and punishment*. 6. *Right to a speedy trial*. 7. *Trial by a jury in civil cases*. 8. *Cruel and unusual punishment*. 9. *Construction of Constitution*. 10. *Powers of the States and People*. 11. *Judicial Limits*. 12. *Choosing the President, Vice President*. 13. *Slavery Abolished*. 14. *Citizenship Rights*. 15. *Race not to bar to vote*. 16. *Status of Income Tax Clarified*. 17. *Senators Elected by Popular Vote*. 18. *Liquor abolished*. 19. *Woman suffrage*. 20. *Presidential, Congressional Term*. 21. *Amendment 18 repealed*. 22. *Presidential term limit*. 23. *Presidential vote for District of Columbia*. 24. *Poll taxes barred*. 25. *Presidential disability and sucesión*. 26. *Voting age set to 18 years*. 27. *Limiting congressional pay increases*.

de cada una de las colonias, a parte de las leyes especiales entradas en vigencia especialmente para las colonias. Se conocía además que el *common law* inglés no podía ser aplicado cuando fuera incompatible a la realidad local de las colonias.

Con la ayuda de estos principios la jurisprudencia americana, a partir del periodo colonial, pero sobre todo en el curso del siglo XIX, han modificado el *common law* inglés, bajo muchos aspectos. Por ejemplo, en Inglaterra se estaba desarrollando la regla en base a la cual, el propietario de un fundo fuese responsable, independientemente de la regla de hecho, que él estuviese en culpa, por los daños causados por su ganado en el fundo del vecino. Esta regla estaba bien en un país con alta densidad de pobladores, en el cual se requiere al ganadero de tener a sus animales en un recinto para evitar causar daños a los vecinos. Diversa era la situación en América, donde las inmensas distancias deshabitadas podían ser habitadas exclusivamente por pastizales. En esta situación se desarrollo un principio diverso en base al cual no tenían que ser los criadores de los animales, sino los propietarios de los inmuebles, de los bosques, o de los campos cultivados obligados a cercar sus propiedades con la finalidad de defenderse de los animales. También la legislación del agua inglesa se adaptaba mal a las áridas zonas del Oeste Americano⁶⁸⁰.

Las reglas del *common law* inglés han sido notoriamente modificadas, también por parte del legislador de los Estados. Muchos colonos americanos habían dejado la madre patria justo porque se sentían oprimidos por las clases dominantes de un punto de vista político, religioso o económico. Las concesiones políticas que dominaban los parlamentos de los Estados federados americanos al inicio del siglo XIX y que encontraron su máxima expresión durante la presidencia de Andrew JACSON (1829-1837), la sociedad estaba influenciada de un ideal de sociedad extremadamente igualitaria de tipo democrático radical. Estas concesiones fueron la base de la promulgación de muchas leyes en los Estado, con las cuales el derecho inglés viene expurgado de sus elementos feudales, relativos a la propiedad inmueble, familia, sucesiones, y también el derecho procesal simplificado, los monopolios profesionales fueron dejados de lado, se aumenta la tutela al deudor.

7. *El derecho Americano de fines del siglo XVII*

Existen tres eventos históricos que contribuyen a mutar sensiblemente el derecho americano, creando las bases del sistema moderno: a) la revolución, con el nacimiento del sistema federal o de un judicialio nacional; b) el nacimiento de las escuelas de derecho⁶⁸¹, creando juristas; c) el nacimiento de los primeros *law reports* americanos, embriones de aquella incontrolable marea de precedentes con los cuales la West Publishing Company ha sumergido al jurista en USA, determinando su modo de operar.

Primeros reports americanos

Un dato peculiar del derecho norteamericano son sus cambios morfológicos rápidos y violentos. El mercado respondió a la demanda de los juristas para la recolección de la jurisprudencia. El primer *law report* publicado en los Estados Unidos fue realizado en Connecticut en 1789, por Ephrahim Kirby, editor de Litchfield, estudiante de Yale. Siendo el prefacio, llamado Kirby's Report, un clásico de la literatura jurídica norte americana⁶⁸².

680. Ver WENGLER, *Die Anpassung des englischen Rechts durch die judikatur in den Vereigten Staaten*, in: *Festschrift Rabel I* (1954) p. 39

681. En el año 1784 en la ciudad de Litchfield (Connecticut) el juez Tapping REEVE, deja las lecciones privadas y con su suegro Aaron Burr, rector de Princeton, creando así la *Litchfield Law School*. Litchfield demuestra la importancia que alcanzó la profesión forense en América a las puertas de la revolución: en la firma de la declaración de independencia, de los cincuenta y seis firmatarios veinte y cinco eran legales practicantes, de los cincuenta y cinco delegados de la asamblea constituyente, treinta y uno ejercitaban la profesión legal. En 1760 existían seis facultades de derecho entre ellas Harvard (1636). Ver: MATTEI, Ugo, *Common Law*, Utet, Torino 1992, pp. 121-121

682. El prefacio señalaba lo siguiente: "la incertidumbre y las contradicciones caracterizan las decisiones jurisprudenciales en este Estado, causando muchas quejas de parte de la población". Las razones de esta insatisfacción

8. *El abogado en USA*

La *legal profesión* en Los Estados Unidos como en Inglaterra exige un concepto general de profesión jurídica. Esta profesión comprende a los abogados, a los legales de las empresas, a las instituciones administrativas que brindan opiniones jurídicas a sus empleadores, además los profesores de derecho y los jueces. Los abogados y los jueces ejercitan su actividad bajo la Corte Suprema del Estado donde practican la profesión. Los profesores de derecho y los asesores legales de las empresas, que desarrollan actividad de consultorías para sus empleadores no están bajo el control de las cortes, pero son casi siempre miembros de la orden de los abogados del Estado.

Las condiciones solicitadas para poder ser *lawyer* varían según los Estados. Aquel que es admitido como *lawyer* en uno de los Estados puede ejercitar la profesión de jurista solamente en este Estado, y ante las jurisdicciones federales, como las jurisdicciones de este Estado. Pagando una pequeña tasa, puede obtener la inscripción en la lista de los abogados habilitados para defender delante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Las escuelas de jurisprudencia americanas, en los Estados Unidos, aceptan alumnos que desean ejercitar la profesión de jurista. Éstas se preocupan poco de la cultura general de los estudiantes, visto que esta cultura (*pre-legal education*) se supone que fue adquirida por los estudiantes en los años anteriores al ingreso al estudio del derecho, frecuentando un *college*, por un periodo de cuatro años después de haber salido del high school que le da la instrucción primaria y secundaria. En los Estados Unidos los estudiantes de derecho buscan en la universidad una enseñanza esencialmente orientada hacia la práctica; y saldrá con la capacidad de ejercitar la profesión⁶⁸³.

9. *Fuentes del Derecho Americano*

Entre las fuentes del derecho americano podemos mencionar las siguientes: a) *El precedente*⁶⁸⁴:

son fácilmente identificables. Cuando nuestros antenatos arribaron portando consigo el modelo jurídico de su país de origen. La riqueza, el lujo y el sistema de comercio altamente desarrollado de ese país, se contraponía con la uniforme distribución de la riqueza, la simplicidad de sus costumbres y las tareas agrícolas de este país. Ha sido necesaria la partida del derecho inglés pero esa práctica complicada y prolija de las cortes inglesas fue rechazada y se elaboró una forma más simple, con una administración de justicia ágil y veloz. Las cortes estaban avergonzadas por el hecho que el *common law* inglés, en cuanto sofisticado, no se podía aplicar a las condiciones locales. Pero no se realizó ninguna acción para publicar sus decisiones, visto que el recordar sus decisiones, con sentencias confusas estaba destinado a no funcionar. En estas condiciones en 1785 se promulga una ley que obligaba a los jueces de las cortes superiores a fundamentar por escrito cuando se decidía en derecho.

683. Véase DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, 4ta. Ed., Cedam, Padova 1994, pp. 373-380. Nos menciona además sobre los métodos utilizados en la enseñanza, los cuales son distintos a los de Francia o Inglaterra. El estudiante debe leer con anticipación un cierto número de lecturas que se le ha entregado inicialmente, documentos compuestos por decisiones judiciales (*case method*), sea decisiones judiciales acompañadas de textos legales o extractos de obras o de artículos de economía o sociología (*modified case method*). En la mayor parte de los cursos universitarios, se hace uso del método socrático, en el cual el estudiante ilustra al grupo dirigido por el profesor sobre lo que ha leído, las cuestiones de hecho y de derecho en el caso, utilizando el método IFRAC (*issue, facts, reasoning, análisis y conclusiones*). Por otro lado el profesor lo interroga, o interroga a otros estudiantes, para hacer descubrir las relaciones entre las cuestiones estudiadas y las cuestiones confinantes, modifica los términos del problema para preguntar si la solución en este caso, debería ser cambiada. El grupo entero participa en la discusión y emite su opinión bajo el riguroso control del profesor. El método magistral solamente es utilizado pocas veces. El método socrático da buenos resultados en el ambiente americano donde el estudiante no tiene ninguna sujeción hacia el profesor y donde la facultad de jurisprudencia, en cierta medida tiene el carácter de escuela técnica profesional.

684. Sobre el precedente en los Estados Unidos de Norteamérica ver: FINE, Noni, *American Legal Systems*, Anderson Publishing, Cincinnati 1999, pp. 1-5; The principle of *Stare Decisis*: the defining principle of common law is the requirement that courts follow decisions of higher level courts within the same jurisdiction. It is from this legacy of *stare decisis* that a somewhat predictable, consistent body of law has emerged. The use of court precedent, earlier court decisions in factually analogous cases, is one of the defining elements of the common law system. In short the use of court precedent requires that court follow the rules of law established by the same or higher level courts in the same jurisdiction. *Stare decisis* significa: “*let prior decision stand*”. En cuanto a la *rationale* sobre su uso se señalan las siguientes razones: a) judicial economy; b) fairness to parties; c) predictability; d) check on arbitrary behavior.

Es la que se deriva de una decisión judicial, el juez declara el derecho preexistente, es el que tiene la última palabra para determinar que es el derecho, cuando un juez dicta su decisión significa que una vez que un tribunal ha dictado un precedente es aplicable a todas las futuras situaciones semejantes. Dependiendo de su grado de trascendencia en un conflicto los precedentes pueden ser obligatorios y persuasivos. Los obligatorios deben observarse por el tribunal que los dictó, y los persuasivos no siempre deben tener observancia forzosa. La corte suprema y los tribunales estatales de máxima jerarquía pueden anular sus propios precedentes; *b) La Legislación:* El congreso federal y casi todas las legislaturas estatales están organizadas bicameralmente, la primera es la cámara de representantes y la segunda es el Senado. El proceso legislativo se inicia cuando el presidente o un legislador introducen una iniciativa de ley conocida como Bill, y puede ser introducida en cualquiera de las cámaras. Cada cámara se organiza en comités y la iniciativa se turna al comité de la cámara de origen, después esta se escucha en audiencias públicas, esta se puede posponer indefinidamente, modificarse parcialmente, o proponerla a la cámara correspondiente; los legisladores cuestionan el significado de la propuesta en una etapa conocida como debate. Posteriormente, cuando una legislación es interpretada por un juez, esta debe de tomar en cuenta la intención del legislador, la cual está plasmada explícitamente en reportes y debates publicados en el *Congressional Record*. Concluido el debate la cámara de origen vota por la aprobación o rechazo de la propuesta, si es aprobada, la propuesta entonces será remitida a la segunda cámara. Si el presidente acepta la propuesta en un término de 10 días esta se convierte en ley bajo el nombre de estatuto o acta; *c) Normatividad Administrativa:* Le corresponde a la creación del grueso de esta normatividad a las llamadas agencias administrativas, estas se crean por estatuto del congreso, y desarrollan por sí mismas labores ejecutivas y jurisdiccionales; *d) Agencias Ejecutivas:* Las agencias ejecutivas están subordinadas al presidente, que incluyen a los departamentos de su gabinete; *e) Las Agencias Independientes:* Las agencias independientes no están subordinadas a ninguna rama gubernamental; *La Doctrina:* No desempeña un papel importante en el derecho de Estados Unidos, se considera doctrina a las opiniones emanadas de las decisiones judiciales. *f) El Proceso Civil:* Este presenta formalidades y actuaciones más sensibles, y consiste en privilegiar la codificación del derecho procesal y los códigos resultantes. A pesar de la diversidad procedimental que impera entre los estados y la federación hay dos características uniformes, su carácter adversarial y la participación del jurado. En un procedimiento civil típico, se da inicio; con la demanda y el emplazamiento, en la primera se da el reclamo de la parte actora y con el segundo se informa a la parte demandada. Ambos documentos deben notificarse al demandado. La demanda, la contestación de la misma conforman el sustrato procesal, a partir del cual se desarrolla el litigio.

10. Ventajas del Common Law

a) No tiene su origen en el legislador ni está sujeto a sus caprichos, mientras se lo respete, los ciudadanos tienen aseguradas sus libertades; *b)* el alejamiento de toda teorización tiene la ventaja de desarrollar en los magistrados y en los juristas un agudo sentido práctico y lógico; *c)* El juez al aplicar el *common law* no está sujeto a ninguna ley escrita, hace pensar que su esfera de acción es mucho más amplia que la nuestra, pero en la práctica no es así; *d)* está vinculado con una concepción social individualista y es insuficiente para expresar las transformaciones que debe acoger el estado contemporáneo; *e)* el *common law* es un derecho más dinámico visto que el romano germánico actual, visto que el juez al momento de recoger la costumbre y convertirlo en ley mediante sus resoluciones, agiliza el *iter* legislativo; *f)* es un derecho más dinámico, el cual puede sufrir modificaciones inmediatas al momento en el cual el juez decide en la sentencia, siendo esta de carácter obligatorio para las cortes inferiores dentro de su jurisdicción.

11. *Influencia del Common Law en el Perú*

El Perú es un país eminentemente romanista visto que luego de su independencia gracias al *ius imperium*, creó su propia normatividad, pero tomó como ejemplo a la familia romanista, por tradición y por la colonia, que dejó la legislación como herencia principal a los peruanos. Pero vemos que últimamente que el derecho anglosajón se está manifestando en las naciones Latinoamericanas y el Perú. Dentro de los ejemplos de influencia del derecho común podemos mencionar: la Constitución americana que ha influenciado a la Constitución de Querétaro y su organización estatal, así también a Argentina, Brasil, etc. También podemos apreciar las instituciones autónomas como Indecopi, Sunarp, Sunat, que fueron traídas del modelo americano. Otro ejemplo es el Tribunal Constitucional que es una transposición inexacta del esquema judicial americano a los países latinoamericanos. Decisiones judiciales y administrativas que causan estado, apartándonos de nuestra herencia romanista.

12. *Conclusiones*

Todas las familias del derecho han sufrido la influencia del Derecho Romano⁶⁸⁵. El *Common Law* no es una familia aislada ni impermeable al derecho romano, si analizamos sus características imparcialmente, podemos señalar que el derecho sajón es símil al derecho romano antiguo, de época pre-cristiana, donde el pretor podía crear precedentes con sus resoluciones⁶⁸⁶. El uso de las costumbres como fuente de derecho, que en nuestro sistema

685. También llamada la familia del Civil Law, haciendo referencia a la Cives o ciudad de Roma. También llamada Code Law family, donde code law significa la utilización de un sistema codificado de leyes que tiene su origen en: la Ley de las Doce tablas, pasando por el Código Teodociano, Hermogeniano, hasta llegar al Digesto de Justiniano, que es uno de los libros creados por el emperador Justiniano en el año 529 d.C. en una compilación llamada *Corpus Iuris Civilis*, que comprendía: a) el *Codex*, contenía a las constituciones imperiales que tuvo Roma a lo largo de su historia; b) las *Novelas*, contenía las nuevas constituciones publicadas luego de la publicación del *Codex*; c) el *Digesto* o *Pandectas*, el cual contenía la recopilación de los juriconsultos más renombrados en Roma, posee 52 libros, con toda una bastedad de temas, desde el derecho civil, comercial, penal, público, etc; d) las *Institutas* o instituciones, que eran los manuales explicativos del digesto. Esta normatividad mantiene vigencia hasta la actualidad, con las variaciones de las diversas familias y escuelas jurídicas del mundo; por ejemplo: la anglosajona que conserva rasgos romanistas como su principio básico *stare decisi*, la creación de ley por parte del *judge*, etc., la escuela exegética francesa que intentó apartarse de la legislación romana pero el *Code Civil* francés conserva todos los rasgos romanistas, aunque algunos con equivocaciones clamorosas como los referidos a los requisitos para que el *nasciturus* sea considerado persona: a) nacer; b) nacer vivo; c) ser viable; d) tener forma humana, esta era la excepción romana y el *Code Civil* de 1804 lo toma como principio. Por otra parte la escuela *pandectista* alemana estudiando el *digestum pandectarum* crean la BGB con características modernas.

686. Podemos dar como ejemplo la *actio de peculio et de in rem verso* mediante la cual el pretor romano suple un vacío legal, donde los esclavos o *filius familias* realizaban actividad comercial, y no existía legislación romana que regule esa actividad, más aún no regulaba la existencia de la empresa comercial, que se daba mediante la *istitutio* al esclavo manager para realizar actividad comercial, con la entrega de un patrimonio, el cual constituía un ente autónomo, una nueva persona, jurídica, que tendrá vida propia. El pretor al observar esta vacío resuelve dando legalidad a la existencia de la empresa comercial, con las características actuales de la empresa comercial. Sobre el empresa en Roma ver: Gaio. 4, 72; Digesto. 14, 4, Inst. 4,7,3. Ver además SERRAO, Feliciano, *Impresa*, Iovene, Napoli 1969, p. 19. Gaio. 4, 72; Digesto. 15, 4; Inst. 4,7,1. Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 3; Inst. 4,7,2. Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 1; Inst. 4,7,2. y 2ª. Ver: DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984. Este es el libro más importante en la actualidad sobre el origen antiguo de la empresa, sea colectiva, unipersonal, de responsabilidad limitada o ilimitada, como muy bien trata Diporto en el libro. Esta teoría contradice a todas las teorías anglosajonas y a todas las otras precedentes sobre el origen de la empresa; los americanos señalaban que la empresa se originó en USA con las caravanas, otros atribuyen a la *Ley Fargo*, los Ingleses señalan que inicia con la Revolución Industrial, algunos historiadores la relacionan a la actividad comercial egipcia, pero los opositores señalan que solamente eran actos de comercio. Entre otras podemos mencionar: forms of partnership that had unlimited liability *societas* and *commenda* respectively, were rooted in Roman Law. (Limited liability has an advantage over unlimited liability in that capital suppliers can only lose the amount of capital advanced). However the advent of the corporation generally is associated with the granting

son recogidas por el legislador generalmente para positivizarlas.

Un ejemplo importante es la Unión Europea, donde se está viviendo un proceso de integración total, se está creando normatividad uniforme y ambas familias, la romana y la sajona deben ser conjugadas. La Corte de Justicia Europea vemos que se ha convertido en un tribunal con características del *common law*, donde sus resoluciones son de obligatorio cumplimiento, vinculante *erga omnes* y desde la fecha de su emanación.

Considero que es importante el estudio de las familias del derecho es muy importante, visto que nos permite encontrar el origen de nuestras instituciones y analizar cómo funcionan en realidades distintas.

of a royal charter to the Russia Company in 1557, giving to it exclusively trading privileges with Russia. This charter allowed it to constitute on a joint-stock basis with a functional management. But the novel feature of the Russia Company was its joint-stock with legal personality, which through the company seal enabled it to sue and to be sued. Exclusive trading charters had been granted previously to “regulated companies” as early as the thirteenth century. The first of these was called the Merchants of the Staple, organized to govern the wool-export industry, and the last, organized in 1505, was the Merchant adventures. Significantly regulated companies governed the actions of individual merchants and had no real legal personality. The Russia Company was copied in Holland with the establishment of the Dutch East India Company. In addition, Genoa chartered a slave-trading corporation (1580) and France chartered its Africa (1561), Coral (1600) and Canadian (1602); sobre esta teoría véase: HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen’s University, Belfast 2005, pp. 2-6. Sobre la empresa ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Análisis Histórico Comparatístico de la Empresa*, Vox Iuris 17, USMP, Lima 2009, pp. 147-155.

LA FAMILIA DEL COMMON LAW – INTRODUCTION TO –

BIBLIOGRAFÍA

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998; DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994; MATTEI, Ugo, *Trattato di Diritto Comparato, Common Law*, UTET, Torino-1992; CANNATA, A, e GAMBARO, A, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, IV ed., 1989; SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, III ed., 1989; CATALANO, Pierangelo, *El Derecho Romano Actual de la América Latina*, Roma, 2008; FRANK, J. *Civil law influences on the Common Law. Some reflections on comparative and contrastive law*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 104 (1956); POUND, R. *The spirit of the Common Law*, II ed., Boston 1966; PUIG, Brutau, J. *Estudio preliminar* en POUND, R. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona 1950; MILSON S.F.C. *Historical Foundations of the Common Law*, 1969; BAKER, H., *An Introduction to English Legal History*, II ed., 1979; MAITLAND, F.W., *The Forms of Action at Common Law*, 1948; SCIALOJA, *Del Diritto Positivo e dell'Equità*, Camerino, 1880; ARISTÓTELES, *Ethicorum ad Nicomachum*, lib. X, Leipzig, 1881; DELLA ROCCA, Fernando, *Equità*, en in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957; DE MARINI (*Il Giudizio di Equità nel Processo Civile*); DONATI, *Il Problema delle Lacune dell'Ordinamento Giuridico*, Milano 1910; RASELLI, *Il Potere Discrezionale del Iudice Civile*, Padova 1927; RUBIO-CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, Fondo Editorial PUCP, Lima 2007; WENGLER, *Die Anpassung des englischen Rechts durch die judikatur in den Vereigten Staaten*, in: *Festschrift Rabel I* (1954); FINE, Noni, *American Legal Systems*, Anderson Publishing, Cincinnati 1999; SERRAO, Feliciano, *Impresa*, Iovene, Napoli 1969; HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Análisis Histórico Comparatístico de la Empresa*, Vox Iuris 17, USMP, Lima 2009, pp. 147-155.

DISTINCIÓN ENTRE LAS CORTES DE DERECHO Y LAS CORTES DE EQUIDAD

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La *equity*. – 3. Las cortes en los Estados Unidos de Norte América. – 4. Aplicación del derecho positivo. – 5. Aplicación del derecho natural. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

Estudiando las características principales del derecho anglosajón y el derecho romano-germánico, podemos señalar que una de las principales diferencias es la posibilidad de administrar justicia haciendo uso de la equidad, equidad que fue heredada del derecho romano antiguo y luego trasladado al *common law* y al arbitraje de conciencia o equidad. Por estas razones consideramos que la equidad y el ente especializado en su aplicación deben de ser estudiados para su mejor aplicación.

2. *La Equity*

El establecimiento de un sistema de *equity* en sentido moderno, fundado en sus propias doctrinas, más elásticas, más generales, se desarrolló en su relación al *common law*⁶⁸⁷, esta relación fue muy difícil, entre los episodios más conocidos podemos mencionar el desidio entre Lord ELLESMERE y el Lord COKE. La secularización del *equity* coincide en Inglaterra por razones muy obvias, con el reino de Henry VIII (1509-1547), el desidio entre Henry VIII y el Papa, con consecuencias importantes del punto de vista institucional, en primer lugar la Cancillería no fue más eclesiástica, en segundo lugar, la enseñanza del derecho canónico que era floreciente hasta la época, viene prohibido en las universidades.

El paso de las enseñanzas de la Cancillería de los canonistas a los *common lawyers* tuvo como consecuencias, el absorbimiento de la equidad en el *common law*. Los *common lawyers*, no se formaron en la universidad, y no poseían los principios canónicos y romanistas que la Cancillería administraba bajo la forma del caso concreto, que hasta hoy permanece en los honores del primer ministro (cargo recientemente creado), hizo que regularmente vinieran personajes políticamente influyentes, pero privos de cualquier educación jurídica o canónica. Entre los *common lawyers* existía una insatisfacción, que se mostró sobre todo en la gestión del Cardenal WOLSEY (Canciller de 1515 al 1529) hombre arrogante que probaba con gran placer de bloquear a través de *injunctions* a los litigantes con la finalidad que se dirijan a la corte de *common law*. A WOLSEY le sucedió Thomas MORE (1529-1533), un hombre formado por los *Inns of Court*.

Lo que hizo posible la sobre vivencia de la equidad como sistema fundado sobre principios diferentes al *common law* fue otra de las primeras obras jurídicas aparecidas en Inglaterra: *El Doctor*

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

687. MATTEI, Ugo, cit., p. 37, Crf. *Digesto*. El suceso del *equity* se facilita gracias a un hecho incidental, es decir de la protección debido a la protección dada a los *trusts*. “*rezezione di un patrimonio fiduciae causa, ossia senza dare nulla in cambio, promettendo di amministrarlo con cura nell’interesse del fiduciante, di cui evidentemente si è in precedenza conquistato la fiducia, ma poi non mantiene la promessa fatta e approfitta dell’instestazione formale per godere del patrimonio acquistato gratis a proprio esclusivo vantaggio, costui è, sotto il profilo del giudizio morale, un cialtrone fatto e rifinito*”. Questo giudizio è spontaneo e non ammette sfumature. Per ciò la materia di *trust* rappresentò il brodo di coltura ideale per la giurisdizione di coscienza del Cancelliere, la quale sviluppa le proprie tecniche e il proprio arsenale di rimedi proprio in materia di *trust*.

y *Estudiante*, se le atribuye la autoría a S. GERMAIN (1460-1540), un *barrister dell Inner Temple* con amplia cultura canónica, el mérito de haber estudiado las prácticas de la corte de Cancillería, y de haberlas reproducido en forma inteligible para un *common lawyer*. La obra, de carácter complicado, consignó bajo la forma de diálogo entre un doctor de teología, en representación del derecho canónico y de la equidad, y un alumno de *common law*, aquellos principios que los grandes Consejeros *common lawyers* posteriores, desde Thomas MORE, a Francis BACON, a Lord NOTTINGHAM, hasta llegar a Lord ELDON, saber desarrollar en la moderna equidad. Sin esta obra, probablemente la inyección benéfica del derecho canónico en el derecho inglés se hubiera perdido para siempre.

3. Cortes en los Estados Unidos

Existen características muy particulares del Derecho Procesal de los Estados Unidos⁶⁸⁸ en que existe un sistema de *Common Law*. Esta circunstancia se debe a una cuestión básica, el nivel de influencia que llega a tener el sistema de precedentes en la definición del derecho procesal, por encima del derecho escrito. Este proceso de evolución natural, libre, informal, responde a las necesidades específicas de tiempo y espacio; y no al desarrollo de corrientes de pensamiento o filosofía jurídica de una u otra escuela. Es fácil ver que en el mismo sistema federal norteamericano, cada estado ha desarrollado un sistema procesal diferente; así como que el Sistema Federal haya desarrollado normas procesales diferentes a las estatales. Esta breve explicación debe darnos una visión de los problemas de diversidad normativa en materia de derecho procesal en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América.

En una parte de los Estados encontraremos un sistema procesal arcaico, basado en la existencia de “*Forms of Action*” especiales y en la distinción entre “*actions of law*” y “*suits in equity*”, es decir entre acciones de derecho y acciones de equidad. El origen de estas distinciones se relacionan directamente con el desarrollo del proceso en Inglaterra; el *Chancellor* y sus fórmulas especiales establecerían los parámetros de la acción judicial, y la división entre un sistema de cortes de derecho común (*Common Law Courts*) y de cortes de equidad (*Equity Courts*), división judicial que evolucionaría en una división procesal de la acción.

Las Cortes de Derecho, rígidas, predecibles, cuya decisión se realizaría mediante la decisión de un jurado, cuyas decisiones establecerían precedentes con fuerza vinculante;

Las Cortes de Equidad a cargo del “*Chancellor*”, que resultaron más flexibles, sin jurado ni precedentes vinculantes. A partir de esta época se llega a establecer una gran diferencia entre ambos tipos de cortes. Una corte de equidad es un tribunal que está autorizado a aplicar los principios de equidad (en oposición a la ley) a los casos que se le someten. Las decisiones no son precedentes. Estos tribunales se iniciaron con peticiones al Lord Canciller de Inglaterra. Algunas jurisdicciones de derecho común - como la Americana, en los Estados de Delaware, Nueva Jersey y Tennessee - preservar la distinción entre el derecho y la equidad y entre los tribunales de justicia y tribunales de la equidad.

688. Las Cortes en Estados Unidos están organizadas a nivel federal de la siguiente manera: a) *Tribunales de Primera Instancia*; competentes para ver toda clase de causas federales. Existen 94 distritos judiciales. Cada distrito judicial incluye un Tribunal de Quiebra que funciona como entidad autónoma. Posee además un Tribunal de Comercio Internacional que resuelve las causas de comercio internacional y asuntos aduaneros, con competencia nacional junto al Tribunal de Reclamos Federales. b) *Tribunales de Apelación*; los 94 distritos judiciales están organizados en 12 circuitos regionales, cada uno de los cuales tiene un Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos. El tribunal de apelaciones conoce apelaciones de los tribunales federales ubicados dentro de su distrito, así como también apelaciones de agencias administrativas federales. además, el Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal tiene competencia nacional para conocer apelaciones en causas especializadas, tales como patentes y las causas resueltas por el Tribunal de Comercio Internacional y el Tribunal de Reclamos Federales. todo tribunal de apelaciones está conformado por tres jueces. No son tribunales de casación. c) *La Corte Suprema*; es el mayor instancia en el sistema judicial federal. Lo componen el Presidente de la Corte Suprema y ocho magistrados asociados. Ver: Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, *El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos*, Washington DC 2000.

La distinción histórica en el derecho angloamericano entre “legal” y “equitativo” ha sido abolida en los Estados Unidos. Sin embargo, para algunos fines, algunos recursos y procedimientos aún se consideran a ser equitativo y no legal, por ejemplo, la reforma de los contratos, requerimientos, órdenes de restricción temporal, y otros decretos y órdenes especiales. Las Cortes de Derecho Común únicamente tendrían una facultad indemnizatoria, mientras que en las Cortes de Equidad el *Chancellor* tendría la facultad de ordenar a la parte vencida la entrega de algo, la realización de un acto o la abstención de una conducta⁶⁸⁹.

4. *Aplicación del derecho positivo*

El derecho positivo es el que tiene aplicación práctica, que es reconocido, aceptado y aplicado, judicial o extrajudicialmente, en un lugar y tiempo determinados; es el derecho viviente, eficaz. Las fuentes de este derecho pueden ser múltiples⁶⁹⁰. Todas las fuentes que se consideren como productoras de normas jurídicas pueden dar origen a este derecho; basta con que los preceptos establecidos sean efectivamente observados. Entre otras fuentes podemos señalar la costumbre, el Estado mismo, la jurisprudencia judicial, la razón y la naturaleza intrínseca del hombre. Como ha hecho notar la doctrina, para que la costumbre sea fuente de derecho no basta la simple repetición de ciertos actos o comportamientos que se prolonguen en el tiempo, sino que es necesario que vaya acompañada de un sentimiento de obligatoriedad, de tal manera que, en caso de no ser cumplida, pueda ser exigida coactivamente.

Pero las normas que nacen de la costumbre son inciertas; inclusive pueden variar fácilmente de una región a otra⁶⁹¹. Se hacen indispensables, por lo tanto, reglas que tengan cierta fijeza y precisión. Es la legislación estatal la que viene, precisamente, a dar certeza y estabilidad al derecho. Mas no toda norma dictada por el Estado es positiva; para que lo sea, es necesario que tenga aplicación, observancia, cumplimiento eficaz. Aun cuando regularmente, en los sistemas legislados, el de uso o la práctica en contrario no pueden abrogar ni derogar una ley, esta puede, no obstante, perder su positividad si cesa de ser aplicada prácticamente, aun cuando no pierda su vigencia. Un derecho está vigente cuando, habiendo sido elaborado y aprobado técnicamente, de acuerdo con todas las reglas previamente establecidas para ello, no ha sido abrogado por ninguna otra ley posterior; no importa que alguna de sus normas dejen de ser aplicadas efectivamente: la vigencia de estas también continua. Un derecho que estuvo vigente, pero que ya no lo está, es sencillamente un derecho estatal histórico, pues en tanto que el derecho positivo no siempre ha

689.Sobre la estructura actual de las cortes federales en Estados Unidos ver: *The United States Constitution*, Lexis Nexis, 2001. P. final; Supreme Court of the United States: a) United States Court of appeal, (12 Circuits, 1), 94 District Courts and 3 territorial Courts; United States Tax Court; b) United States Court of Appeals for the Federal Circuit: Court of International Trade, Federal Claims, Veteran Appeals; c) United States Court of Appeals for the Armed Forces: Army, Navy, Marine Corps, Air Force and Coast Guard Courts.

690.Sobre las fuentes del derecho en el Perú ver: RUBIO-CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, 9na ed. Fondo Editorial PUCP, Lima 2007, pp. 105-147. El sistema legislativo en el Perú tiene una estructuración compleja, semejante a la de muchos otros derechos nacionales. Esta forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas con principios de supra ordenación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico. Rubio nos muestra los tres planos gubernativos, en coherencia con la definición de gobierno unitario, representativo y descentralizado que nos brinda el artículo 43 de la Constitución, a los que corresponden tres planos legislativos, que son: a) el plano del *gobierno nacional*, en el que existe un gobierno unitario de todo Estado, constituido en esencia, aunque no únicamente, por el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, que son establecidos en la Constitución del Estado. En este plano existen tres planos legislativos: la Constitución y las leyes constitucionales, las normas con rango de ley: leyes, los decretos legislativos y los decretos de urgencia, decretos leyes, y los decretos y resoluciones; b) el plano legislativo *regional*, regulado por la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos regionales: ordenanzas regionales y decretos regionales; c) el plano legislativo *municipal*, regido por la Ley Orgánica de Municipalidades: ordenanzas y decretos municipales.

691.En el caso del *civil law*, deben de ser recogidas por una ley, través del proceso regular de creación de normas, por el ente legislador (el Congreso, o el Ejecutivo mediante delegación específica. En el caso del *common law* es recogida principalmente por el juez y plasmada en sus sentencias, creando ley mediante este sistema casuístico.

de provenir del Estado, el vigente sí. También este, como aquel, es aplicable en un lugar y en una época determinados, pero su fuente es única: el poder gubernamental.

Si el derecho vigente es cumplido, aplicado y ejecutado eficazmente, es al mismo tiempo positivo. Junto a las normas formalmente válidas, pueden irse formando otras no reconocidas por el Estado, y, sin embargo, aplicadas efectivamente en las relaciones individuales, aunque no exigibles por la vía judicial⁶⁹².

Derecho Positivo como el conjunto de normas que derivan de la costumbre o del Derecho Consuetudinario, entre los juristas que comulgan con esta idea podemos encontrar a GARCÍA MÁYNEZ, la de los que se refieren al Derecho Positivo como las normas jurídicas que han sido creadas para regular la conducta del hombre, se encuentren vigentes o no, o como lo explica RAMÍREZ GRONDA en su *Diccionario Jurídico*: “*el Derecho Positivo es el sistema de normas jurídicas que regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico*”, lo también quienes establecen simplemente que el Derecho Positivo es el conjunto de normas jurídicas en vigor en un país. A pesar de esta diversidad de opiniones en cuanto al Derecho Positivo, ninguna de estas debe ser confundida con el Derecho Natural.

Entre las normas de justicia que rigen la actividad humana hay algunas necesarias, fundadas en la propia naturaleza; y otras arbitrarias, fundadas en la voluntad del legislador; las primeras forman el derecho Natural que es Universal, inmutable y dado a conocer por la propia razón; las segundas forman el derecho Positivo, esencialmente variable y manifestado en Código y legislaciones específicas.⁶⁹³

Fue el célebre CICERÓN quien acuñó la expresión *ius nature* y Santo Tomás DE AQUINO quien diferenció, “*el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad*”.

Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. La primera, atendida la naturaleza mismas cosas; por ejemplo; cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y acordó, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares, o por convención pública, verbigracia, cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, cuando lo ordena la autoridad que representa al pueblo⁶⁹⁴, sentando de alguna manera, las bases de la distinción contemporánea entre el derecho Natural y el derecho Positivo.

En la actualidad percibimos como se contraponen rigurosa e intencionalmente el derecho Natural con el positivo. El derecho Positivo es la expresión de quien gobierna, de aquel que detenta transitoriamente el poder. Este derecho es sancionado por el legislador y modificable según la sociedad y épocas, es decir que varía brusca y radicalmente en el tiempo y en el espacio, hasta llegar a extremos insospechables y racionalmente ilógicos. En palabras de BOBBIO, “por positivismo jurídico como forma entiendo aquella concepción particular que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción: el Estado⁶⁹⁵”. A partir de esta interpretación estadista del derecho surge la teoría de la coactividad en la definición del derecho, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza⁶⁹⁶.

692.DOCANTES TAMAYO, Luis. ob. cit. p. 84.

693.HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. ob. cit., p. 2

694.DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II Q, 57.A.2

695.BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Fontamarcá. p. 43

696. Ver Kelsen, Hans en sus obras nos menciona que solamente existían normas positivas, las cuales se plasmaban de manera jerárquica en la sociedad, teniendo como forma representativa la pirámide. En la cima de la pirámide encontramos a la Constitución como norma máxima, la cual debe ser respetada, para ello crea las garantías constitucionales y un Tribunal Constitucional que defenderá que estas normas no sean vulneradas por normas inferiores. El Tribunal

En contraste con lo dicho, el derecho Natural es un ideal de las normas, una legislación universal y atemporal que, por lo tanto, debería regir a todos los pueblos, con absoluta independencia de las modificaciones de índole cultural que en cada uno de ellos encontremos.

Lamentablemente esa dicotomía, como hemos señalado anteriormente, es rigurosa y marcadamente intencional, es una falsa antinomia, que es mas de una ocasión ha servido para sostener y amparar legalmente regímenes totalitarios. Lo que se denomina derecho Natural es, en definitiva, el fundamento ultimo de validez de toda ley humana positiva. Hay que observar esta relación sustancial, como dos aspectos de una misma realidad, el derecho positivo es, respecto del Natural, el garante más sólido de vigencia, ya que los principios del Derecho Natural rigen verdaderamente en un pueblo cuando son contemplados y expresados por la Ley positiva. Por eso hay que dejar en claro que no todo lo que dice una ley positiva es necesariamente justo. Y es primordial, para comprender esto, la distinción entre el derecho Positivo cuyo contenido es de derecho natural pero que ha sido mencionado y promulgado por la autoridad vigente, y el derecho positivo que es indiferente a derecho natural, pero que de todos modos es obligatorio para la sociedad. Y he aquí el porqué de uno de los ejes de la reflexión jurídico romana a establecer la diferenciación entre “ley” y “derecho”.

La filosofía jurídica, tal como la entiende Arthur UTZ, “tiene el cometido de señalar el deber ser que ha de regir en el vasto campo”⁶⁹⁷. Otros autores, como Norberto BOBBIO afirman que lo que debe interesarle exclusivamente al jurista es el derecho real frente al derecho ideal, el derecho como hecho en contraposición al derecho como valor, el derecho que es sobre el derecho que debe ser. Personalmente considera que son el aporte valiosísimo que nos brinda la reflexión filosófica, “el derecho Positivo queda reducido a coerción o sanción como en KELSEN, y además el mundo jurídico queda privado de sentido, y su crearon, interpretación y aplicación resultan fruto de profunda decisión sin argumento oponibles”⁶⁹⁸.

Ahora, y retomando las ideas sobre el positivismo jurídico de BOBBIO, “... positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa, u objetiva, o éticamente neutral: es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica, la derivación de los hechos verificables (Vg.; que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con ciertos sistemas de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición de derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar...”⁶⁹⁹. Lo que expresa, en rigor, semejante afirmación, es la posibilidad de validar jurídicamente totalitarismos tan crueles y nefastos como el nazismo o el estalinismo. “Si lo dice la ley, debes cumplir”, ese mensaje es el que nos transmite KELSEN y tantos otros exponentes del positivismo jurídico. No todos los teóricos del positivismo jurídico comparten el positivismo ideológico, dado que hay una diferencia radical entre describir y verificar un hecho, a calificarlo como positivo.

El derecho no debe asociarse siempre y necesariamente con la ley, en efecto, son dos cosas distintas. En palabras de Giuseppe GRANERIS: “la ley jurídica (natural o positiva) es la formula con

Constitucional fue una idea traída por Kelsen de los Estados Unidos, donde trató de amalgamar los dos sistemas, el romano germánico y el common law. Tendría la capacidad de crear normatividad con sus resoluciones, como lo hacen las cortes en Norteamérica. Este proyecto no fue aceptado por los alemanes, y al constitución de Waimar es aprobada sin la innovación kelseniana, la Constitución austriaca de 1920 si recoge esta figura que será la inspiración para las legislaciones extranjeras.

697 UTZ, Arthur. *Ética Social*. Editorial Merder. Barcelona. 1965. p. 298

698 VIGO, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*. 1984, p. 298

699 BOBBIO, Norberto. ob. cit., p. 42

a que se expresa el *ius* (natural o positivo)⁷⁰⁰. Es decir, que la ley no es el derecho mismo, y de ese modo se deduce que la ley es injusta, si bien es ley jurídica en su forma, no es derecho propiamente ya que goza de juridicidad extrínseca pero carece de juridicidad intrínseca, constituyendo por lo tanto una “ley inicua”, tal como la denomina Santo TOMAS.

Podemos anotar del derecho natural y del positivo, las siguientes características “kelsenianas”:

- a) en tanto que el derecho natural proviene de la Naturaleza de Dios o de la Razón, y, por lo tanto, no ha sido producido por el hombre, el derecho positivo es creado artificialmente por la voluntad humana,
- b) en consecuencia, el derecho natural tiene como razón de validez específica, un principio objetivo o relativamente objetivo; el positivo, uno subjetivo o relativamente subjetivo,
- c) en tanto que el derecho natural tiene un principio de validez material, el positivo tiene un principio de validez formal; esto es, en tanto que el derecho natural vale en virtud de su contenido “intrínsecamente justo”, el derecho positivo adquiere su valor a través de un procedimiento previamente establecido, mediante ciertos requisitos o exigencias especiales,
- d) el derecho Natural posee normas tan evidentes “como las reglas de la lógica, que no necesitan de la coacción para realizarse; el derecho positivo, en cambio, bajo ciertas condiciones, requiere de una coacción exterior para la realización de sus normas, y alcanza su forma perfecta en el Estado,
- e) el Deber ser del derecho natural es siempre justo; el del derecho positivo puede ser justo o injusto,
- f) en consecuencia, las normas del derecho natural tienen validez absoluta; las del derecho positivo, una validez hipotético-relativa⁷⁰¹.

En cuanto a la diferenciación de estos, podemos encontrar que el Derecho Natural es esencialmente justo, es impuesto a nosotros por un voluntad sobrehumana, o es inherente al hombre por naturaleza, la cual no es sino un orden perfecto de las cosas, mientras que el Derecho Positivo, aunque puede basarse en el Natural, puede errar y no ser completamente equitativo, por ser una interpretación del hombre de lo que es justo, y este tiene como característica el errar, así podemos concluir este punto de la manera siguiente; el Derecho Natural es por esencia justo, perfecto, el Derecho Positivo puede equivocarse, es perfectible.

Otro punto de variación acerca del Derecho Natural y el Derecho Positivo es la validez y eficacia de los mismos, sin embargo como es costumbre en este tema encontraremos varias opiniones acerca de este aspecto. Por un lado hay quienes afirman que el Derecho Natural posee eficacia y validez jurídica por ser intrínsecamente justo, mientras que el Derecho Positivo necesita de una norma legal vigente para tener validez. Por otro lado hay quienes estipulan que el Derecho natural necesita del apoyo del positivo, para que se haga cumplir lo dispuesto por el primero, como lo había citado con anterioridad.

5. Aplicación del derecho natural

Dos Concepciones en la Roma Antigua; en Marco Tulio CICERÓN encontramos el mismo orden de ideas que en los estoicos. Para él, el verdadero derecho, la verdadera ley, proviene de la recta razón que, junto con la razón, nos ha sido dada por la naturaleza y nos une a Dios. Quien ignora esta ley, nos dice, es injusto. Y no solamente la justicia se funda en la naturaleza racional del hombre, sino también todas las demás virtudes. De manera, pues, que no todo lo que establecen las instituciones o las leyes de los pueblos es justo, ni la justicia se funda en la utilidad. Si así fuera, el vicio podría ser erigido en virtud, y viceversa.

La justicia y el derecho deben ser buscados y cumplidos no por conveniencias o interés, sino por sí mismos. Ahora bien, si la ley debe corregir los vicios y enseñar las virtudes, debe ser conocida por la sabiduría más difícil que es la que tiene por objeto el conocimiento de nosotros mismos; la filosofía. La persona que se conoce a sí mismo debe comprender que es necesario

700.GRANERIS, *Guisepe. Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1973, p. 68

701.DOCANTES TAMAYO, Luís. ob. cit., p. 96

ser un hombre de bien para poseer la felicidad. En esta parte del pensamiento “ciceroniano” encontramos puntos de contacto con el pensamiento socrático y el platónico.

En la siguiente frase se hallan quizás compendiadas las ideas de CICERÓN sobre el derecho natural: “*Ergo ut illa divina mens summa lex est; item, cum in homine est perfecta ratio, lex est; ea vero est perfecta in mente sapientes*” (Luego así como esa mente divina es la suprema ley, del mismo modo, cuando en el hombre la razón perfecta, es ley; esta en verdad es perfecta en la mente del sabio). Lo que CICERÓN llama “Ley”, que es la razón suprema instituida en nuestra naturaleza, que nos ordena lo que debemos hacer y nos prohíbe lo que debemos evitar, es también anterior a toda ley escrita, y común a todos los pueblos.

Otra concepción interesante del derecho natural en la Roma antigua es la de ULPIANUS: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, ed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in Mari nascuntur*”. (El derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales. Porque este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales, que en el cielo, que en la tierra, que en el mar han nacido). Aquí de la naturaleza, sólo que no se precisa que debe entenderse por ésta. Desde luego no se trata de la naturaleza racional del hombre, ya que también es común este derecho a todos los animales volátiles, terrestres y marítimos⁷⁰².

El derecho natural “*es el conjunto de normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado*”. En esta definición los autores, atribuyen al Derecho Natural las características de ser subjetivo e individual, ya que afirman que nace de la conciencia del hombre y es lo que ellos estiman, como expresión de justicia⁷⁰³.

Nos dice el fundador de la “escuela vienesa” (Hans KELSEN) que no “es relevante la diferencia que existe entre una teoría del derecho Natural deducida de la Naturaleza o de Dios y aquella otra que pretende crear la ordenación justa a partir de la Razón. Empero, a palabra naturaleza no deberá ser pensada como un todo, como el conjunto de todas las cosas y sus relaciones, de las cuales derivan las normas del derecho natural, o bien como la naturaleza física y psíquica del hombre. Pues esto significa una desviación del principio originariamente objetivo hacia un principio más o menos subjetivo, un debilitamiento de la tendencia a la objetividad implícita en la idea de Justicia; y con ella, una desviación de la idea de derecho natural hacia la de derecho Positivo.

Esta misma desviación se presenta cuando atribuimos el derecho natural a la Voluntad de Dios y no a su Razón. La Voluntad divina, su omnipotencia se encuentra colocada por encima de la legalidad de la divina Razón y podemos considerarla, hasta cierto punto, como la arbitrariedad de Dios. Y así como el derecho natural se aproxima mucho al positivo si se hace derivar de la naturaleza volitiva o racional del hombre, así también, en el ámbito de lo divino, el derecho natural, que en lo esencial se basa en la razón manifestada en leyes, y otra basada en la omnipotencia de Dios, ajena a toda legalidad, representa ya claramente en una esfera superior el contraste relativo entre derecho Natural y de derecho Positivo. Por eso si el derecho natural ha de hacerse emanar de Dios, para conservar su pureza deberá ser una Razón de Este, y no a su voluntad.

Cuando decimos “*derecho natural*”, lo primero que acude a nuestra mente es la idea de algo relacionado con la naturaleza. Y, en efecto, consideramos que el derecho natural es aquel que nos es proporcionado por ésta. Pero la dificultad surge cuando nos preguntamos qué es la naturaleza misma. Como han señalado algunos autores (AHRENS, GARCÍA MAYNES, etc.), el significado proteico de esta palabra ha ocasionado las innumerables controversias que se han suscitado en torno en el sentido físico, material, de todo el Universo, comprendiendo en el al hombre, que en

702.DOCANTES TAMAYO, LUÍS. *¿Qué es el derecho?* Editorial Hispano-Americana. México 1962, p. 90

703.DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*.

el sentido espiritual, racional, de este último. De acuerdo con el concepto que hemos admitido de naturaleza: todo lo que existe o nace espontáneamente sin que haya intervenido o intervenga la mano o la voluntad del hombre, diremos que el derecho natural es aquel que nos otorga la naturaleza, tomada esta en su físico del Universo, como debe el punto de vista de la razón del hombre. Como ya hemos dicho, la razón humana es también natural⁷⁰⁴.

También; normas reguladoras de la conducta humana, invariables, escritas de su conciencia y en su corazón, y que se identifican con el sentido de justicia, con vigencia eterna e inmutable⁷⁰⁵.

“*El Derecho Natural es el conjunto de normas jurídicas que tiene su fundamento y raíz en la naturaleza del ser humano*”⁷⁰⁶. Este concepto establece el Derecho Natural como un conjunto de normas jurídicas, por la positivización de las normas naturales, que es la encarnación de estas en una formulación positiva que le permita tener una presencia física en la sociedad para facilitar su eficacia.

6. Conclusiones

Podemos concluir señalando que los jueces de derecho deberían poseer las facultades que un juez de equidad tiene. Los jueces de derecho limitan su accionar a lo señalado por la ley, debiendo cumplir el precepto latino *dura lex est lex*, su capacidad creativa está limitada. Los jueces de equidad pueden crear normatividad recogiendo las costumbres y mediante su sentencia la convierten en ley, obligatoria *erga omnes*, inclusive, como sucede en USA, puede crear ley sin que exista costumbre.

Mediante una sentencia se puede derogar una ley. En el sistema romanístico peruano sólo se puede crear normatividad de una sentencia cuando esta pasa por el pleno casatorio.

Discusión interesante nos trae el Tribunal Constitucional Peruano, el cual posee sentencias que son obligatorias *inter partes* y otras *erga omnes*, la discusión doctrinaria se encuentra en pie, para discutir la validez de estas visto que el tribunal es un híbrido creado por Hans Kelsen en Austria, trasponiendo la función de la Corte Suprema americana en un país romanista.

La Unión Europea nos muestra esta contraposición de sistemas donde se encuentran países romanistas con anglosajones y luchan por imponer su derecho, pero vemos que las resoluciones de la *Corte de Justicia Europea* son de aplicación inmediata en todos los países miembros de la integración. Otro ejemplo es la *Corte di Casazione Italiana* la cual emite sentencias obligatorias *erga omnes*. Esto nos muestra que es posible crear cortes ambivalentes, de derecho y equidad, como son las cortes americanas o las cortes arbitrales.

704. DOCANTES TAMAYO, Luís. *¿Qué es el derecho?* Editorial Hispano-Americana. México 1962, p. 98

705. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. 2ª Edición. Editorial Grijley. Lima. p. 258

706. Ver *juicio de Nuremberg*: en este juicio se confrontan dos de las escuelas más importantes del derecho, la de los ius naturalistas y los ius positivistas. Los ius positivistas, quienes defendían la posición de los nacional socialistas señalaban que los delitos por los cuales eran juzgados, no se encontraban tipificados en la legislación alemana, ni siquiera en la legislación de las naciones europeas, peor aún en la legislación internacional. Por ende basados en el principio de legalidad ellos no podrían ser procesados ni sentenciados, además el derecho penal posee un principio fundamental que es el *nullam poena sine lege previa*. Los miembros del tribunal señalaron que si bien el delito (*genocidio*) no se encontraba tipificado en las legislaciones nacionales ni las europeas, ni en la supranacional, existen derechos superiores y anteriores a los positivizados por una nación, estos son los derechos naturales, y uno de los derechos naturales principales es el derecho a la vida.

Entre el 20 de noviembre y el 1 de agosto de 1946 se llevó a cabo en el palacio de Justicia de Nuremberg uno de los juicios más importantes de la historia ya que se juzgaba a los principales culpables de crímenes que atentan contra la humanidad, la paz y, sobre todo, crímenes de guerra. En dicho juicio se trataba de juzgar a la cúpula más alta de la jerarquía nazi. Entre los crímenes podemos mencionar: a) crímenes contra la paz, aquellos por lo que se violan los tratados internacionales o favorecen el ataque sin justificación contra otra nación; b) crímenes contra la humanidad, planificación, ejecución o participación en exterminios y genocidios; c) crímenes de guerra, incumplimiento de las leyes o convenios internacionales sobre la guerra; d) conspiración.

DISTINCIÓN ENTRE LAS CORTES DE DERECHO Y LAS CORTES DE EQUIDAD

BIBLIOGRAFÍA

MATTEI, Ugo, *Trattato di Diritto Comparato, Common Law*, UTET, Torino-1992. *The United States Constitution*, Lexis Nexis, 2001; RUBIO-CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, 9na ed. Fondo Editorial PUCP, Lima 2007; DOCANTES TAMAYO, Luís. *¿Qué es el derecho?* Editorial Hispano-Americana. México 1962; HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. Ob; DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II Q, 57.A.2; BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Fontamarcá; UTZ, Arthur. *Ética Social*. Editorial Merder. Barcelona. 1965; VIGO, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*. 1984; GRANERIS, Guiseppe. *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1973; DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*.

CONCEPTO DE IUS EN ROMA

OYARCE YUZZELLI, Aarón⁷⁰⁷

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Concepto de *ius* en Roma. – 3. *Ius naturale*. – 4. Derecho natural moderno. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

Es indispensable iniciar desde el inicio y como señalaba Ulpiano en el digesto que “*Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra ius (derecho). Llámese así de iustitia (justicia) porque, según lo define elegante Celso, es el arte de lo bueno y equitativo*”⁷⁰⁸. La reseña histórica nos ayudará a comprender la evolución del derecho, la formación del derecho romano y la creación, evolución y derecho anglosajón actual, así como la influencia del derecho romano en todas las familias del derecho⁷⁰⁹.

2. Concepto de *Ius* en Roma

El *ius* es un término que corresponde a nuestro derecho y a los análogos de las lenguas modernas, se encuentra dividido en dos significados que los modernos llaman objetivo (por ejemplo el derecho civil) y el subjetivo (por ejemplo el *ius utendi, fruendi*). No faltan otros significados de *ius* en la órbita del derecho: indica el lugar en el cual el magistrado administra justicia; D. 1.1.1. *de iustitia et iure*, D. 1.1: *ius dicitur locus in quo ius redditur*; así se habla de *vocare in ius*⁷¹⁰. Significa también la *potestas* en las frases *sui iuris ed alieni iuris*, equivalentes a *suae potestatis* y *alienae potestatis*⁷¹¹. A veces indica la situación jurídica de la persona o de una cosa (por ejemplo., *ius deterius facere*)⁷¹². De *ius* deriva *iustus* y *iustitia*, que indican técnicamente la conformidad con el *ius*.⁷¹³ CATALANO nos señala la diferencia entre derecho y hecho (*diritto* e *fatto*). Señalando que el concepto de *ius* no puede ser entendido si se confunden validez y efectividad, derecho y hecho. La definición de CELSO (*ius est ars boni et aequi*⁷¹⁴; ULPIANO D. 1.1.1) es la única definición romana del derecho; esta es la que consigue la denominación como *sacerdotes iustitiae* para los juristas⁷¹⁵.

707. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Romano y Comparado de la *Universidad Particular de San Martín de Porres*, (Investigación realizada en la Università degli Studi Roma, “*La Sapienza*”, bajo la tutoría del Profesor Pierangelo Catalano). Publicado en *Vox Iuris* 13, USMP, Lima 2005, pp. 117-128.

708 D. 1.1.1. Ulpianus libro I. Institutionum. – *Iuri iperam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut elegantur Celso definit, ius est ars boni et aequi.* Ver GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Ira Parte, Instituta-Digesto, Consejo de Ciento, Barcelona 1889. P. 197.

709 Según los romanistas el derecho romano 752 a.C. ha influenciado al derecho canónico 333 d.C., al derecho musulmán 750 d.C. al derecho anglosajón 1215 d.C., al derecho socialista 1919.

710.D, 1.1.11: *alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit, in eo, ubi fit.*

711.Inst. 1.8.1; D.1.6.1:

712.D. 50.16.126: *ius deterius factum*; D. 50.16.24: *successio in universum ius*; D. 8.4.13: *successio in locum et ius.*

713.Ver BIONDO, Biondi, *Ius*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957, pp. 375-376.

714.El concepto de derecho y equidad será analizado posteriormente, tanto en el estudio del *civil law*, como del *common law*, al especificar las diferencias entre las cortes de derecho y las cortes de equidad, división que aún se aplica en el campo del arbitraje (arbitraje de derecho y arbitraje de equidad).

715.CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990, p. VII; donde nos señala que las incrustaciones conceptuales acumuladas en los últimos dos siglos sobre el concepto romano de *ius* son atribuibles, variantemente, al individualismo (burgués) y al estatalismo, al positivismo jurídico y al realismo (americano o escandinavo) al normativismo y al institucionalismo (según el cual también las asociaciones delictivas tendrían un ordenamiento jurídico), a la *sociological jurisprudente*, al *judge made law*, al *case law* etc. En resumen se puede afirmar que, a partir de 1776, el principio de efectividad se convierte en “*puntuale formula giuridica*”.

Ius denota la esfera del derecho positivo, para indicar derecho en el sentido ideal, o no positivo, el lenguaje técnico usa otro término (*aequitas, aequum et bonum*) o incluye alguna calificación a *ius* (*ius naturale*). Pero la referencia de derecho positivo no siempre se mantuvo en las fuentes romanas; puede discutirse hasta que punto se deba al lenguaje de JUSTINIANO, pero es cierto que el *ius*, y sobre todo *iustus*, denota valoración social, que no son tomadas por el derecho positivo.

El opuesto de *ius* es *iniuria*, que indica todo lo que *non iure fit*. La etimología de la palabra *ius* es puesta en relación con *Iovis*⁷¹⁶. Entonces *ius* se identifica con Júpiter; y esta confirmación se daría con el origen religioso del derecho, en cuanto *ius* vendría a identificar a esa misma divinidad. A favor de esta teoría de la *iovestod*, que se encuentra en las arcaicas estrellas del Foro romano como equivalente a *iustum*. Otros envés, relacionan al *ius* con el védico “*yos*” que significa salvación; entonces *ius* sería la fórmula de salvación religiosa o la purificación. Otros señalan que *ius* deriva de *iungo*. Es cierto que *ius* tiene base religiosa. La primitiva vida gentilicia y familiar se impone el culto domestico; y cuando surge la *civitas* con la asociación de grupos gentilicios, la vida cívica se desarrolla siempre bajo las sombras de la divinidad⁷¹⁷, no más domésticas pero ciudadana⁷¹⁸. Del carácter primitivo del *ius* tenemos pruebas recientes muy notables. En LIVIO, 3.55 vemos la frase *ius fasque*. La pena más antigua era la *sacertas*, que tenía carácter religioso. Las relaciones internacionales estaban reguladas por el *ius fetiale*, que estaba conformado por sacerdotes especiales, *fetiales*⁷¹⁹. Más aun, el conocimiento y la elaboración del derecho era monopolio de los pontífices, que fueron los primeros juristas, hasta la legendaria del *Gnaeus Flavius* (*ius Flavianum*) alrededor de los 300 a.C. Los actos jurídicos son esencialmente religiosos, como la *conferratio*, con la cual el *pater familias* adquiere la *manus* de la mujer que entra a formar parte de la familia por el matrimonio, o derivan de actos religiosos, como la *sponsio*.

716. Uno de los primeros autores en relacionar *ius* con *Iovis* fue VICO, *Scienza Nova*, Vol I, Nicolini, p. 25, luego algunos autores modernos como COCCHIA, *Introduzione Storica allo Studio della Letteratura Latina*, p. 352 ss.

717. CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990, p.VIII-IX nos señala, que el derecho romano antiguo, o sea el pre cristiano, no conoce la separación del derecho con la moral y la religión. La jurisprudencia es *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, el derecho público consiste en *sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*; la *erga deum religium* esta comprendida, como primer ejemplo en el derecho de gentes (Ulpiano D. 1,1,10; 1,1,2; Pomponio D. 1,1,2). Así también el derecho islámico mantiene esa unidad entre derecho y religión, véase: DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, I *Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, 4ta ed. Cedam, Padova 1994, p. 394. “*la scienza che indica al musulmano come egli deve di comportarsi secondo la religione. Dio impone a ogni uomo solo ciò che egli può sopportare*”. Teniendo su estructura el derecho musulmán, o *fiqh*, está dividido en dos grandes particiones. Por un lado se estudian las raíces “*usul*”, y explica por medio de que procedimientos, partiendo de qué fuente ha sido direccionada el conjunto de soluciones que constituyen el *shar*, la ley divina. Por otro lado esta estudia los “*furū*”, quiere decir las categorías y las reglas recogidas, en mérito del derecho musulmán. Las fuentes del derecho musulmán están divididos en dos grandes series: las fuentes originarias: el Corán y *Sunna*, y las fuentes derivadas por la vía de la razón: *Igma* y el *Quiyas*. Op. cit., 397

718. Sobre la religiosidad en Roma ver DUMEZIL, Georges, *La Religione Romana Arcaica, Miti e Leggende*, 2da Ed. Bur, Milano, 2007. CHIAPPINI, Philippe, *Le Droit Sacré*, Dalloz, Paris 2006. CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990.

719. Se trata de magistrados-sacerdotes que tenían la tarea de representar al pueblo romano en todos los actos con relevancia jurídica internacional: (*fetialis apud veteres Romanos erant qui sancto legatorum officio ab his, qui adversum populum Romanum vi aut rapinis aut injuriis hostiliter commoverant pignora facto foedere iure repetebant, priusquam id fuisset Fetialibus denuntiatum*). Sobre la institución religiosa de los feciales. Entre las instituciones religiosas en Roma podemos señalar: los augures, los pontífices, los feciales y las vestales, ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional en Roma*, en *Veritas* 13, USMP, Lima 2005, pp. 117-128. CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990. que nos habla de los *origini del sistema sovranazionale romano*, el *ius fetiale e iura communia*, señalando que el *ius fetiale* es un derecho público externo. FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII. p. 254. NONIUS, 529. 17. FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884. p. 28. BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898. MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I, p. 115 y en Perú a MENDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000, p. 13

La antigua noción de *ius* no está separada de la noción de potencia o de fuerza, al inicio violenta o arbitraria, sucesivamente autorizada, disciplinada y hecha también simbólica por la ley *Vindicatio* y *actio*, que son los medios y los instrumentos fundamentales sobre los cuales se funda y se desarrolla el ordenamiento jurídico, en su estructura típica son intrínsecos de poder del individuo. También en las relaciones de familia, la patria potestad importa poder, y la misma tutela es definida hasta hoy por Servio como “*vis ac potestas*” (1 pr., D, *de tutelis*, 26.1)⁷²⁰.

Los romanos utilizaban la palabra *ius* indistintamente, tanto en sentido objetivo como en sentido subjetivo, podemos señalar los pasos de las *Doce Tablas* que señalan la expresión *ita ius* esto “sea tal el derecho”. Lo que sí se puede manifestar es la relación entre el *ius* (derecho) y el *fas* (religión); no porque se haya demostrado el origen religioso de muchas instituciones jurídicas, sino, por que, mientras la eficacia de la palabra que crea y defiende el derecho subjetivo está controlada por los ministros de la religión (pontífices), las relaciones con los dioses son concebidas a menudo bajo la forma jurídica. Por otra parte, también el uso ambiguo de la palabra *mores*, en la que se confunden las costumbres normativas y las normas de cortesía política, social, y comercial, atestigua la maraña indistinta en que se presentaban las diversas reglas de conducta al espíritu de los antiguos. Lo señalado pertenece a la época primitiva de la historia del derecho romano⁷²¹.

Entre los conceptos podemos mencionar los encontrados en las Instituciones de JUSTINIANO bajo el título de *iustitia et iure*, algunos son conceptos generales o retóricos, extraídos de un paso de las *regulae* de ULPIANO (D. 1.1.10, I.1.1: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens; Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti adque iniusti scientia*; I.1.1.3: *Iuris precepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Estos conceptos indican más que todo una conducta de vida social y no una noción técnica de derecho objetivo. Podemos entender mejor el pensamiento romano leyendo el inicio de las Instituciones de GAIO, este maestro, al señalar la noción de derecho a sus alumnos, después de haber dicho que todos los pueblos, *qui legibus et moribus reguntur*, se valen en parte de un derecho común a todos los hombres, en parte en un derecho propio de ellos, y pasa a elencar las fuentes del derecho en esa época (II siglo d.C.). *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis forum qui ius edicendi habet, responsis prudentium*⁷²².

Una de las obras principales del derecho romano fue la ley de las doce tablas, según la tradición creada en los años 451 y 450 a.C.⁷²³ considerada esta una ley reivindicada por la plebe, con la finalidad de meter a disposición de los ciudadanos el derecho vigente⁷²⁴, sea para aliviar la suerte de los deudores como para legalizar las nupcias entre patricios y plebeyos. Las doce tablas vendrían a ser uno de los antecedentes iniciales del *civil law*, o del derecho codificado, visto que las fuentes anteriores al derecho van a dar paso a una ley codificada más importante y por ende la presencia de dos principios fundamentales como son los principios de la legalidad⁷²⁵ y de la publicidad⁷²⁶.

720. BIONDO Biondi, *Ius*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957. p. 377

721. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973. p. 24 ss.

722. Sobre el concepto de derecho en Roma ver: VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, La Sapienza Editrice, Roma 1988. p. 21. ss.

723. Sobre el tema ver ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7ma ed., Jovene, Napoli 2003, p. 55 ss.

724. “*Aequare leges omnibus*”.

725. *Legalidad*, todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. En la época de la aparición de las doce tablas, época sucesiva a la de las leyes inciertas, solo estaban obligados por las normas presentes en las tablas.

726. *Publicidad*, una vez publicada (*afijas*) las doce tablas en el coloseo romano, nadie puede alegar ignorancia de la ley, visto que ya habían sido publicadas. En la actualidad el proceso de publicación es obligatorio para la validez de una norma. Normalmente se publica en el diario o gaceta oficial del país. Caso peruano: diario oficial *El Peruano*. Italia: la *Gazzeta Ufficiale*.

3. *El Ius naturale*

Naturaleza y contrato son los conceptos originarios de la construcción iusnaturalista. Del concepto naturaleza o natura, se han dado interpretaciones varias, como la de fija e inmutable, que luego la historia negará, no quiere decir absolutismo y universalidad, si no en el sentido formal, por lo que todos los principios son, o valen como principios universales o absolutos. Menos justificada es la concepción de naturalidad del derecho, como genérica normalidad de la acción humana, de toda la acción en cada aspecto, que reduciría a la norma jurídica y forma de accionar; conclusión inservible tanto para la ciencia, tanto para la premisa de la filosofía.

Considerar al derecho como norma, no significa excluir de su plano, del plano jurídico. La racionalidad y la finalidad inherente a la naturaleza humana. *naturalidad* quiere decir racionalidad e historicidad, inherente, a la persona humana, no quiere decir sobre naturalidad, aun, cuando se la pone en un plano de la trascendencia teleológica; esto implica la socialidad y la estatualidad que quiere decir *humanidad del derecho*, desarrollo histórico y progresivo de la autonomía de la solidaridad de los sujetos, solos o asociados: de aquí en parte la acusa, solo en parte históricamente fundada, de individualismo, referida a la vieja escuela, y a ese aspecto se regresa insistentemente.

La distinción entre naturaleza y cultura, entre realidad y valor sobre los cuales se mueve gran parte del pensamiento contemporáneo, no ha significado sobre el plano normativo sino como distinción entre naturaleza y con su ley abstracta, física, y la naturaleza moral del sujeto humano.

La noción del contrato, la cual fue relacionada largamente con la teoría del derecho natural, se prestaba no sólo a la acusación de abstracción, sino que parecía transferirse a la esfera del derecho público, siendo esta una noción de derecho privado, a la cual no se podía dar adecuada fundamentación; mientras que el carácter orgánico que la sociedad y el Estado asumieron en la doctrina moderna, parecía contradecir al voluntarismo, establecido en la concepción contractualista⁷²⁷.

727. Ver PERTICONE, Giacomo, *Diritto Naturale, Teoria Moderna*, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957, pp. 953-958. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio Teoretico del Diritto Naturale*, Torino 1844, TOLOMEO, *Corso Elementare di Diritto Naturale e Razionale*, Padova 1849. Sobre el ius naturalismo ver: BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México 2004, pp. 68-72; por jusnaturalismo se entiende a aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico entiende aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. Mientras que el jusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el jusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. En resumen por jusnaturalismo se entiende la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de *exclusividad* del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista, el positivismo jurídico, monista. Ver también: BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, España 1995, pp. 40-43; se podría decir que la teoría del derecho natural es aquella que considera poder establecer lo que es justo y lo que es injusto, a juzgar por el hecho de que lo que era natural para algunos no lo era para otros, se debería responder que no. Para Kant (y en general para todos los iusnaturalistas modernos) la libertad era natural; pero para Aristóteles la esclavitud era natural. Para Locke la propiedad privada era natural, pero para todos los utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley y a Morely, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de los bienes. Esta diversidad de juicio entre los mismos iusnaturalistas dependía de dos razones fundamentales: 1) El término *naturaleza* es un término genérico que adquiere diferentes significados según la forma como se use. Rousseau ya lo había dicho: “no sin sorpresa y sin asombro se confirma el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los diferentes autores que la tratan”. Entre los más serios escritores apenas se encuentran dos o tres que comparten el mismo criterio; 2) aunque el significado del término fuese unívoco, y todos lo que recurren a él estuviesen de acuerdo en aceptar que algunas tendencias son naturales y otras no, de la comprobación de que una tendencia es natural no se puede deducir un juicio de valor de un juicio de hecho. Hobbes y Mandeville estaban de acuerdo al sostener que una tendencia natural del hombre fuese el instinto utilitario; pero para el primero este instinto llevaba a la destrucción de la sociedad y había que constreñirlo, para Mandeville era ventajoso, y había que darle plena libertad.

Se dice que la fórmula del contractualismo lega al sistema del derecho y el orden social al arbitrio. Pero buscar más allá de la voluntad del hombre una fuente o justificación de orden jurídico, significa eliminar el concepto de hombre y de naturaleza del hombre, o sea la realidad inter subjetiva como sistema de relaciones: en una palabra, como ordenamiento. Sistema y ordenamiento que tiene en sí, como realidad de la vida, la propia y plena justificación; y no atiende ninguna posición anterior a la realidad misma, que es absurda en cada filosofía, que no se apoye en una revelación.

Decir sistema de derecho natural quiere decir sistema de normas puestas por el hombre, razón y voluntad, a la base de su vida asociada; no quiere decir complejo de fenómenos de la naturaleza física, que es extraña a la noción de valores, de deberes, de acciones imperativas.

La historia del derecho natural, es decir la historia de la filosofía del derecho, es la historia de la relación de entre estos conceptos, en base a una típica concepción de realidad de vida. El idealismo y positivismo han sugerido largamente soluciones negativas del problema del derecho natural. Se debe señalar que la historia del iusnaturalismo nos ofrece una línea característica, que es una constante regresión de la teoría que indica en la *naturaleza la fuente principal de todas las reglas positivas*, a la teoría del derecho “de contenido variable”, hasta la concepción nuclear, como un conjunto de principios fundamentales que se desarrolla históricamente. Es interesante analizar la literatura europea, que ha siempre concebido a la ley natural como una síntesis de razón y experiencia, de naturaleza e historia.

Entonces la historia del derecho natural no es la historia de una evasión, sino la revisión continua del problema del derecho, que permanece a lo iusnaturalístico, del derecho justo, y de la adecuación progresiva de los medios jurisprudenciales y técnicos para la traducción de los principios y las normas; en otras palabras la historia del derecho natural es la historia del derecho positivo en su desarrollo, como sistema de valoración típica de la vida asociada.

El regreso del derecho natural, responde siempre al llamado de una exigencia cultural, de una filosofía y de una ideología política que desarrollan o hacen valer en cuanto se desarrollan, el tema fundamental de la liberación del hombre. Es interesante como se puede evocar para la defensa de la propiedad privada o para los privilegios de clase, más o menos considerados arbitrariamente como inherentes a la persona humana.

Es fácil señalar que ninguna de las teorías sobre el derecho natural ha logrado definir el contenido justo de este, una orientación, una forma, que se acerque a la objetividad de las ciencias naturales, y es muy difícil demostrar que el ideal de justicia, en el cual se inspira el iusnaturalismo, sea abstracto y vacío de contenido, o que porten contenidos que nieguen, históricamente el principio de la libertad como un fin de una orientación normativa. Las formas espurias del derecho natural no entran en este discurso.

Ahora afrontaremos el problema de la deducción de los principios fundamentales, a la cual se reduce la noción de derecho al de naturaleza. Según estos principios el derecho natural se presenta como un formalmente justo con un contenido variable. Desde el triunfo del hegelismo y luego del renacimiento de las escuelas en Alemania e Italia, se debe a las equivocaciones sobre el concepto de persona⁷²⁸, que vicia desde la raíz cada construcción moral y jurídica creada. Valor

728.SAVIGNY al tratar el tema de la persona, expone un concepto primitivo, sujeto de derechos, coincide con el concepto de hombre, esta unidad entre los dos conceptos se puede expresar bajo la siguiente fórmula: todo hombre, y solamente el hombre es capaz de poseer derechos. (O conceito de “capacidade de direito” é relativa apenas a possibilidade de ter direitos objetivamente no momento da relação jurídica e não equivale à capacidade de adquiri-los. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, p. 1: «Ogni rapporto giuridico consiste nella relazione di una persona con un'altra persona. Il primo elemento di esso, che richiede un più minuto esame, è la natura delle persone, la reciproca relazione delle quali è capace di formare quel rapporto. Perciò qui si deve rispondere alla questione: Chi può essere soggetto di un rapporto giuridico? Questa questione è relativa alla possibilità di avere diritti, ossia alla capacità giuridica, non alla possibilità di acquistarli, ossia alla capacità di agire, della quale tratteremo più oltre in una delle seguenti sezioni»). Este concepto primitivo de persona, puede recibir dos tipos de modificaciones del derecho positivo, limitativas y extensivas. En primer lugar se puede negar a cualquier hombre, totalmente o en parte, la capacidad de derecho. En

de concreción no tiene, siempre desde el punto de vista. La persona históricamente determinada; envés individualidad concreta, viene transferida al plano del empirismo o de la relatividad, entonces es reducido a una abstracción, o convertida en un sujeto fantástico. Pero el derecho natural es históricamente derecho de la persona, como individuo concreto y definido, no átomo irrelevante, o muñeco elaborado para ser exorcizado.

La concepción de una ley natural se justifica con la existencia de llevar en la doctrina del Estado y del derecho el valor original y fundamental de la persona humana y de colocarlo en el vértice de todo el sistema. De aquí los caracteres de necesidad y absoluto, que terminan por ser anti históricos y arbitrarios, si se refieren al concepto de hombre. El derecho natural es histórico y racional, con contenido constante y con contenido variable, y que se debe de analizar respectivamente el momento formal o al contenido material, a la materia, una materia.

La doctrina pura del derecho, que tanta fortuna ha tenido en el pensamiento jurídico contemporáneo termina con gravitar el sistema del derecho sobre la norma suprema, cuya validez se presupone que la doctrina pura fracasa ante una doctrina iusnaturalista, que reivindica el contenido de la norma, es decir su eficacia derivante, hasta la valoración de su contenido y de su finalidad.

Los derechos a la integridad moral y física, a la defensa legal, a la autonomía, bajo el principio superior de solidaridad entre iguales, son derechos naturales y están codificados, son históricos y racionales, constantes y ciertos como debe de ser la ley, en pleno y continuo desarrollo, como la vida misma y la historia.

La presencia de *principios*, definidos históricamente y doctrinariamente como adecuados a un determinado orden positivo o ideal, es presencia, acción y razón del derecho natural. Estos *ideales*, *principios superiores*, directivos y explicativos, y al mismo tiempo trascendentes más allá de la realidad histórica de donde aparecieron, deben ser considerados como conquistas permanentes y actuales. No son positivaciones en reposo, sino batallas, sin caer en la mitología del iusnaturalismo. Las libertades civiles y especialmente las

segundo lugar, se puede ampliar la capacidad, a algo más allá del hombre, y así artificialmente poder crear una persona jurídica. («*Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formola seguente: Ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Tuttavia questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, limitative ed estensive, già accennate nella formola enunciata. Può cioè, in primo luogo negarsi a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica. Nella presente sezione si devono anzitutto fissare i limiti della persona intesa secondo il suo concetto primitivo o naturale, si devono poi esporre le duplici modificazioni, per le quali nel nostro diritto positivo questo concetto naturale è stato trasformato*»: SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, p. 1 ss. La versión original en la obra de SAVIGNY usa "*Rechtsfähigkeit*" (capacidad de derecho) y "*auf irgend Etwas*" (alguna cosa), que SCIALOJA ha traducido al italiano como "*capacità giuridica*" y "*ente*").

Se observa que el jurista introduce como sinónimo de persona la realidad romana el concepto de sujeto de derecho, e introduce como característica de esta la capacidad de derecho. Al pasar al derecho actual el concepto de persona recibe modificaciones del derecho positivo a través de las limitaciones o ampliaciones de la capacidad del derecho, quebrando su entidad inicial y pasando a coincidir como concepto de hombre. (SAVIGNY distingue los dos momentos de aplicación del derecho romano por las modificaciones del derecho positivo, sin evidenciar que las categorías "*sujeto*" y "*objeto de derecho*", así como el elemento que distingue ("*capacidad jurídica*") su aplicación de los conceptos extraños a la realidad romana. El uso de esos conceptos demuestra lo inadecuado para la realidad y da como resultado su desvirtualización.

Así se observa la desvirtualización de la realidad romana al tratar, por ejemplo, la capacidad de las mujeres, vol. II, p. 5 ss; del esclavizado vol. II, p. 31; de la capacidad jurídica y el hecho dentro del derecho romano vol. VIII p. 166. Estos son apenas algunos ejemplos que se constatan con frecuencia en el "*Sistema del diritto romano attuale*". En ese sentido CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 168 ss.: "*si introduce la nozione di soggetto di diritto, estranea alle fonti e, quel che più conta, inadatta ad afferrare il dato storico, in quanto troppo generica per un lato (implica una astratta soggettività giuridica) e troppo ristretta per l'altro lato (implica una giuridicità 'isolata' dalla religione e dalla morale)*." La capacidad de derecho no es más del hombre, se vuelve un elemento distintivo de la persona, que se divide em dos clases: persona natural y persona jurídica.

libertades constitucionales no pueden considerarse derechos naturales. Sino en el sentido de derechos históricos.

El derecho romano, sea tanto las definiciones teóricas como las aplicaciones prácticas que el *ius naturale* se ha encontrado en las fuentes jurídicas romanas. Era además un concepto desconocido para la jurisprudencia republicana, era en las fuentes jurídicas clásicas, un concepto compuesto por *ius* y *natura*⁷²⁹.

El concepto de *ius naturale*, podría otorgársele al pensamiento griego, en particular a los estoicos, que ya se conocía en Roma a sus filósofos y retóricos y ampliamente utilizado entre otros por Cicerón y Séneca.

4. *Derecho natural moderno*

El derecho natural es la teoría del derecho que nos señala que la existencia de las leyes está dada por la naturaleza y su validez es universal⁷³⁰. Derecho natural es siempre opuesto a derecho positivo, dado por la comunidad política, sociedad, o la nación estado. Las teorías sobre el derecho natural han influenciado profundamente en la evolución del *common law* Inglés, entre los filósofos que influenciaron, podemos mencionar a Santo Tomas de AQUINO, Francisco SUAREZ, Richard HOOKER, Thomas HOBBS, Hugo GROTIUS, Samuel von PUFENDORF y John LOCKE, esta intersección entre derecho positivo y derecho natural ha sido citada como componente en la Declaración de Independencia de Estados Unidos⁷³¹.

Para Tomas DE AQUINO, así como para Aristóteles, hacer filosofía moral es pensar sobre lo que uno debería elegir hacer (y no hacer), considerando la vida como un campo de oportunidades (o no elección de oportunidades)⁷³². Hugo GROTIUS⁷³³ (1583-1645) señala que el derecho natural es “*what God has shown to be his will, that is law*”⁷³⁴. GROTIUS, anuncia su tesis sobre la relación sobre normativa y divinidad, lo que es conocido como “*voluntarist*” por un acto de volición, Dios determina el contenido de todas las categorías normativas, justicia, bondad, etc. John LOCKE, (1632-1704)⁷³⁵, LOCKE, señala que debemos de utilizar la razón para encontrar la verdad, envés de simplemente aceptar la opinión de las autoridades o estar llenos de supersticiones. Él nos señala la importancia de distinguir lo legítimo de lo ilegítimo en el accionar de las instituciones. Lo positivo de LOCKE era el anti autoritarismo que lo podemos apreciar en *An Essay Concerning Human Understanding*.

5. *Conclusiones*

Se pretende demostrar que el concepto de derecho permanece invariable desde la antigüedad, el cual abarcaba todos los aspectos, tales como: derecho entendido como el arte de lo bueno y equitativo, el cual abarca el concepto de derecho anglosajón actual el cual utiliza la equity o el derecho.

729. BURDESE, Alberto, *Ius Naturale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957, pp. 383-385.

730. *International Encyclopedia of the Social Sciences*.

731. Declaración de Independencia del 4 de Julio 1776: “*Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vinculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación. Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”... .

732. BRADLEY, Denis, *Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy*, USA 2005.

733. Grande figura de la filosofía del derecho, teoría política. Escapó de la prisión, político, y sobreviviente de un naufragio, nació el 10 de abril, 1583 en Delft, Holanda, en el domingo de Pascua. Asistente de Johan van Oldenbarnevelt, en la embajada ante la corte real de Francia. Reconocido por el Rey Henry IV como “*the miracle of Holland*”.

734. MILLER, Jon, *Hugo Grotius*, Jon.miller@queensu.ca, 2005.

735. Filósofo inglés, Académico de Oxford e investigador en medicina.

El derecho es visto tanto desde el punto de vista represivo y rector de las conductas de la población, pero además el derecho es un derecho premial, utilizado para otorgar beneficios a los ciudadanos, según su status.

Cabe mencionar que el derecho en algunos países como los países árabes es igual a religión, como lo era en la Roma antigua. Podemos concluir que la influencia romana en las familias del derecho es muy visible, su influencia se puede graficar de acuerdo a la etapa de su evolución, un derecho-religión, derecho premial, derecho equidad, etc.

Entre las diversas acepciones de derecho podemos señalar la del derecho natural aquel que era común a todas las personas y los animales, siendo este derecho el origen del derecho, el inherente a todas las personas, contrapuesto al derecho positivo, dictado por aquel que gobierna una nación, sujeto a las variantes políticas.

CONCEPTO DE IUS EN ROMA

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Ira Parte, Instituta-Digesto, Consejo de Ciento, Barcelona 1889; BIONDO, Biondi, *Ius*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957; CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990; VICO, *Scienza Nova*, Vol I, Nicolini; COCCHIA, *Introduzione Storica allo Studio della Letteratura Latina*; DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, 4ta ed. Cedam, Padova 1994; DUMEZIL, Georges, *La Religione Romana Arcaica, Miti e Leggende*, 2da Ed. Bur, Milano, 2007; CHIAPPINI, Philippe, *Le Droit Sacré*, Dalloz, Paris 2006. CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional en Roma*, en *Veritas* 13, USMP, Lima 2005; FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII; FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884. p. 28. BAVIERA, *I Fetiali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898; BAVIERA, *I Fetiali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898; MOMMSEN, *Rom. Forschungen*; MENDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000; ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973; VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, La Sapienza Editrice, Roma 1988; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7ma ed., Jovene, Napoli 2003; PERTICONE, Giacomo, *Diritto Naturale, Teoria Moderna*, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957; TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio Teoretico del Diritto Naturale*, Torino 1844; TOLOMEO, *Corso Elementare di Diritto Naturale e Razionale*, Padova 1849; BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México 2004; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, España 1995; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II; BURDESE, Alberto, *Ius Naturale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957; BRADLEY, Denis, *Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy*, USA 2005

DERECHO DE GUERRA, ALZADOS EN ARMAS Y TERRORISMO, EVOLUCIÓN Y LEGISLACIÓN

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Derecho de guerra. – 3. Legislación internacional sobre el Derecho de Guerra. – 4. Alzados en Armas. – 5. Terrorismo. – 6. Conclusiones.

1. Introducción

La presente investigación tiene como objetivo analizar el concepto de guerra en el derecho internacional, estudiando su origen, evolución, normatividad y las deformaciones a lo largo de la historia, así como las otras formas de guerra, aquellas no justas como la de los alzados en armas y la de los terroristas.

2. Derecho de Guerra

La palabra guerra⁷³⁶ proviene del latín *bellum*, utilizada por los autores antiguos en significado negativo, derivada de la forma arcaica *duellum*⁷³⁷. Dos doctrinas básicas y contradictorias en cuanto a su uso, la primera es la de la hostilidad natural y la segunda la de la paz perpetua. La teoría de la hostilidad natural nos señala que el estado natural de los pueblos era la guerra, la teoría de la paz perpetua nos señalaba que la guerra era una ruptura de las relaciones naturales pacíficas entre los pueblos, donde debía de existir una causa justa, *bellum iustum*, para declarar la guerra. Por el otro

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

736. La guerra constituye la lucha armada entre Estados, es un hecho internacional, interestatal. A diferencia de la guerra civil o de una acción armada contra insurrectos o piratas, implica una lucha de fuerzas públicas y, en consecuencia, aparece como una relación de Estado a Estado. La guerra utiliza medios reglamentados de derecho internacional y tiende a hacer prevalecer un punto de vista político o más exactamente, un punto de vista nacional. Véase: ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona 1966, pp. 541-546. PODESTÀ COSTA, Ruda, *Derecho Internacional Público*, T. II, Tea, Buenos Aires 1985, pp. 475-501. PLANAS SUAREZ, Simon, *Derecho Internacional Público*, Vol., II, Hijos de Reus, Madrid 1916, pp. 9-15. La guerra es el estado anormal de hostilidad que substituye a las relaciones de buena armonía de Estado a Estado o entre conciudadanos pertenecientes a partidos políticos diferentes, y tiene por objeto conquistar por la fuerza de las armas lo que no se ha podido obtener por las vías pacíficas y amistosas. CASSE, Antonio, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 346-349. Actualmente, l'art. 2.4. della Carta delle Nazioni Unite, e la corrispondente norma consuetudinaria vietano la minaccia e l'uso della forza sia contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica degli Stati, sia, in ogni altro modo che risulti incompatibile con i fini delle Nazioni Unite. La rappresaglia è quindi diventata il metodo più utilizzato per l'attuazione coercitiva delle norme internazionali.

737. La derivación *bellum* de *duellum* es atestada por Cicerón, orat, 153: *Hoc idem nostri saepius non tulissent quod Graeci laudare etiam solent Sed quid ego vocalis? Sine vocalibus saepe brevitatis, causa contrahebant, ut ita dicerent: multi' modis in vas' agenteis palm cinibus, tecti fractis. Quid vero licentius quam quod hominum etiam nomina contrahebant quo essent aptiora? Nam ut duellum bellum et dvis bis, sic Duellium eum qui Poenos clase devicit Bellium nominaverunt, cum superiores appellati essent Semper Duelli. Quin etiam verba saepe contrahuntur non usus causa sed aurium; Quintiliano, inst. 1.4.15: Sed quoque in locum aliarum dedemus aliquando unde "Burrus" et Bruges" et "Belena". Nec non eadem fecit ex duello benum unde Duellios quidam dicere Belios ausi quid stlocum stlites que.*

Veamos lo señalado en Isidoro, *diff.* 1.563: *Bellum est contra hostes exortum tumultus vero domestica appellatione concitatus. Hic et seditio nuncupatur.* O Servio, en *Verg. Aen.* 8.547: *Qui sese in bella sequantur in expeditionem et bellicam praeparationem: nam, ut supra diximus "bellum" est tempus omne quo vel praeparatur aliquid pugnae necessarium, vel quo pugna geritur, proelium autem dicitur conflictus ipse bellorum: unde modo bene dixit que sese in bella sequantur non in proelium; nam ad auxilia petenda vadit, non ad pugnam.*

En el derecho actual se señala que la guerra internacional es la lucha armada entre dos o más Estados que se lanzan a dirimir por medio de la fuerza una grave cuestión o conflicto que los separa. La guerra internacional origina ciertos derechos y deberes recíprocos entre los Estados beligerantes y también entre éstos y los Estados que permanecen fuera de la contienda armada. Este conjunto de derecho y deberes constituye el estado de guerra y todo ello interesa al derecho internacional.

lado podemos mencionar sobre la teoría de la hostilidad natural que la guerra era común y formal, siguiendo la normatividad sobre la declaración de guerra. La guerra⁷³⁸, según la concepción romana, era considerada como un verdadero procedimiento judicial que se combatía entre dos ejércitos. Los mismos criterios, las mismas expresiones que para las cuestiones de derecho privado⁷³⁹.

En el periodo helénico una guerra iniciada, que toma al enemigo por sorpresa fue vista como impropia y sucedía raramente. Es universalmente aceptado que tal proceso de declaración de guerra fue realizado por los feaciales⁷⁴⁰. La posición de Livio sería distinta, según él el *feudus* era el tratado confirmado por los feaciales⁷⁴¹.

Livio, 9.5.1 (*Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.*) 1.24.3.

Según la ciencia antigua no se podía combatir un *bellum iustum et pius*, quiere decir, conforme a las reglas internacionales ni ser asistidos por la protección de los dioses, si no eran observadas en la declaración de guerra, los ritos tradicionales⁷⁴².

La ceremonia de la *indictio belli*⁷⁴³, de la cual era parte esencial la declaración solemne del buen derecho del pueblo romano; debía en Roma estar precedida por un rito solemne en el cual uno de los feaciales venía investido de la función de *pater patratus*, portavoz de la comisión enviada a cumplir la *indictio*⁷⁴⁴.

738. Ver ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981.

739. FUSINATO, op. cit., p.44

740. RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976, p. 56. Véase también OLGIVE, *A Commentary on Livy Books, I-V* (1965), pp. 127-136

Desde la Conferencia del Haya de 18 de octubre de 1907 se señala que para iniciar las hostilidades debe dar aviso previo e inequívoco, bajo la declaración de guerra motivada o de un ultimátum con declaración de guerra condicional, debiendo terminar con un tratado de paz, el cual puede ir precedido de unos preliminares de paz, obligatorios a ambos beligerantes. La simple interrupción de la lucha por una sola de las partes no pone, por el contrario, fin a la guerra, ya que el restablecimiento del estado de paz requiere la voluntad de ambas partes. Ver: VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid 1974, pp. 359-361

741. Los feaciales eran sacerdotes; y como todo *elius sacrum*, también el *ius fetiale* estaba constituido por formulas, por ritos, por solemnidades, de ceremonias que el pueblo Romano, por rígidos preceptos religiosos sostenedores, que debían de observar para declarar la guerra o para establecer la paz. Y como en las Doce tablas no estaba escrito el derecho pontificio o el derecho augural, pero ambos estaban consagrados en libros secretos, así podemos asegurar con seguridad que todas las fórmulas y ritos que constituían el derecho feacial, estaban recogidas en libros religiosos especiales (libros y comentarios), confiados al cuidado del colegio de los feaciales, el cual probablemente tenía el encargo de llevar nota de todos los tratados que Roma contraía con otros Estados, véase: FUSINATO, Op. Cit. 34 p; Extraño ver que los feaciales no vienen mencionados por OLGIVE, *Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*, Chatto & Windus, London 1969.

Eran nombrados de por vida por (*cooptatio*) y elegidos entre las mejores familias patricias y luego de la ley Ogulnia también se le dio oportunidad a los plebeyos de acceder a éste cargo, Ver MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I, p. 115. Lo contrario es sostenido por Weiss en Daremberg-Saglio, 2,2, (*Fetiales*)), insistiendo en el carácter típicamente patricio de ésta magistratura, Ver FERRARI, Op. Cit. V, p.2 55. Los feaciales como los otros sacerdotes romanos eran honorados y poseían santidad e inviolabilidad también fuera del territorio patrio, ver FUSINATO, op. cit., p. 37: *sacrum etiam inter exterarum gentes legatorum ius*, ver Tacito, Ann., III, 80. Estaban presididos por un *pater patratus*, de carácter duradero y perpetuo, como el del *pontifex maximus* en el colegio de los pontefices, como el magister de los Salii y de los Hermanos Arvales, como el de la *virgo vestalis maxima* entre las vestales, ver FUSINATO, op. cit., p. 39. Él era el encargado de la consagración del *foedus* y de la declaración de guerra, también le eran reservadas atribuciones especiales, entre las cuales la representación del pueblo romano. Respecto a su etimología algunos la explican como el *pater familias* representaba a sus hijos, así el *pater* al pueblo de Roma: *patratus* estaría a indicar la consagración de ésta paternidad artificial, ver BAVIERA, Op. Cit. 13 p, citando a Lange, pp. 13-265. Otros señalan que *patrare* proviene de sancir, que indica la misión de los feaciales de consagrar o de un *nuntium*, en relación a la misión asignada, ver Livius, 38.3.8. Para profundizar sobre el tema de los feaciales véase: CATALANO, Pierangelo, *Linee del Sistema Sovranazionale Romano*, Torino 1965, p. 8 ss. FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell' Antico Diritto Romano*, (SDHI) Roma 1939, V, p. 161 ss.

742. De FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Estratto dai Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Archeologia, V. XXVII, 1952-54, p. 193

743. Sobre la *indictio belli* ver DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaïque*, Paris 1966, pp. 211-382

744. Sobre la *indictio* ver CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Totino 1970, p.118

El primer acto es la intimación (*clarigatio*)⁷⁴⁵, hecha por el *pater patratus*⁷⁴⁶ al enemigo a restituir las cosas sustraídas o de reparar las ofensas cometidas al pueblo romano. Éste acto debía de cumplirse *ad fines* del enemigo (Livio 1.32.6)⁷⁴⁷.

Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo - lanae velamen est - "Audi, Iuppiter," inquit; "audite, fines" - cuiuscumque gentis sunt nominat; - "audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit." Peragit deinde postulata; Júpiter era siempre invocado a testimoniar el acto.

A partir de este punto decorría un periodo de treinta días⁷⁴⁸ concedidos al enemigo para darle tiempo de satisfacer los pedidos del pueblo romano. Vencido el tiempo, debía acudir nuevamente a la frontera del enemigo y allí invocar, (Livio 1.32.9)⁷⁴⁹, *Iupiter, Ianus, Quirinus diique omnes coelestes, terrestres, inferni, declarar que el pueblo iniustum esse neque ius persolvere.*

En la *contestatio* sucesiva, se invocaba tanto a Jupiter como a Ianus Quirinus y todas las otras divinidades a ser testigos y jueces de la conducta inequa del adversario. Solo luego que se ha realizado este colegamento entre los romanos y las divinidades que dominan los eventos y que pueden favorecer al buen éxito del conflicto, es posible llegar a la declaración de un *bellum iustum ac pium*.

Luego de la solemne *contestatio*, le toca al senado deliberar si se debería declarar la guerra. Si el senado se decidía por la guerra, el *pater patratus* debía nuevamente recarse a la frontera enemiga con una lanza de fierro, o con un asta de madera con la punta endurecida en el fuego (muestra de lo primitivo del rito), manchada con sangre, y luego de una solemne declaración (*clarigatio*) de guerra, debía para iniciar la hostilidad, lanzarla al territorio enemigo⁷⁵⁰. El tirar la lanza en el territorio enemigo era un acto concreto y unívoco del inicio de las hostilidades.

Luego de la guerra viene la *deditio*, un instituto del derecho de guerra antiguo de los pueblos itálicos, el cual sirvió para la conquista y la construcción de un dominio mundial. Roma utilizó a las fuerzas vencidas y respetó su autonomía, disciplinada y puesta en armonía con las exigencias generales. El efecto capital de la *deditio* es aquel de hacer cesar la acción de guerra. La violencia del ejército vencedor se transformaba en la *potestas* adquirida por el pueblo vencedor, subyugando el derecho del vencido a su arbitrio, cuando la *deditio* se completaba⁷⁵¹.

La guerra, en la concepción jurídica religiosa romana se presenta siempre como una rotura de la pacífica naturalidad de las relaciones entre los pueblos⁷⁵².

La difusión del Cristianismo trajo consigo una nueva resurrección del problema de la guerra y de la paz al vencer los demonios que mueven a la guerra y perturba la paz. Entre los problemas que trajo el Cristianismo podemos mencionar: el no portar armas, porque su servicio era la justicia, la prohibición de matar, para esto no existe la menor excepción visto que es un mandato divino⁷⁵³.

2.1. Edad Media

745. Sobre la *clarigatio* ver DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetitio e l'Istituto Parallelo dell'Antica Procedura Civile Romana*, IURA, *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955, pp. 31-46; Ver también ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980, pp. 12-16.

746. CICERON, *De Off.* I, II, 36

747. Sobre este punto ver también DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966, pp. 101-103.

748. PIERANTONI, op. cit. p. 295

749. (*Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta - tot enim sollemnes sunt - peractis bellum ita indicit*).

750. DE FRANCISCI, op. cit. p. 195

751. Sobre la *deditio* ver PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941; PUGLIESI, *Spunti sulla Deditio dell'Accusato di Illeciti Internazionali*, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974.

752. SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991, p. 27

753. Ver: TOMBERG, Valentin, *La Problemática del Derecho Internacional a través de la Historia*, Bosch, Barcelona, pp. 29-34. Sobre las características de la guerra por los cristianos véase: TERTULIANO, *Contra Celsum*, VII, 73.

En la Edad Media era posible la guerra privada, esto es, la lucha armada entre señores feudales que, no obstante reconocer un soberano común, disponían de suficiente autonomía para dirimir sus antagonismos por medio de las armas. A partir del siglo XV, concentrado el poder en manos de una autoridad central con dominio más extenso y efectivo, establecida la noción del Estado, esas guerras han desaparecido: la lucha armada entre individuos o bandas ha pasado a ser un delito que el Estado reprime. En la vida internacional no se ha llegado a una situación semejante: por encima de todos los Estados no se ha implantado un modo efectivo una autoridad superior que pueda evitar toda guerra, que la castigue siempre como un delito.

Hacia fines del siglo XVIII se enuncio la idea de que la guerra es una contienda entre fuerzas armadas de los beligerantes; no constituye una relación de hombre a hombre sino de Estado a Estado y, por lo tanto no debe dirigirse contra la persona o los bienes de los civiles, pues ellos no participan en las hostilidades⁷⁵⁴.

Hasta comienzos del siglo XIX el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, incluyendo la guerra, no estaba prohibida por el derecho internacional clásico. Cada Estado, en lo que se entendía como una manifestación normal de su soberanía, podía recurrir al uso de la fuerza, sin violar las reglas del derecho internacional⁷⁵⁵.

A comienzos del siglo XX comenzó el movimiento de ideas para declarar la ilegalidad del uso de la fuerza, revirtiendo la situación existente. La doctrina Drago, la cual transita el camino de la ilicitud del uso de la fuerza en el cobro compulsivo de la deuda, declarándola contraria

754. Norma introducida por Rousseau que las expuso en el *Contrato social* (1762) el cual significó una reacción con respecto a las prácticas seguidas tanto en la antigüedad como en la Edad Media y al menos hasta la guerra de Treinta Años. Los anglosajones no la adoptaron integralmente; aunque entendieron que los civiles no debían ser atacados directamente con las armas, consideraban que era menester tratarles como a enemigos en cuanto ellos pudieran beneficiar a su país con su comercio o con sus bienes; véase PODESTÁ COSTA, Ruda, *Derecho Internacional Público*, T. 2, Tea, Buenos Aires 1985, pp. 475-479

El derecho de guerra da origen al Derecho Internacional Humanitario, *International Humanitarian Law*: Can be defined as the branch of international law limiting the use of violence in armed conflicts by: a) sparing who do not, (For example civilians) or no longer, (For example, those who have surrendered, in international armed conflicts, prisoners of war, or can no longer participate, such as the wounded or sick) directly (If International Humanitarian Law wants to protect anyone, it cannot consider merely any causal contribution to the war effort as participation, but only the contribution implementing the final element in the causality chain, i.e., the application of military violence) participate in hostilities; b) limiting the violence to the amount necessary to achieve the aim of the conflict, which can be, independently of the causes fought for (The State fighting in self-defense has only to weaken the military potential of the aggressor sufficiently to preserve its Independence; the aggressor has only to weaken the military potential of the defender sufficiently to impose its political will; the governmental forces involved in a non international armed conflict have only to overcome the armed rebellion and dissident fighters have only to overcome the control of the country, or parts of it, if they want), only to weaken the military potential enemy (In order to win the war it is not necessary to kill enemy soldiers; it is sufficient to capture them or to make them otherwise surrender. It is not necessary to harm civilians, only combatants. It is not necessary to destroy the enemy country, but only to occupy it. It is not necessary to destroy civilian infrastructure, but only objects contributing to military resistance).

Entre los principios podemos mencionar: a) the distinction between civilians and combatants; b) the prohibition to attack those hors the combat; c) the prohibition to inflict unnecessary suffering; d) the principle of necessity; and e) the principle of proportionality. Pero tambien señalamos sus límites: a) it does not prohibit the use of violence; b) it cannot protect all those affected by armed conflicts; c) it cannot distinguish according to the purpose of the conflicts; d) it cannot prohibit the party to overcome the enemy; e) IHL, presupposes that parties to an armed conflict have rational aims. Sobre el Derecho Internacional Humanitario ver: SASSOLI, Marco, BOUVIER, Antoine, *How Does Law Protect in War?* ICRC, 2nd. Ed., Vol. I, Geneva 2006

755. Los teólogos y canonistas católicos San Agustín, San Isidoro, Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Francisco Suarez se empeñaron desde el siglo V hasta el siglo XVI en señalar cuándo la guerra era justa. Se entendía como tal la que tenía por objeto el hacer prevalecer una pretensión legítima. La distinción entre guerras justas e injustas fue también sostenida por los partidarios del derecho natural; pero el derecho internacional clásico no aceptó dicha distinción. Era legítima aquella guerra que comenzaba lealmente con una declaración de guerra anterior a las hostilidades. Aunque los Estados invocaban motivos jurídicos para justificar, desde el punto de vista jurídico necesario. En el derecho romano antiguo, era justa la guerra que era seguida conforme al *ius*, vale decir al procedimiento legal pre establecido, visto que esta no podía realizarse de manera sorpresiva, sino mediante el cumplimiento de los rituales predeterminados.

al derecho internacional. La Segunda Convención de La Haya de 1907, modificó la *doctrina Drago* con la *Enmienda Porter*. Hasta la firma del Pacto de la Sociedad de las Naciones, en 1919, la guerra era un instrumento legítimo de política nacional. A partir del Pacto se inicia a delinear la idea de ilegalidad del recurso de la guerra. Señalaba ilegal el recurso de la guerra en violación⁷⁵⁶.

En 1928 se celebra el *Pacto Briand-Kellogg* por el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia y el Secretario de Estado de EEUU, en este documento se condena por primera vez el recurso de la guerra como instrumento de política nacional⁷⁵⁷.

En el ámbito Sudamericano podemos mencionar el Pacto anti bélico Sudamericano (Pacto Saavedra Lamas, Rio de Janerio 1933).

Un gran paso ante la negación al uso de la guerra es la Carta de las Naciones Unidas.

3. *Legislación internacional sobre el Derecho de Guerra*

La fuente más antigua sobre el derecho internacional es la costumbre. La sentencia del Tribunal de Nuremberg el 1ro de octubre de 1946, nos señala que las reglas de la guerra terrestre fueron reconocidas por todas las leyes y costumbres de la guerra. Entre los principales tratados sobre el Derecho de Guerra podemos señalar:

a) Declaraciones del derecho marítimo de París de 16 de abril de 1856; b) Convenio de Ginebra, de 22 de agosto de 1864, renovado por el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906 (Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña); c) Declaración de San Petersburgo, de 29 de noviembre y 11 de diciembre de 1868; d) Declaración de la Haya de 1899: 1) sobre prohibición de emplear proyectiles con gases asfixiantes o tóxicos, y 2) sobre la prohibición de proyectiles que se dilatan fácilmente en el cuerpo humano (balas dumdum); e) Los convenios de la Haya, relativos a las leyes y uso de guerra terrestre, de 29 de julio y 18 de octubre de 1907, con el reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; f) El VI Convenio de la Haya relativos a la transformación de minas submarinas automáticas de contacto, de 18 de octubre de 1907; g) el VII Convenio de La Haya, relativo a la transformación de buques mercantes en buques de guerra, de 18 de octubre de 1907; h) El X Convenio de la Haya para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra, de 18 de octubre de 1907; i) El Convenio de la Haya, relativo a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima, de 18 de octubre de 1907; j) El protocolo de Ginebra, sobre prohibición de la guerra química y bacteriológica, de 17 de junio de 1925; k) El Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos de campaña, de 27 de julio de 1929; l) El Convenio de Ginebra, relativo al tratado de prisioneros de guerra, también de 27 de julio de 1929; m) El Protocolo de Londres, de 6 de noviembre de 1936, sobre la guerra submarina; n) El Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; o) Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra; p) Convenio de Ginebra, relativo a la protección de las personas civiles.

El estallido de la guerra interrumpe todas las relaciones pacíficas entre los beligerantes. Se suspenden los tratados bilaterales existentes entre los beligerantes y que regulan sus relaciones pacíficas para aplicarse los convenios que regulan los hechos y situaciones de la guerra (tratados de guerra). El

756. Pacto de la Sociedad de las Naciones art. 10 señala: “los miembros de la Sociedad se obligan a respetar y a preservar contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política existente de todos los miembros de la Sociedad. En caso de alguna agresión, o de una amenaza o de un peligro de agresión, el Consejo aconsejará los medios por los cuales se dará cumpliendo a esta obligación”, el art. 12 establecía: “los Miembros de la Sociedad convienen en que si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura someterán el asunto al arbitraje o al arreglo judicial o a la encuesta del Consejo, conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o la decisión judicial o el informe por el Consejo”.

757. Pacto Briand-Kellogg también llamado *Tratado de Renuncia a la Guerra* establecía: “Las Altas Partes contratantes, en nombre de sus respectivos pueblos, declaran solemnemente que condenan el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales, y renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”.

desarrollo de la guerra interrumpe las relaciones diplomáticas y consulares entre las partes en guerra, un súbdito de ellas en territorio enemigo solo puede ser protegido por un Estado neutral. La protección de edificios y archivos diplomáticos suele confiarse a un tercer Estado⁷⁵⁸.

4. *Alzados en armas*

Se designa con este nombre a los grupos armados de la población de un Estado que persiguen atacar al gobierno central, con la finalidad de constituir un Estado soberano con parte del territorio del Estado, o cambiar la estructura socioeconómica del Estado, o simplemente persiguen cambiar a los gobernantes (los golpes de Estado). Estos grupos carecen de personalidad jurídica internacional, pero provocan problemas internacionales, pues pueden afectar los bienes de los extranjeros y a los propios extranjeros así como las relaciones con los Estados. En todo caso son destinatarios de normas internacionales⁷⁵⁹.

El levantamiento de parte de la población contra el gobierno establecido es un asunto de jurisdicción interna si dicho gobierno controla la situación y responde por los daños causados a otros Estados. Pero si el levantamiento adquiere el control sobre parte del territorio, establece un gobierno con una máquina administrativa rudimentaria, posee cierta capacidad militar y conduce las operaciones de acuerdo con las leyes de la guerra, se les reconoce como comunidad beligerante capacidad como sujeto de derecho internacional para administrar el área bajo control y comprometer su responsabilidad internacional⁷⁶⁰.

5. *Terrorismo*

Debemos de señalar que el terrorismo es una guerra no convencional o guerra no justa en la cual un grupo de personas pretende desestabilizar al gobierno, pero utiliza mecanismos prohibidos⁷⁶¹. Es aquel grupo de personas que pelea una guerra injusta, no acorde al derecho,

758. MONROY CABRA, Marco, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá 2002, pp. 589-593

759. GARCÍA MONTUFAR, Guillermo, FRANCISCOVIC, Militza, *Apuntes de Derecho Internacional Público*, USMP, Lima 1997, p. 4

760. PODESTÁ COSTA, Ruda, *Derecho Internacional Público*, T. I, Tea, Buenos Aires 1985, pp. 57-58. Este estado de cosas debe de ser reconocidos por el gobierno legítimo o por los Estados o por las organizaciones internacionales. El gobierno establecido efectúa el reconocimiento a efectos de evitar responsabilidad internacional por las áreas que no controla. Los Estados terceros reconocen la beligerancia para proteger los intereses de sus nacionales en territorio insurrecto y beneficiarse con el status de neutral. Los beligerantes, a su vez, quedan amparados por las leyes de la guerra y su gobierno es considerado por los terceros Estados en un plano de igualdad con el gobierno preestablecido. De lo expuesto podemos señalar que los movimientos terroristas peruanos, el MRTA y Sendero Luminoso no cumplen con las características para ser considerados alzados armados en armas, por ende lo señalado por la Comisión de la Verdad y los informes de el Ejército Peruano que equivocan los conceptos, creando expectativas en estos grupos terroristas.

761. Ver: Yoo, John, *War, Responsibility, and the Age of Terrorism*, UC Berkeley School of Law, SSRN, California 2004, pp. 124-125. Terrorist attacks are more difficult to detect and prevent due to the unconventional nature of their operations. Al Qaeda terrorists, for example, blend into civilian population, use the channels of open societies to transport personnel, material, and money, and then target civilians with the object of causing massive casualties. Terrorist like al Qaeda seek to acquire WMDs, are less likely to be reluctant to use them, and, since they have no population or territory to defend, and may be immune to traditional concepts of deterrence. Terrorism of this kind may require that the nations use preemptive force well before a terrorist attack might materialize. Ver también: KHAN, Ali, *A Legal Theory of International Terrorism*, 19 Connecticut Law Review 1987, pp. 3-6. Terrorism sprouts from the experience of aggrieved groups. These aggrieved groups share two essential characteristics: they have specific political objectives, and they believe that violence is an inevitable means to achieve their political ends. The political dimension of terrorist violence is the key factor that distinguishes it from other crimes. It is hard to dispute that the nature and effect of terrorist actions are similar to violent crimes and that good moral reasons therefore exist to treat them alike. Yet, a politically aggrieved group should not be confused with a mere gang of criminals. Furthermore, even though the political objectives sought by an aggrieved group are not always legitimate, members of the group share the perception that their grievances have

sea por su calidad de sujeto, o por la forma en que pelea la guerra. Por su calidad no es sujeto de derecho internacional, y ni siquiera pelea como un alzado en armas, quien pelea respetando las reglas del derecho internacional de guerra. El terrorista pelea de manera subversiva o subrepticia, sin respetar las reglas de guerra⁷⁶².

Luego del 11 de septiembre del 2001⁷⁶³ inicia la persecución anticipada en casos de terrorismo⁷⁶⁴, para una mejor ubicación y captura de los miembros de organizaciones terroristas por parte de los Estados, adelantando el *iter críminis*, es el caso de los productos que pueden ser llevados en los aviones, etc.

Entre los principales grupos terroristas a nivel mundial podemos señalar: a) Hezbollah; b) Mujahedin-e Khalq; c) Palestinian Islamic Jihad d) Al Qaeda; e) Eta; f) Ira; g) Eln; h) Farc; i) Sendero Luminoso; j) MRTA, etc.

6. Conclusiones

Podemos concluir que el Estado natural de las personas era el de la hostilidad natural, donde existía la lucha de todos contra todos, una vez creados los Estados continuaba la hostilidad natural contra los ciudadanos extranjeros o peregrinos u hostis. La relación entre Estados era normal en el Derecho de Guerra, para suspenderla se firmaban treguas o treguas.

Las guerras deben de pelearse conforme al *ius* como se realiza actualmente, aquellos que pelean fuera del *ius* se encuentran inmersos fuera del alcance de la normatividad internacional, entre ellos podemos mencionar a los terroristas, quienes realizan una guerra prohibida y por este motivo no obtienen reconocimiento internacional. Los alzados en armas poseen reconocimiento internacional por pelear la guerra según el *ius*, y por cumplir este entre otros requisitos pueden luego convertirse en partidos políticos como lo hizo el M19.

 been ignored. This shared perception helps to define an aggrieved group. Aggrieved groups responsible for international terrorism belong to diverse regions, religions, nationalities and ideologies. Likewise, their political objectives vary. Some are fighting against occupation, foreign domination, and racist regimes. Others use violence to extract political concessions from their home state. Still others resort to violence in order to modify social, economic, military or foreign policies of their home state and, at times, those of a foreign state. Thus, each group may present a unique political disorder.

762 Debemos de señalar que el terrorismo tiene efectos en los mercados financieros, los cuales sufren la inestabilidad, al igual que todo el esquema legal de la seguridad jurídica. Ver CHESNEY, Marc, RESHETAR, Ganna, *The Impact of Terrorism on Financial Markets: An Empirical Study*, Swiss Banking Institute, University of Zurich, November 17, 2007. Así también existen autores que aplican la microeconomía al terrorismo. Ver ANDERTON, Charles, CARTER, John, *Applying Intermediate Microeconomics to Terrorism*, College of the Holy Cross, Worcester, MA 2004.

763 Significant examples from the pre 9/11 era include the prosecutions of a number of individuals for an array of plots including the 1993 World Trade Center bombing, the planned "Day of Terror" bombing campaign in New York City, and other planned attacks (*United States v. Yousef*, 2003; *United States v. Rahman*, 1999; *United States v. Salameh*, 1998), and also of Timothy Mc Veigh in connection with the bombing of the Murrah Federal Building in Oklahoma City in 1995 (*United States v. Mc Veigh*, 1998). About the post 9/11 see: *United States v. Moussaoui*, 2004; *United States v. Reid*, 2002 and *United States v. Nettles*, 2005.

764 CHESNEY, Robert, *Anticipatory Prosecution in Terrorism Related Cases*, Wake Forest University Research Paper Series, RP n. 944117, Nov. 10, 2006. Ver también: FREY, Bruno, LUECHINGER, Simon, STUTZER, Alois, *Calculating Tragedy: Assessing the Cost of Terrorism*, CESifo Working Paper n. 1341, November 2004. BROWN, Jeffrey, CUMMINS, David, LEWIS, Christopher, *An Empirical Analysis of the Economic Impact of Federal Terrorism Reinsurance*, Carnegie-Rochester Conference on Public Policy Macroeconomics of Terrorism, March 2004. Ver también: GAROUPA, Nuno, KLUICK, Jonathan, PARISI, Francesco, *A Law and Economics Perspective on Terrorism*, SSRN.

DERECHO DE GUERRA, ALZADOS EN ARMAS Y TERRORISMO, EVOLUCIÓN Y LEGISLACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona 1966; PODESTÁ COSTA, Ruda, *Derecho Internacional Público*, T., II, Tea, Buenos Aires 1985; PLANAS SUAREZ, Simón, *Derecho Internacional Público*, Vol., II, Hijos de Reus, Madrid 1916; CASSESE, Antonio, *Diritto Internazionale*, Il Mulino, Bologna 2003; ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981; VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid 1974; MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I; FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884; FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII; CATALANO, Pierangelo, *Linee del Sistema Sovranazionale Romano*, Torino 1965; FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano*, (SDHI) Roma 1939; DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Estratto dai Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Arqueología, V. XXVII, 1952-54; DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaïque*, Paris 1966; CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970; DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetito e l'Istituto Parallelo dell'Antica Procedura Civile Romana*, IURA, *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955; CICERON, *De Off.* I, II; PIERANTONI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Roma 1881; PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941; PUGLIESI, *Spunti sulla Deditio dell'Accusato di Illeciti Internazionali*, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974; SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991; TOMBERG, Valentin, *La Problemática del Derecho Internacional a través de la Historia*, Bosch, Barcelona; TERTULIANO, *Contra Celsum*, VII, 73; MONROY CABRA, Marco, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá 2002; SASSOLI, Marco, BOUVIER, Antoine, *How Does Law Protect in War?* ICRC, 2nd. Ed., Vol. I, Geneva 2006; GARCÍA MONTUFAR, Guillermo, FRANCISCOVIC, Militza, *Apuntes de Derecho Internacional Público*, USMP, Lima 1997; YOO, John, *War, Responsibility, and the Age of Terrorism*, UC Berkeley School of Law, SSRN, California 2004; KHAN, Ali, *A Legal Theory of International Terrorism*, 19 Connecticut Law Review 1987; CHESNEY, Marc, RESHETAR, Ganna, *The Impact of Terrorism on Financial Markets: An Empirical Study*, Swiss Banking Institute, University of Zurich, November 17, 2007; ANDERTON, Charles, CARTER, John, *Applying Intermediate Microeconomics to Terrorism*, College of the Holy Cross, Worcester, MA 2004; CHESNEY, Robert, *Anticipatory Prosecution in Terrorism Related Cases*, Wake Forest University Research Paper Series, RP n. 944117, Nov. 10, 2006; FREY, Bruno, LUECHINGER, Simon, STUTZER, Alois, *Calculating Tragedy: Assessing the Cost of Terrorism*, CESifo Working Paper n. 1341, November 2004; BROWN, Jeffrey, CUMMINS, David, LEWIS, Christopher, *An Empirical Analysis of the Economic Impact of Federal Terrorism Reinsurance*, Carnegie-Rochester Conference on Public Policy Macroeconomics of Terrorism, March 2004; GAROUPA, Nuno, KLINK, Jonathan, PARISI, Francesco, *A Law and Economics Perspective on Terrorism*, SSRN.

BIBLIOGRAFÍA

- 13 TOUROLR 191 *Touro Law Review: Can New York's New Commercial Division Resolve Business Disputes*, Fall, 1996 (Approx. 8 pages) *Touro Law Review* Fall, 1996.
- 18 JLCOM 415 *Journal of Law and Commerce, Getting Down to Business-Pennsylvania Must Create a Business Court*, *Journal of Law and Commerce* Spring, 1999.
- 42-JUN Trial 50. Trial June, 2006 *Business Litigation*.
- 52 Bus. Law. 947. *Business Lawyer* May, 1997 *Report Business Courts: Towards a More Efficient Judiciary Ad Hoc Committee on Business courts*.
- 52 Bus. Law. 947 (1997) Tim DIBBLE and Geoff GALLAS, *Best Practices in U.S. Business Courts, Court Manager*, Vol. 19, Issue 2, 2004.
- 52 USLAW 947, *Business Lawyer*, *Business Courts: Towards a More Efficient Judiciary*, May, 1997. 6 N.C. Banking Inst. 367 North Carolina Banking Institute April, 2002.
- N.C. Banking Inst. 367. North Carolina Banking Institute April, 2002 *Notes & Comments The North Carolina Business Court: North Carolina's Special Superior Court for Complex Business Cases* Carrie A. O'Brien.
- 42-SEP Trial 8. Trial September, 2006 Department: *The Business of Business Courts*.
- 60 Bus. Law. 147 (2004) ("*Business Court History*").
- *A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, June 2007.
- *A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report n. 40190-PE, 2007.
- ABA Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*.
- Ad Hoc Committee on Business Courts, *Towards a More Efficient Judiciary*, en 52 BUSLAW 957, *Business Lawyer*, May 1997.
- ADCOCK, Mike, *UE GMO Legislation*, February 2006.
- ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980.
- American Bar Association, "*Establishing Business Courts in Your State*", 2006, USA.
- *Analysts View on the Peruvian Economy*, Perú May 2007, Proinversión.
- *Andean Aenvironmental Agenda 2006-2010*, Comunidad Andina, 2nd Version, August 2007.
- ANDERTON, Charles, CARTER, John, *Applying Intermediate Microeconomics to Terrorism*, College of the Holy Cross, Worcester, MA 2004;
- APPLEBAUM, Lee, ORLINAKY, Eric, BROWN, Damon, BACH, Mitchell, SCHAEFFER, Jason, BOLAND, Beth, BIGELOW, Brandon, SMOLEY, Lewis, *Business Courts*.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7ma ed., Jovene, Napoli 2003;
- ARISTÓTELES, *Ethicorum ad Nicomachum*, lib. X, Leipzig, 1881.
- AZZALI, Stefano, *lo sviluppo della mediazione in Italia ed il modello offerto dalle Camere di Commercio*, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008.
- BACH, Mitchell L & APPLEBAUM, Lee, *A History of the creation of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*. 60 Bus. Law. 147, *Business Lawyer*, November, 2004 Article.
- BAIL, Christoph, FALKNER, Robert, MARQUARD, Helen, *The Cartagena Protocol on Biosafety*, Earthscan, London 2002.
- BAKER, H., *An Introduction to English Legal History*, II ed., 1979.
- BALOTTI, Franklin y BRANDEL, Roland, *Business Bench Are Special Courts of the Future?*,

- Business Law Today, January/February, 1995.
- BALOTTI, R. Franklin & BRANDEL, Roland E, *Business Bench Are Special Courts for the Future?* 4-FEB Bus. L. Today 25. Business Law Today January/February, 1995.
 - BARGAGLI, Roberto, *Antarctic ecosystems: environmental contamination, climate change, and human impact*, Springer, Berlin 2005.
 - BATTINI, Stefano, *Amministrazioni Nazionali e Controversia Globali*, Giuffrè, Milano 2007.
 - BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898.
 - BAVIERA, *Il Diritto Internazionale dei Romani*, Modena 1898.
 - BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion Romain*, Paris 1957.
 - BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005.
 - BERMEJO, Romualdo, *L'Antarctique et ses ressources minerales: le nouveau cadre juridique*, Presses universitaires de France, 1990.
 - BESSONE, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004.
 - BETTI, Emilio, *Diritto Romano*, I: Parte generale, Padova 1935.
 - *Biological Diversity in Peru. National Report*, Lima, dicembre 1997.
 - BIONDI, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939.
 - BIONDO, Biondi, *Ius*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957;
 - BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México 2004;
 - BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, España 1995;
 - BONA, *Post Liminium in Pace*, Excertum ex "*Studia et Documenta Historiae et Iuris*" XX, Roma 1955.
 - BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolese, Roma 1926.
 - BRADLEY, Denis, *Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy*, USA 2005
 - BRANDEL, Roland E & HAIG, Robert L, *Feature Business Courts on the Move* 6-OCT Bus. L. Today 35. Business Law Today September/October, 1996.
 - BROWN, Jeffrey, CUMMINS, David, LEWIS, Christopher, *An Empirical Analysis of the Economic Impact of Federal Terrorism Reinsurance*, Carnegie-Rochester Conference on Public Policy Macroeconomics of Terrorism, March 2004;
 - BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje*.
 - BUONO-CORE, *Los tratados en el Mundo Romano*, Revista de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho Romano) XXV (Valparaiso, Chile, 2003).
 - BURDESE, Alberto, *Ius Naturale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957;
 - Business Court found itself in when deciding *First Union Corp. v. SunTrust Banks, Inc.* *In this case of first impression in North Carolina, the Business Court created an original standard to govern review of takeover defenses in stock-for-stock mergers in North Carolina, taking its cues from and attempting to splice onto the numerous Delaware review standards for board decisions. While the Business Court's.* 2 Of Counsel January 6, 1997 From the Editor.
 - Business Litigation Session Resource Committee, *The Business Litigation Session Massachusetts Superior Court: A Status Report* (February 2003).
 - CALDWELL, L. *International Environmental Law and Policy*, Durham, 1980.
 - CANNATA, A, e GAMBARO, A, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, IV ed., 1989.
 - CARANDINI, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986.
 - casación 1463 de 1979, Italia.

- CASSIDORO en las *Variae* (IV, Epist. 42. 46)
- CATALANO, *Linee del Sistema Sovrannazionale Romano*, Torino 1965.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*, Giapicchelli, Torino 1990;
- CATALANO, Pierangelo, *El Derecho Romano Actual de la América Latina*, Roma, 2008.
- CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970.
- CHERCHI, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983.
- CHESNEY, Robert, *Anticipatory Prosecution in Terrorism Related Cases*, Wake Forest University Research Paper Series, RP n. 944117, Nov. 10, 2006.
- CHESNEY, Marc, RESHETAR, Ganna, *The Impact of Terrorism on Financial Markets: An Empirical Study*, Swiss Banking Institute, University of Zurich, November 17, 2007.
- CHIAPPINI, Philippe, *Le Droit Sacré*, Dalloz, Paris 2006.
- CHINÈ, Giuseppe, *Il diritto contrattuale europeo, riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, en *Lezioni di diritto privato europeo*, raccolte da ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007.
- CICERON, De Rep., 2.17.31.
- COGAN, Brian M, *Commercial Litigation in New York State Courts*, 2nd Ed., Thomson West 2005.
- Commission on the Future of the North Carolina Business Court, *Final Report and Recommendation* (Oct. 28, 2004), disponible en:
- Conferencia de Río de Janeiro en 1992.
- CORDINI, Giovanni, FOIS PAOLO, MARCHISIO, Sergio, *Diritto Ambientale Profili Internazionali Europei e Comparati*, Giapicchelli Editore, Torino 2005.
- CORNEJO, Rosmary, *IV Seminario Interamericano sobre Gestión Judicial de la CEJA*, noviembre 2006.
- CRIFÒ, Giuliano, *Arbitrato in Roma*, in *Enciclopedia del Diritto*
- CROSS, Frank, *Business law contracts*, the teaching company Texas 1997. Véase además: PMBR *Multistate workbook*, vol. I, United States of America 2002.
- D'ORS, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, Eunsa, IX Ed., Pamplona 1997.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*, 4ta ed. Cedam, Padova 1994;
- DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II Q, 57.A.2.
- DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005.
- DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Estratto dai *Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Arqueologia*, V. XXVII, 1952-54.
- *de Loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, December 19, 2007.
- DE MARINI, *Il Giudizio di Equità nel Processo Civile*.
- DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli 1973.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*.
- DE VITA p. R. II apud Numinium s. V. *Fetiales*.
- Declaración de Estocolmo de 1972.
- DELGADO-RAMOS, Gian Carlo, *Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización*, Plaza y Valdés, México, 2004.
- DELLA FINA, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, in *Il sistema giuridico italiano delle aree protette*, cit.
- DELLA ROCCA, Fernando, Equità, en in *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957.
-

- DIBBLE, Tim and GALLAS, Geoff, “Best Practices in US Business Court” en *Court Manager* Volume 19, Issue 2.
- Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Native del 13 settembre 2007.
- DICK, S. Gale, *Special Courts Now Handle Business Cases*, in *12 Alternatives* August 1994.
- Digesto 1,5,3.
- DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984.
- Directiva de la Comunidad Europea n. 337/85 en materia de Evaluación de Impacto Ambiental (valutazione di impatto ambientale- VIA).
- Directiva UE 23 mayo 2003, C 58/99.
- DODDS, Klaus, *Geopolitics in Antarctica: views from the southern oceanic rim*, J. Wiley & Sons, 1997.
- *Doing Business Perú*, World Bank Group, Washington 2008.
- DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetio e l’Istituto Parallelo dell’Antica Procedura Civile Romana*, IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955.
- DONATI, *Il Problema delle Lacune dell’Ordinamento Giuridico*, Milano 1910.
- DUMEZIL, Georges, *La Religione Romana Arcaica, Miti e Leggende*, 2da Ed. Bur, Milano, 2007;
- DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966.
- *El Comercio*, 19/2/1948.
- El Tratado de Amsterdam del 02-10-1997.
- *El Tribunal*, *News & Observer* (Raleigh, Carolina del Norte), 24 de julio de 2001.
- ENGLEDDOW, Wells, *Handicapping the corporate law race*, Journal of Corporation Law, Fall 2002.
- *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Paises del Trópico Andino*, Comunidad Andina 2006.
- *Evaluación Ambiental Inicial del Mejoramiento Operativo de la Estación Científica Antártica Machu Picchu*, INAMPE – 2005.
- FABBRINI, *Impero di Augusto come Ordinamento Internazionale*, Milano 1974.
- FAIREN-GUILLEN, Victor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona 1990.
- FALKNER, Robert, *The International Politics of Genetically Modified Food, diplomacy*, Palgrave, Great Britain 2007.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *El Arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998
- FERRAJOLO, *La tutela giuridica delle zone umide*, nel *Codice delle aree protette*.
- FERRAJOLO, *Le aree specialmente protette del mediterraneo*, in *Codice delle Aree Protette*, Giuffrè, Milano 1999.
- FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII;
- FICCO, Paola, *L’Evoluzione del Diritto Ambientale Comunitario*, en *Lezioni di Diritto Privato Europeo*, a cura di ALPA, Guido e CAPILLI, Giovanna, Cedam, Padova 2007.
- Final Report of the XXVI Antarctic Consultative Meeting, Madrid, Spain, 9/20. June.2003.

- FINE, Noni, *American Legal Systems*, Anderson Publishing, Cincinnati 1999.
- FONTE, Maria, *Organismi Geneticamente Modificati, Monopolio e Diritti*, FrancoAngelini, Milano 2004.
- FRANCONI, F., *L'attuazione internazionale del Protocollo di Madrid*, in *L'Evoluzione del Sistema Antartico*, a cura di. MARCHISIO, S., and TAMBURELLI, G., Milano, 2001.
- FRANCO, Marilena, *Il Diritto dell'Ambiente*, CEDAM, Padova 1990.
- *Francovich* (C. giust. CE 19 noviembre 1991, causas reunidas nn. C-6/90, in Foro it., 1992).
- FRANK, J. *Civil law influences on the Common Law. Some reflections on comparative and contrastive law*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 104 (1956).
- FREY, Bruno, LUECHINGER, Simon, STUTZER, Alois, *Calculating Tragedy: Assessing the Cost of Terrorism*, CESifo Working Paper n. 1341, November 2004.
- FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano* (SDHI, Roma, 1939, V, p.161 ss).
- FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884.
- G, TAMBURELLI, *Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII della *Enciclopedia Giuridica*, Roma 2004.
- G.CARAGUSO, e S. MARCHISIO, *Rio 1992: Vertice per la Terra*, Franco Angeli, Milano 1993.
- GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999.
- GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004.
- GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Tito Livio*, Modena 1954.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Ira Parte, Instituta-Digesto, Consejo de Ciento, Barcelona 1889;
- GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *Validez del sometimiento de una persona jurídica al arbitraje*.
- GARCÍA MONTUFAR, Guillermo, FRANCISCOVIC, Militza, *Apuntes de Derecho Internacional Público*, USMP, Lima 1997;
- GARCÍA-PÉREZ, Alan, *Por un Perú Moderno, Decretos Legislativos*, Edición Oficial, Lima 2008.
- GAROUPA, Nuno, KLICK, Jonathan, PARISI, Francesco, *A Law and Economics Perspective on Terrorism*, SSRN.
- Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 de abril de 1942 Italia.
- *Germany v. Commission*, 2003.
- GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*.
- GRANERIS, *Guisepe. Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1973.
- GROTIUS, *Ugo Grotius e la Tradizione Storica del Diritto Internazionale*, Ed., Scientifica, Napoli 1975.
- HAIG, Robert L, *New York's New Business Court*, 26-MAY Colo. Law. 65. *Colorado Lawyer* May, 1997 Specialty Law Column.
- HAIG, Robert L, Note: *Significant progress has recently been made toward creating business courts in various states. Five states have already created business courts.* NEW YORK'S NEW BUSINESS COURT Copyright © 1997 by the Colorado Lawyer.
- HAIG, Robert L., *Can New York's new Commercial Division resolve business disputes as well as anyone*, *Touro Law Review*, Fall, 1996.
- Harvard Law Review 74 VII, June 1961 with the editors: Commercial Division of the Supreme Court of the State of New York. "Report of the Office of Court Administration to the Chief Judge on the Commercial Division Focus Groups", July 2006.
- HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*.

- HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005.
- HOPPICHLER Joseph, *Concepts of GMO-Free Environmentally Sensitive Areas*, Federal Institute for Less-Favored and Mountainous Areas, Vienna 1998.
- <http://www.ncbusinesscourt.net>; Maryland Business and Technology Court Task, *Maryland Business and Technology Court Task Force Report*, disponible en <http://www.courts.state.md.us/finalb&treport.pdf>,
- HUGHES, JEWELL, LOWTHER, PARPWRTH, DE PREZ, *Environmental Law*, 4th ed. Butterworths, UK 2002.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Revista de Opinión Jurídica, Urbe et Ius*.
- HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo, *La creación de la jurisdicción Comercial dentro del Sistema Judicial peruano*, en *Urbe et Ius*, Ed., n. IV, Primavera, MMV
- HUNDSKOPF-EXEBIO, Oswaldo: *Un Acierto: La Creación de la Sub-especialidad Comercial en el Poder Judicial*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 138, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, Lima Perú 2005.
- ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- *Indigenous Management of Protected Areas in the Peruvian Amazon* (GEF) Project, World Bank Report n. ICR0000722, November 19, 2007.
- INEI-Censo 1993/CAAAP/El Ojo Verde-Cosmovisiones amazónicas, Aidesep, 2004.
- Informe de NCBC *Empresas de Tecnología de la Corte Carolina del Norte*.
- Informe GEO.
- JACKSON, Gary W, *Do Business Courts Really Mean Business? Many Non Business Cases Are Being Transferred to Courts That Were Created to Streamline Disputes between Companies. This Trend Weakens Consumer Protection*.
- JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001
- JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001.
- *Juzgados Comerciales, Un reto compartido*, Consorcio Justicia Viva, 15 de febrero de 2007.
- KAHAN, Marcel, Article: *The Myth of State Competition in Corporate Law* 55 Stan. L. Rev. 679. Stanford Law Review December, 2002.
- KAHENY, Erin B., *Agenda Change in the U.S. Courts of Appeals*, 20 Just. Sys. J. 275. *Justice System Journal* 1999 1925-1988.
- KHAN, Ali, *A Legal Theory of International Terrorism*, 19 Connecticut Law Review 1987.
- KRAAKMAN, REINIER and HANSMANN, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004.
- KROEZE, Maarten, *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, en *Rotterdam Institute of Private Law (RIPL)*, Rotterdam 2006.
- LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane, KONIN, Konstantin and ZHURAVSKAYA, Ekaterina, *Are Russian Commercial Courts Biased? Evidence from a Bankruptcy Law Transplant*, 2006.
- LAURENT, *Droit Civil International*, vol. I, p.16, vol. III.
- LIVIO, 37.57. 7-9.
- LOWE, Julianna, 6 N.C. Banking Inst. 335. North Carolina Banking Institute April, 2002 37 Wake Forest L. Rev. 621. Wake Forest Law Review Summer 2002 *Notes Should Substance Trump Process in Judicial Review of Board Decisions?: The New North Carolina Standard of Review for Takeover Defenses in First Union Corp. Vs. Suntrust Banks, INC*.
- LURASCHI, *Foedus ius Latii Civitas*, Padova 1979.
- MAC LEAN UGARTECHE,

- MAITLAND, F.W., *The Forms of Action at Common Law*, 1948.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'Environnement*, Bruylant, Bruxelles 2003.
- MARCHISIELO, Michele, Presidente honorario de la *Corte di Cassazione d'Italia*, en la Joint Conference with the Consiglio Nazionale Forenze, British Italian Law Association, *Solving disputes without resorting to litigation*, Roma Mayo 2008.
- MASI, *Foedus*, Extracto del *Novissimo Digesto Italiano*, V. VII.
- MATTEI, Ugo, *Trattato di Diritto Comparato, Common Law*, UTET, Torino-1992.
- *Mediation Services, Conflict through cooperation*, Human Service Alliance, Winston Salem, NC. 2007.
- MENDEZ CHANG, El *Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000.
- MILSON S.F.C. *Historical Foundations of the Common Law*, 1969.
- Mitchell L. BACH and Lee APPLEBAUM, *A History of the Creation and Jurisdiction of Business Courts in the Last Decade*.
- MITCHELL, William, 24 Wm. MITCHELL L. Rev. 315. Law Review 1998 Symposium: *Civil Justice Reform, Business Courts: Efficient Justice or Two-Tiered Elitism?* Ember Reichgott Junge.
- MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I,
- MONTROYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9º Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú.
- MONTROYA-ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco Editores, Lima 1988.
- MONROY CABRA, Marco, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá 2002;
- MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001.
- New York City BAR, “*Report of the Task Force on the Lawyer’s Role in Corporate Governance*”, November 2006.
- NIEREMBERG, Danielle, HALWEIL, Brian, *Coltivare la sicurezza alimentare in State of the World*, World Watch Institute, Luchi, Italy 2005.
- NONIUS, 529. 17.
- OLGIVE, *A Commentary on Livy Books, I-V* (1965).
- ORREGO-VICUNA, F., *Antarctic Conflict and International Cooperation*, p. 55 ss, in *Antarctic Treaty System: An Assessment*, National Academy Press, Washington D.C. 1986.
- ORTIZ-SOTELO, J., *Inicio del Interés Antártico Peruano*, in *Derroteros de la Mar del Sur* N. 13, Lima-2005.
- OURY, Jean-Paul, *La querelle des OGM*, Presses Universitaires de France, Paris 2006.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Análisis Histórico Comparatístico de la Empresa*, Vox Iuris 17, USMP, Lima 2009, pp. 147-155.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Genetically Modified Organisms (GMO) and the European Union, Case Study*, ISGI-CNR, en publicación con el Dipartimento di Diritto Privato dell’Università di Roma “*La Sapienza*”, a cura di ALPA, Guido
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Perú and the Environmental protection of Antarctica*, Giuffrè, Milán 2008, pp. 227-245.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *The Common Law – Introduction To – Revista Ita Est*.
- OYARCE-YUZZELLI, Aarón. *La Vitale Importanza della Tutella della Biodiversità e del le Aree Protette in Perú*, en *Gazzetta Ambiente*, Colombo, Italia 2008, pp. 57-69.
- PARADISI, *Dai Foedera Iniqua alle Crisobulle Bizantine*, Excertum ex “*Studia et Documenta*

- Historiae et Iuris*” XX, Roma 1954.
- PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941;
 - PARADISI, *Impostazione Dogmatica e Ricostruzione Storica del Diritto Internazionale Più Antico*, Milano 1951.
 - PARADISI, *L’Amitié Internationale Les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Academia de Droit International, Paris 1951.
 - PELÁEZ, Francisco, *La Transacción, su Eficacia*, Bosch, Barcelona 1980.
 - PERTICONE, Giacomo, *Diritto Naturale, Teoria Moderna*, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, UTET, Torino 1957;
 - PERU- *Justice Services Improvement*, Project N° P073438.
 - Peruvian Activities bearing on Compliance with the Antarctic Treaty Protocol on Environmental Matters, presented on (XXII ATCM/IP9) held in Tromsø, April 1998
 - PHILIPPE, GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, UK 2004.
 - PIANO-MORTARI, Vincenzo, *L’Arbitrato nel periodo intermedio*, in *Enciclopedia del Diritto*.
 - PIERANTONI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Roma 1881.
 - PINESCHI, Laura, *La protezione dell’ambiente in Antartide*, CEDAM, Padova : 1993.
 - PMBR *Multistate workbook*, vol. I, United States of America 2002.
 - POUND, R. *The spirit of the Common Law*, II ed., Boston 1966.
 - PRESTON, Diana, Scott, *l’eroe dei ghiacci. La pagina più tragica e affascinante della grande corsa all’Antartide* Preston. Mondadori, Milano 2000
 - *Projet de Loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par BORLOO, Jean-Luis, ministre d’État, ministre de l’écologie, du développement et de l’aménagement durables, December 19, 2007.
 - PUGLIESE, *Spunti sulla Deditio dell’Accusato di Illeciti Internazionali*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974.
 - PUIG, Brutau, J. *Estudio preliminar en POUND, R. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona 1950.
 - *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999.
 - RAPALINI, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002.
 - RASELLI, *Il Potere Discrezionale del Iudice Civile*, Padova 1927.
 - *Republic of Peru Environmental Sustainability: A Key to Poverty Reduction in Peru, Country Environmental Analysis*, World Bank, Report 40190-PE, 2007.
 - *Résumés de la Revue Histoire de la Justice*, n° 17, 2007.
 - *Review of the Admiralty Bay Antarctic Specially Managed Area Management Plan (ASMA No 1)*.
 - RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976.
 - RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001.
 - ROCA-MARTINEZ, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Bosch 1992.
 - RUBIO-CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, 9na ed. Fondo Editorial PUCP, Lima 2007.
 - SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, III ed., 1989.
 - SAGÁSTEGUI-URTEAGA, Pedro, *La Conciliación Judicial y Extrajudicial*, Ediciones Forenses, Lima 1998.
 - SALAS VILLALOBOS, Sergio: *Juzgados Comerciales Antecedentes, Análisis y Perspectivas en el Sistema Judicial Peruano*, en: *Hechos de la Justicia*. Gaceta Jurídica, Lima – Perú 2003.
 - SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001.

- SANDS, Philippe and GALIZZI, Paolo, *Documents in International Environmental Law*, 2nd Edition, Cambridge 2004.
- *Sarbanes Oxley Act*.
- SASSOLI, Marco, BOUVIER, Antoine, *How Does Law Protect in War?* ICRC, 2nd. Ed., Vol. I, Geneva 2006;
- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II;
- SCHMITDT, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997.
- SCHRAM STOKKE, O., and VIDAS, D., *Governing the Antarctic*, Cambridge University Press, England, 1996.
- SCIALOJA, *Del Diritto Positivo e dell'Equità*, Camerino, 1880.
- SCOVAZZI, Tulio, a cura di, *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano 2001.
- SENECA, *de beneficiis*, 3.7.5.
- Sentencia. 289 de mayo 1987 n. 210 de la Corte Suprema Italiana.
- SERRAO, Feliciano, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993.
- SERRAO, Feliciano, *Impresa*, Iovene, Napoli 1969.
- SIA-QMUL & PWC.
- SILVESTRINI, Bruno, *Biotecnologie e Ricerca*, in *Animali e Piante Transgenici: Implicazioni*, CNR, Roma 2001.
- SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991.
- *Síntesis Monográfica del Antartico* (Lima, Servicio de Prensa, Propaganda y Publicaciones Militares, 1954).
- SMITH, *New York Creates Business Courts*, supra note 98, at 38. See id. at 2. [FN109]. See *New York Creates Business Courts*.
- SOMMER, Jacob A, Notes Business Litigation and Cyberspace: *Will Cyber Courts Prove an Efferctive Tool For Luring High-Tech Business into Forum States?*. 56 Vand. L. Rev. 561. Vanderbilt Law Review March, 2003
- *Strategia Nazionale sulla Biodiversità del Perú*.
- SWANSON, Timothy, *Global Acion for Biodiversity*, Earthscan, UK 1997.
- TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979.
- TAMBURELLI, *Ambiente (Tutela dell') diritto internazionale*, Estratto dal Volume aggiornamento XII della *Enciclopedia Giuridica*, 2004.
- TAMBURELLI, Gianfranco, *Ambiente (tutela dell'Ambiente) diritto internazionale*, estratto dal volume di aggiornamento dell' *Enciclopedia Giuridica* 2004, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2004.
- TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio Teoretico del Diritto Naturale*, Torino 1844;
- TAUBLER, *Imperium Romanum*.
- TAYLOR, Barbara, *Artico e antartico*, Istituto geografico De Agostini, Novara 1995.
- TERTULIANO, *Contra Celsum*, VII, 73;
- TESAURO, Giuseppe, *Diritto Comunitario*, 2da ed. Cedam, Padova 2001
- *The Antarctic legal system and environmental issues* / edited by Gianfranco Tamburelli. - Milano: Giuffrè, 2006.
- *The Business Litigation Session in Massachusetts Superior Court: A Status Report*. Business Litigation Session Resource Committee, February 2003.
- The Eleventh Judicial Circuit Miami-Dade County-Florida, Case N. 06-1 (Court Administration) Administrative Order N. 06-40. "Complex Business Litigation Section" "In the General Jurisdiction Division of the Eleventh Judicial Circuit Court of Florida" January 2007.
- *The Implementation of the Madrid Protocol in the Italian Legal System*, in *The Antarctic System and Environmental Issues*, a cura di TAMBURELLI, G., Milano, 2006.
- *The Proposal of the Project to the Implementation of the Regional Strategy on Biological Diversity for the Andean Tropical Countries*. CAN-BID Project.

- *The United States Constitution*, Lexis Nexis, 2001.
- TOLOMEO, *Corso Elementare di Diritto Naturale e Razionale*, Padova 1849;
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994.
- TRIGGIANI, Ennio, *l'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Levante, Bari 2008.
- TUMMINIO, Donna, *Student Note Breaking Down Business Valuation: The Use of Court-Appointed Business Appraisers in Divorce Actions*. 44 Fam. Ct. Rev. 623. *Family Court Review* October, 2006.
- UTZ, Arthur. *Ética Social*. Editorial Merder. Barcelona. 1965.
- V, DELLA FINA, *La tutela della biodiversità nell'ordinamento italiano*, in *Codice delle Aree Protette*, S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, G. SALBERNI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999.
- V. DELLA FINA, *La Tutela della Biodiversità nell'Ordinamento Italiano*, nel *Codice delle Aree Protette* a cura di S. MARCHISIO, V. DELLA FINA, O. FERRAILOLO, G. SALBERINI, G. TAMBURELLI, Giuffrè, Milano 1999.
- VARRONE, *De Lingua Latina* V, 15.
- VICO, *Scienza Nova*, Vol I, Nicolini; COCCHIA, *Introduzione Storica allo Studio della Letteratura Latina*;
- VIDAS, D., "The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: A Ten-Year Review", in Olav Schram Stokke and Øystein B. Thommessen (eds.), *Yearbook of International Co-operation on Environment and Development* (London: Earthscan Publications 2002/2003).
- VIGNI, Patrizia, *Concorrenza fra norme internazionali: il regime giuridico dell'Antartide nel contesto globale*, Giuffrè, Milano 2005.
- VIGO, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*. 1984.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007.
- VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, La Sapienza Editrice, Roma 1988;
- WARD, Kimberly A, Note and Comment: *Getting Down to Business-Pennsylvania Must Create a Business Court, or Face the Consequences* L. & Com. 415. *Journal of Law and Commerce* Spring, 1999.
- WARD, Kimberly A., 415 *Getting down to business-Pennsylvania must create a Business Court or Face the consequences*, University of Pittsburg 1999.
- WATTS, A., *International Law and the Antarctic Treaty System*, Grotius, Cambridge 1992.
- WENGLER, *Die Anpassung des englischen Rechts durch die judikatur in den Vereigten Staaten*, in: *Festschrift Rabel I* (1954).
- WHEATON, *Historie du progrès de droit des gens*.
- YANG, Lijun K, *Notes & Comments First Union Vs. Suntrust Banks: The Fight for Wachovia and Its Impact on North Carolina Corporate Law*.
- YOO, John, *War, Responsibility, and the Age of Terrorism*, UC Berkeley School of Law, SSRN, California 2004.
- ZANGHI, Claudio, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 1995.
- ZOCCO-ROSA, *Fetialum Collegii Compositione*, Ex Typis Martinentii, Cataniae 1887.
- ZWEIFERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998.

ARTÍCULOS EN PROCESO

Entre los artículos que se encuentran en proceso de elaboración podemos señalar:

1. *Evolución de los status personae y los derechos humanos.*
2. *El derecho y la religión.*
3. *Familias jurídicas y su influencia en las legislaciones.*

Este libro se imprimió en los talleres gráficos de
FIMART S.A.C. Editores e Impresores
Jr. Varela 1719 - Breña.
Lima, Perú