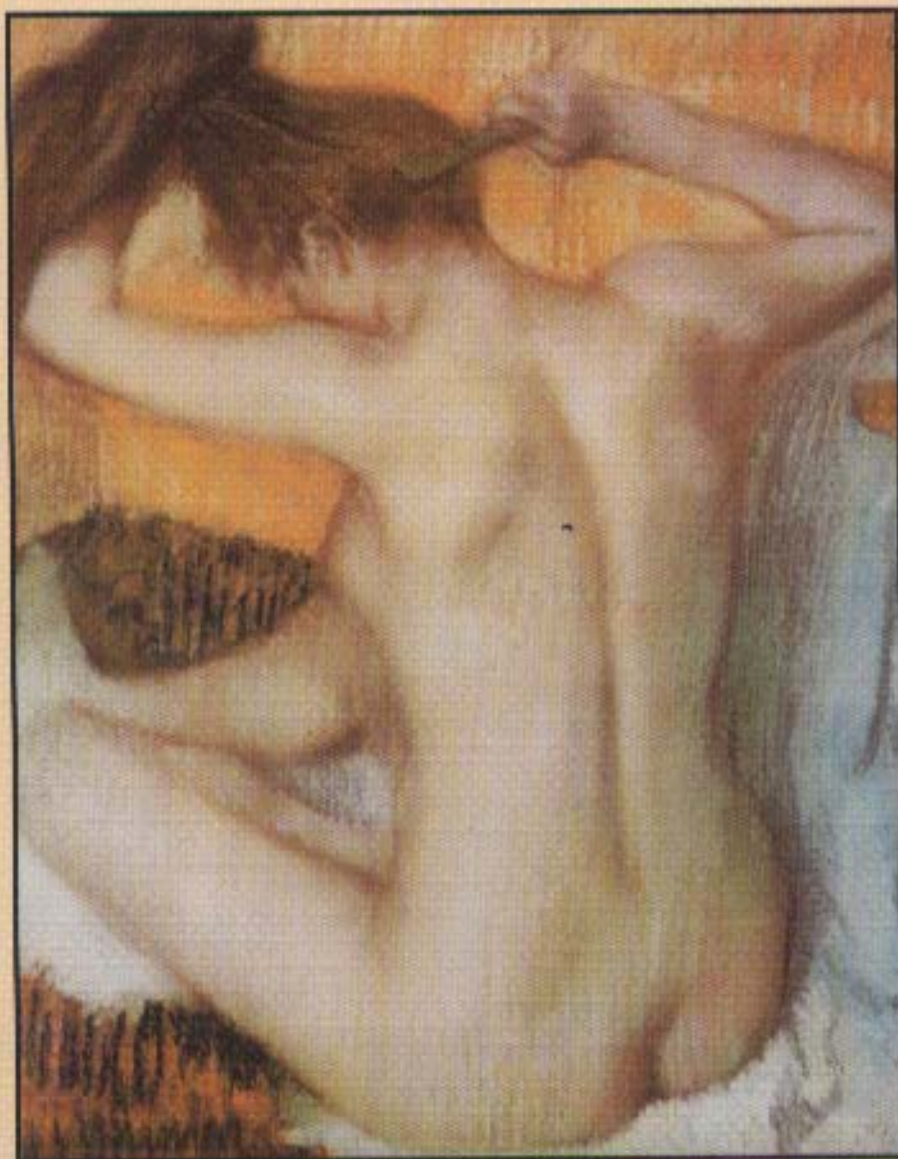


THĒMIS

Revista de Derecho



Rodrigo Uría M. • Alberto Benegas Lynch • Humberto Medrano • Rudiger Wolfrum
Kai Ambos • Jorge W. Peyranó • Jorge Ossio • Alfredo Ferrero Diez Canseco
Luis Pizarro • Andrea Fusaro • Stefano Cavanna • Oswaldo Hundskopf
Carlos Caro • Sergio Salinas • Pedro Flores Polo • Juan Espinoza Espinoza
Alonso Morales Acosta • Verónica Zambrano • César Ochoa
Armando Guevara Gil • Ana Cecilia Mac Lean • Eduardo Hernando Nieto
Jorge Lazo • Roberto Santivañez Seminario • José Zaragoza



Edgar Degas
MUJER EN SU ASEO
Musco del Ermitage. Rusia

Prohibida la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación sin autorización expresa de la revista.

PRESENTACIÓN

Se afirma con frecuencia, y correctamente, sin duda, que el grado de civilización de un pueblo se puede medir en función del grado de vigencia y efectividad que alcance en él el Derecho. Sin embargo, la adhesión de las personas al orden jurídico no constituye un acto gratuito, ni una profesión de fe en la infalibilidad de las normas o la sabiduría de los legisladores, pues el Derecho -entendido de manera restrictiva, como sistema legal- no es legítimo per se, ni menos aún por apoyarse en la fuerza del Estado. Es claro, entonces, que el vigor de una norma encuentra su origen principalmente en factores externos a su proceso de elaboración formal, ya que la verdadera autoridad sólo puede provenir de la sujeción a imperativos morales y del conocimiento cabal de aquella realidad que se pretende disciplinar.

*Empero, la relación entre Derecho y realidad nunca se presenta exenta de dificultades, pues el rápido discurrir de los hechos sociales provoca que las normas jurídicas estén continuamente amenazadas por la obsolescencia. Dicha amenaza se cierne especialmente sobre las normas mercantiles, en vista de que los usos del comercio que recoge el Derecho Mercantil son permanentemente alterados y reemplazados por otros nuevos. Ello ocasiona que los códigos y leyes que rigen la materia en ocasiones queden rezagados, a veces, incluso, antes de entrar en vigencia. Fruto de ese acomodo constante del Derecho Mercantil es la nueva Ley General de Sociedades -aprobada por Ley 26887 y que entró en vigencia el 1 de enero del presente año-, cuyos aspectos más saltantes son materia de sendos artículos en la edición número 37 de **THĒMIS - Revista de Derecho**; es así que el destacado profesor español Rodrigo Uría M. nos entrega sus impresiones sobre el nuevo ordenamiento societario, y reconocidos especialistas nacionales, como los doctores Salinas y Ferrero Diez Canseco, analizan otras importantes manifestaciones del Derecho de Sociedades. Diversos temas del Derecho Mercantil, como la titulización de activos o las transferencias de cartera, también son tratados en este número. No podía dejarse de lado el tratamiento de importantes tópicos vinculados a otras ramas del Derecho, por lo que se incluyen artículos de autores peruanos y extranjeros que desarrollan novedosos aportes del Derecho Penal, Derecho Civil o Derecho Ambiental. Además, la sección Interdisciplinarias presenta una interesante crítica a los postulados de la escuela del Análisis Económico del Derecho, y un estudio sobre el poco desarrollado tema de los programas de post-gradó en el extranjero.*

*Tal vez sea cierto que los hechos corren más de prisa que el Derecho; a ello se añade que las normas deben ser estables y permanentes, a fin de salvaguardar la estabilidad jurídica que fundamenta todo el ordenamiento -esa realidad explica la frase de Georges Ripert según la cual "todo jurista es conservador". No obstante, esa necesidad de permanencia y predictibilidad, ese "conservadurismo" del Derecho, no implica que quienes, de una u otra manera, nos encontramos vinculados a dicha disciplina, nos convirtamos en guardianes de un ordenamiento rígido, petrificado, incapaz de adaptarse a las circunstancias. Todo lo contrario, es función de los operadores del Derecho -sean éstos jueces, abogados, investigadores o incluso estudiantes- reinventar las instituciones y dotarlas de contenidos siempre nuevos a fin de que el orden jurídico mantenga su vigencia y efectividad. Por ello, desde **THĒMIS-Revista de Derecho** pretendemos, modestamente, contribuir a dicha labor mediante el análisis y discusión de temas jurídicos, a fin de lograr que el Derecho sea tan flexible y rico como la realidad que pretende regular.*

EL COMITÉ DIRECTIVO

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación Editada por los Alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

COMITÉ DIRECTIVO

Gonzalo Barrionuevo Alba
Gianina Gotuzzo Oliva
Zoila Horna Zegarra
Alfredo Polo Gálvez
Luis Vargas Loayza

MIEMBROS

Kathy Ames Valdivieso
Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
Gabriela Arbulú León Prado
Ximena Benavides Reverditto
Licy Benzaquén Gonzalo
Fernando Cáceres Freyre
Rita Cornejo Lanao
Pablo Cueto Saco

Andrés Gómez de la Torre Barrera
Carlos Granda Bullón
Rafael Lanfranco Gallofré
Verónica Maseda Beaumont
Roxana Ramírez Ráez
Hugo Sifuentes Domenack
Jéssica Valdivia Amayo
María Teresa Vizcarra Alarcón

Carlos Zelada Acuña

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Carlos Cárdenas Quirós
Manuel de la Puente y Lavalle
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Roselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica

Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS -Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas
por los autores y entrevistados en el presente número.

© Asociación Civil **THEMIS -Revista de Derecho**

2do. piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Teléfono: 460-2870 anexo 346. Casilla Postal 110711-Lima 11.

Correo Electrónico: themis@.pucp.edu.pe

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial No.072-88-JUS del 15 de febrero de 1988

<i>Entrevista a Rodrigo Uría M.</i> La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho del Mercado	7
<i>Andrea Fusaro</i> Sociedad y Asociación	13
<i>Alfredo Ferrero Diez Canseco</i> Las formas especiales de sociedad anónima en la nueva Ley General de Sociedades	17
<i>Pedro Flores Polo</i> ¿El nuevo esquema para la "sociedad anónima abierta protege a las minorías"?	35
<i>Jorge Ossio Gargurevich</i> Aplicación del régimen de sociedades anónimas abiertas en el presente ejercicio	39
<i>Juan Espinoza Espinoza</i> Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría	47
<i>Alonso Morales Acosta</i> Transformación de sociedades. Perspectiva bajo el marco de la nueva Ley General de Sociedades	51
<i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i> Disolución, liquidación y extinción de sociedades y las sociedades irregulares	57
<i>Sergio Salinas Rivas</i> El financiamiento empresarial a través de la emisión de valores: ventajas, desventajas y perspectivas	65
<i>Luis Pizarro</i> Régimen legal de operaciones con activos financieros	85
<i>Jorge Lazo</i> ¿Cómo y por qué hacer una operación de titulización de activos?	97
<i>Stefano Cavanna</i> El concepto de sustitución fideicomisaria en el ordenamiento italiano y el <i>trust</i> anglosajón: apuntes para una indagación comparativa	105
<i>Roberto Santivañez</i> Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios	111

INTERDISCIPLINARIAS

<i>Eduardo Hernando Nieto</i> ¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?	129
<i>Armando Guevara Gil</i> Las maestrías en Derecho en los Estados Unidos	139
<i>Alberto Benegas Lynch (h)</i> Apuntes sobre el concepto de <i>Copyright</i>	153
<i>Rudiger Wolfrum</i> El ordenamiento ambiental internacional	167
<i>Kai Ambos</i> Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones	175
<i>Carlos Caro Coria</i> "Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos	195
<i>Ana Cecilia Mac Lean</i> Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional	209
<i>José Zaragozá Amiel</i> El Mercado Común del Sur (Mercosur): apuntes sobre sus objetivos, estructura, desarrollo y perspectivas	221
<i>Jorge W. Peyrano</i> Régimen de las medidas cautelares en el Mercosur, y anotaciones complementarias	243
<i>Humberto Medrano</i> Los intereses compensatorios y moratorios en el IGV y en el Impuesto a la Renta	255
<i>Verónica Zambrano</i> Herencias a favor del alma en el siglo XIX	261
<i>César Ochoa</i> Bases del régimen constitucional presupuestario	277

PÁGINA UNIVERSITARIA	285
RESEÑAS DE TESIS	287
RESEÑAS DE LIBROS	291

LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y EL DERECHO DEL MERCADO

ENTREVISTA A RODRIGO URÍA M.*

El Derecho Mercantil, por su propia naturaleza, acusa rápidamente el impacto de los cambios que a lo largo de la historia han ocurrido en el mundo de los negocios y de la actividad económica. Concebido inicialmente como un Derecho para mercaderes, se lo percibió luego como un Derecho de los actos de comercio y, más recientemente, como el Derecho de la Empresa. Sin embargo, asistimos actualmente al fenómeno de la pérdida de identidad del Derecho Mercantil, que se manifiesta en el hecho de que muchos aspectos principales de la actividad comercial están regulados por normas que no son en puridad Derecho Mercantil, como por ejemplo, leyes del mercado de valores, tributarias, contables e incluso penales. Además, otros acontecimientos como la globalización de la economía y la creación de grupos de integración regional contribuyen de manera significativa a variar la fisonomía del Derecho Mercantil.

Durante su reciente visita a Lima, el doctor Rodrigo Uría M., prestigioso jurista español, concedió a THEMIS-Revista de Derecho, la entrevista que ahora publicamos, a través de la cual expuso los aspectos más saltantes de esta evolución -o revolución- de lo que tradicionalmente se conoce como Derecho Mercantil, cuyas manifestaciones parecen indicar el surgimiento de un nuevo Derecho. Asimismo, expresa valiosas opiniones acerca del nuevo ordenamiento societario peruano. Todo ello nos lleva a considerar que las opiniones vertidas por el doctor Uría constituyen un significativo aporte para los estudiosos del Derecho Mercantil y, en particular, del Derecho Societario.

El Perú ha sustituido recientemente una legislación societaria que, luego de más de treinta años de vigencia, empezaba a mostrarse obsoleta. Esta coyuntura nos plantea la problemática de la adecuación de la legislación mercantil a una realidad en continuo cambio... ¿resulta conveniente en materia societaria hacer leyes detalladas que luego deban actualizarse continuamente? o, por el contrario ¿sería conveniente implementar normas menos exhaustivas, pero, por ende, más flexibles?

Yo soy partidario, en el ámbito del Derecho Mercantil y del Derecho de Sociedades, de que las normas no supongan un corsé para la actividad empresarial. Es evidente que los hechos económicos van siempre más de prisa que el Derecho. Por lo tanto, sería deseable que las normas mercantiles fuesen menos regulatorias y que estableciesen principios, porque la casuística en el ámbito del Derecho de los negocios es inmensa. No cabe duda, entonces, de que aquella norma que intente atrapar todos los supuestos será siempre defectiva, pues dejará de lado algunos supuestos, además de que siempre se producen mutaciones en la vida de los negocios y en la vida económica que dejan a la ley obsoleta.

¿Y usted cree que las normas españolas, o las peruanas, que generalmente son muy parecidas, cumplen con estas condiciones?

Es difícil porque, en este momento, el Derecho Mercantil está perdiendo su identidad. El Derecho Mercantil ha sido un Derecho que se ha desgajado

* La presente entrevista fue realizada y editada por Gonzalo Barrionuevo Alba, miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, y Hugo Sifuentes Domenack, miembro de THEMIS - Revista de Derecho. Agradecemos la colaboración prestada por el doctor Fernando Vega Sánchez para la consecución de la misma.

del Derecho Civil, y en este momento hay que hablar ya de un Derecho de la Economía, que es un Derecho donde se mezclan muchas cosas. El Derecho Mercantil, entendido como Derecho del empresario o de la empresa tiene que ser una cosa multi-forme, tiene que ser muy flexible. Es indudable que el Derecho Mercantil se encuentra un poco desatendido en este momento, porque hay muchos aspectos de la actividad empresarial que están regulados por normas que no son, estrictamente, de Derecho Mercantil. Por ejemplo, si uno mira a la gran sociedad cotizada en bolsa, y luego mira a la pequeña sociedad cerrada, puede darse cuenta de que son dos entes que no tienen casi nada que ver. Entonces, es necesario que las leyes mercantiles, o bien estén en una revisión permanente, lo cual es complicado porque los sistemas legislativos siempre están penetrados de razones políticas, o bien consistan en normas generales pensadas para que hechos diversos se adapten a sus disposiciones.

Como puede verse, yo no soy muy partidario de leyes mercantiles muy detalladas que regulen cada uno de los supuestos, entre otras cosas, porque tales supuestos vienen siendo regulados por otras normas, como las leyes del mercado de valores, códigos penales, normas contables, etc. Vemos cómo el Derecho Mercantil está perdiendo su identidad y se convierte en un Derecho del Mercado, un Derecho que regula o que ayuda al mercado, según se quiera hablar. En tal sentido, yo preferiría que las normas mercantiles fuesen menos detalladas de lo que son actualmente. Lo que sucede es que la seguridad del tráfico mercantil requiere, sobre todo en garantía de terceros y desde el punto de vista registral, que existan una serie de supuestos acotados, pues, en caso contrario, la seguridad de los terceros que contratan con las empresas se vería muy afectada. En resumidas cuentas, yo sostengo que en este momento, por ejemplo, tiene mayor importancia la regulación de las grandes sociedades bursátiles a través de las leyes que regulan los mercados de valores, o a través de códigos de conducta; probablemente estas normas tengan más importancia práctica que las leyes de sociedades consideradas en sí mismas.

Desde el Código de Comercio de 1902-cuyo articulado denota la influencia de su similar español de 1885-, ha sido una constante en la legislación peruana resaltar el fin de lucro de las sociedades como una de sus características. La nueva Ley General de Sociedades rompe con esta tradición al señalar que basta que las sociedades realicen actividad económica, con prescindencia de que tengan o no fin de lucro ¿Qué comentarios le merece esta modificación? ¿No podría suponer acaso bo-

rrar una de las distinciones entre las sociedades y otras formas asociativas?

En este momento en el mundo asistimos a un crecimiento extraordinario de lo que se ha denominado el tercer sector, que es el sector de la fundaciones, de las organizaciones no gubernamentales, etc. El empresario y la empresa se han dado cuenta de que aparte de la rentabilidad económica que obtienen hoy en día de la inversión de los recursos y la percepción de las ganancias, hay otro terreno en el que pueden obtener una rentabilidad importante, que es la rentabilidad social. Efectivamente, el ánimo de lucro ha dejado de ser la categoría definitoria de la sociedad mercantil, que ahora se ha convertido simplemente en el desarrollo de una actividad económica. Entonces, vemos como la empresa mercantil en este momento desarrolla instrumentalmente una actividad de presencia en el mercado, pero una presencia de patrocinio, de mecenazgo, de ayuda a la comunidad a través de otras formas sociales que antes estaban totalmente disociadas de la empresa mercantil, y que ahora se van acercando paulatinamente a ella.

En nuestro Derecho se encuentra sólidamente arraigada la idea de que la sociedad requiere contar, para ser tal, con una pluralidad de socios. Tal es el caso que nuestra Ley General de Sociedades prevé que si la sociedad pierde su pluralidad y no se reconstituye en seis meses, se disuelve de pleno derecho. Dentro de esta perspectiva, ¿considera usted posible incorporar dentro de nuestro sistema societario a sociedades unipersonales como ya se viene dando en otros ordenamientos?

En España la consagración legal de la sociedad unipersonal data de 1995, lo hace la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y se aplica también a las sociedades anónimas. Ahora bien, yo considero que la idea de la sociedad como una pluralidad de personas responde a un concepto de sociedad ya obsoleto, que es el concepto de que la sociedad es un contrato. Pienso que debemos ir más allá, pienso que la sociedad es una organización. Una organización que realiza una actividad productiva en el mercado de la producción o de los servicios, donde no resulta necesaria la pluralidad para que la sociedad exista. Debo mencionar también que se confunde muy a menudo la tesis contractual de la sociedad con la tesis más moderna de que la sociedad se descompone en un conjunto de contratos, tesis a la que subyace la idea de que el contrato de sociedad no es tanto un contrato entre los socios sino más bien un contrato entre el socio o los socios y la sociedad. Cabe señalar que la disciplina de la responsabilidad limitada está iluminada

por el punto de vista de los terceros, y a ellos les da igual que existan 3, 4 o 5 millones de accionistas en una sociedad. En efecto, a los terceros lo que les interesa es que exista una actividad económica, que exista un capital y que ese capital se preserve.

En tal sentido, considero que debemos, en primer lugar, superar la teoría contractualista de la creación de la sociedad por contrato entre los socios, ir luego a la teoría organicista de la sociedad como organización, para finalmente volver a la teoría contractualista y decir que la sociedad no es otra cosa que un cúmulo de contratos, en vertical y en horizontal: el contrato entre la sociedad y sus administradores y directores, hacia arriba; el contrato entre la sociedad y sus empleados, hacia abajo; el contrato entre la sociedad y sus proveedores, hacia la derecha; el contrato entre la sociedad y sus clientes, hacia la izquierda. Es decir, yo creo que la tesis más moderna, y a la que desde mi modesto punto de vista hay que adscribirse, es la teoría que afirma que la sociedad es una organización que se descompone en una larga serie de contratos. Pero eso no tiene nada que ver con la teoría contractualista de la sociedad, pues dicha teoría limita las posibilidades de la sociedad.

En resumen, de lo anterior se desprende que es perfectamente legítimo, y esto se ha recogido en el Derecho español desde la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que una persona pueda tener varias sociedades unipersonales.

Es un fenómeno a nivel mundial la preponderancia que han alcanzado las sociedades de capitales -sobre todo la sociedad anónima, su representante por antonomasia- en detrimento de las sociedades de personas. Esta situación se refleja en una disminución considerable del número de sociedades colectivas y otras sociedades de personas ¿Cuáles cree usted que serán los resultados de esa tendencia en el futuro? ¿Asistimos acaso a la desaparición de las sociedades de personas?

Yo creo que existe una clara tendencia a la desaparición de las sociedades de personas, y esto está muy ligado con lo que decíamos anteriormente, ¿por qué una persona que tiene un negocio, que tiene una organización empresarial en el mercado, no va a poder acogerse al régimen de la limitación de responsabilidad? Es evidente que si tiene la posibilidad va a optar por dicho régimen. Entonces, ¿por qué alguien va a crear una sociedad sin limitación de responsabilidad cuando debería poder crear una sociedad unipersonal con limitación de responsabilidad? En Europa las sociedades personalistas están terminadas, excepto en Alemania, donde la

"Kommanditer Gesellschaft" tiene todavía algún sentido, fundamentalmente por razones fiscales. Es evidente que las sociedades personalistas y las propias cuentas en participación van en camino a la desaparición en los mercados desarrollados.

El auge de la sociedad anónima como figura societaria se ve reflejado en la gran diversidad de manifestaciones que ella ha adoptado en el tráfico mercantil, desde la pequeña sociedad anónima familiar hasta los gigantes del "Corporate System"; lo que llevó a considerar que si bien existía una sola ley de sociedades anónimas, eran varias las clases de sociedades anónimas reguladas por esa ley. Dentro de este contexto ¿considera usted que debe continuar regulándose de forma unitaria a la sociedad anónima, o por el contrario, es recomendable la inclusión en un único texto normativo de diversas modalidades de la misma?

Bueno, ese es un problema de política legislativa y como todos los problemas de política, aunque en este caso sea legislativa, es muy opinable. En Perú se ha optado por establecer 3 tipos de sociedad anónima: la abierta, la cerrada y, por llamarla de alguna manera, la ordinaria o normal. La sociedad anónima abierta tiene vocación de ser la gran sociedad de capitales, con muchos socios. La sociedad anónima cerrada es una sociedad anónima con responsabilidad limitada, pero con un número tasado de socios, y que responde un poco a la idea norteamericana de la *"Close Corporation"*. Sin embargo, dentro de ese esquema resulta difícil encontrar un lugar para la sociedad de responsabilidad limitada. En efecto, si se pretende que la sociedad anónima abierta incorpore a la gran sociedad bursátil o con muchos socios, mientras que la sociedad anónima cerrada sea el cauce para los negocios no tan grandes, familiares o donde los socios se conozcan, no se distingue qué tipo de actividad económica va a dar sentido a la sociedad de responsabilidad limitada. En España tenemos un sistema distinto, donde existe la sociedad anónima, para cuya constitución se requieren 10 millones de pesetas como capital mínimo, y luego la limitada, que es una sociedad anónima simplificada pero sin límite de capital. Debo decir, con toda sinceridad, que considero superior a la solución española (con esto no quiero ser en absoluto chauvinista a favor del sistema societario español, porque yo soy siempre muy crítico con estos legisladores) porque me parece más simple: hay un tipo social para la gran sociedad y otro que se corresponde con la mediana y pequeña sociedad.

¿En todo caso, cuáles deberían ser los criterios que se tomen como base para diferenciar las sociedades anónimas abiertas de las cerradas -o las públi-

cas de las privadas, en la terminología anglosajona? ¿El capital, el número de socios, la cotización en bolsa o algún otro?

Bueno, eso es difícil, cualquier criterio de capital mínimo -como se aplica en España- es siempre arbitrario. No hay manera de fundamentar por qué se han puesto 10 millones de pesetas. Aunque en realidad no es un problema que me preocupe demasiado, pues 10 millones de pesetas es un cifra relativamente abordable. Pero, yo no me perdería de verdad en eso. Pienso que es conveniente permitir que el que quiera haga una S.R.L., y el que quiera haga una sociedad anónima. No pongamos límites, los límites de capital se ponen por razones burocráticas. Existen realmente dos posibilidades: hay una forma personalista de sociedad para quien la quiera -si es que la quiere alguien-, y luego están estas dos formas de sociedades de capital; la sociedad de responsabilidad limitada, más simple pero con el problema de no poder estar en los mercados de capitales por vía de emisión de acciones o de obligaciones, y la sociedad anónima, que sí puede estar en ellos.

Es un fenómeno ya común la aparición y desarrollo de gigantescas corporaciones, verdaderos estados sin territorio donde el más grande accionista no llega a tener más que un pequeño tanto por ciento del capital social. Un resultado lógico de esta situación es que los accionistas de estas grandes sociedades se hayan dividido en accionistas de mando y rentistas sin mayor interés en la gestión social ¿Qué opinión le merece la afirmación de cierto sector de la doctrina que afirma que la *affectio societatis* estaría presente sólo en aquellos accionistas interesados en el mando y la gestión de la compañía, mientras que los demás carecerían de ella?

Considero que es verdad, lo que pasa es que es una verdad a medias. En las grandes sociedades bursátiles hay cada vez menos pequeños accionistas que compran las acciones en bolsa pensando en la revalorización y en el dividendo, y hay cada vez más fondos de inversión e inversores extranjeros. Es decir que el ahorro, en vez de ir directamente a la bolsa va a los fondos de inversión, va a los fondos de pensiones y a las compañías de seguros. Entonces resulta que en las bolsas se reduce mucho el número de accionistas. Son accionistas que utilizan estos instrumentos empresariales ¿Por qué utilizan estos instrumentos? En primer lugar, porque piensan que en esas sociedades intermedias hay analistas y expertos que van a invertir su capital de la mejor manera posible. Por lo tanto, el fenómeno de la dispersión brutal del número de accionistas, del anonimato total de la masa de accionistas, está cambiando muy rápidamente con los fondos de

inversión, fondos de pensiones y compañías de seguros. Considero además que esa situación no debe preocuparnos, porque, en el fondo, estas entidades son buenos guardianes de la marcha de las empresas; entre otras cosas, porque tienen una responsabilidad frente a sus clientes, que les están dando dinero para que ellos lo inviertan. Creo entonces que estamos ante un fenómeno positivo, y que la crítica que se hacía hace 20 años o 30 años a la gran sociedad anónima por la separación absoluta de la propiedad y la gestión está perdiendo sus fundamentos. La antinomia entre la propiedad y la gestión está reduciéndose, y todo el sistema moderno del *Corporate Governments* va dirigido precisamente a eso, siendo fundamental el rol de los inversionistas institucionales. Todo el movimiento del *Corporate Governments* pretende estructurar la dirección y la gestión de las sociedades de manera que el consejo de administración no represente sólo a los accionistas significativos directos, sino que represente también a los accionistas significativos indirectos, a través de los fondos, y que luego represente también a lo que se llama "*firm flow*", que es la parte que realmente está en manos de la sociedad.

Dentro de las grandes sociedades nos encontramos frecuentemente con grupos de accionistas que no participan en la gestión de la empresa, sea por su ínfima participación en el capital social o porque su interés se limita a la percepción de dividendos. Estos accionistas resultan vulnerables al comportamiento oportunista de los administradores o al abuso de las mayorías ¿Cuál considera usted que es el mecanismo idóneo para protegerlos, sobre todo si tenemos en cuenta que la nueva Ley General de Sociedades ha suprimido el Consejo de Vigilancia, órgano que si bien tuvo poca relevancia práctica, al menos nominalmente estaba destinado a la protección de las minorías?

Yo tengo una opinión muy negativa del nuevo régimen de responsabilidad de los administradores en España, porque se ha endurecido mucho la Ley de Sociedades de 1951, que a mi me parecía que se encontraba en el justo medio. Yo creo que no es, en el fondo, un problema de que los administradores se sientan perseguidos por los accionistas. Lo que deben sentir los administradores es que existe un mercado de control muy sofisticado y que si no lo hacen bien, van a perder sus empleos. Y no es que los vayan a echar, es que una sociedad mal gestionada va a ser adquirida por otro grupo, otra empresa va a hacer una oferta pública de adquisición y sustituirá a todos los administradores. La adquirente va a ofrecer poco dinero a los accionistas de la adquirida porque ésta viene siendo mal administrada y con su equipo, que la va a administrar muy bien, va a crear

un beneficio extraordinario por la diferencia entre el precio que paga y el valor que va a crear. En resumidas cuentas, yo creo que es un poco antiguo hablar de cómo van a controlar los accionistas a los administradores; a los administradores más que los accionistas los controlan, de alguna forma, los inversionistas finales y, desde luego, el mercado, que los reemplazará si no funcionan bien a través del mercado de control, de los "take overs".

¿Usted cree que los accionistas, sobre todo los accionistas minoritarios y los pequeños inversionistas deben ser protegidos de alguna manera o, como propugna otro sector de la doctrina, mientras obtengan beneficios económicos y éstos beneficios sean buenos no necesitan mayor protección?

Yo no comparto esa idea, mientras ellos obtengan beneficios económicos y éstos sean buenos no necesitan más, siempre y cuando que los beneficios que perciban sean los que tiene que obtener la compañía. Pero, permítame usted decirle que ese problema ya no se plantea en el ámbito del Derecho Societario; ese problema se plantea en el ámbito del Derecho del Mercado peruano. O sea, la protección del pequeño accionista, o es muy residual -y estamos hablando del pequeño accionista de una sociedad de provincias, por ejemplo-, o debe realizarse a través de la legislación del mercado de valores, que lo protege mediante información. Es decir, hay dos casos de accionistas minoritarios: el accionista que invierte en los mercados de valores y el accionista minoritario de una pequeña sociedad. Cuando entramos a la gran sociedad, se desborda el ámbito del Derecho Mercantil y el Derecho Societario; entramos en el Derecho de los Mercados de Valores, que debe establecer las reglas de información y transparencia pertinentes para las negociaciones de las compañías.

Los procesos de integración regionales han alcanzado un auge sin precedentes, desembocando en la creación de bloques económico-políticos tales como la Unión Europea, el Nafta o el Mercosur; esto ha traído como reflejo la creación de diversas modalidades de empresas comunitarias y ha modificado substancialmente criterios clave de la legislación societaria como el domicilio o el lugar de constitución ¿Qué comentarios le merece este fenómeno? ¿Significará la introducción de cambios fundamentales en el Derecho Societario?

Los fenómenos de integración económica tocan muy de cerca a las sociedades y yo creo que está realmente en un estadio avanzado un Derecho global en materia de sociedades o, lo que es lo mismo, cada

vez se parecen más las sociedades en Europa y en EEUU. Los americanos han cedido en muchas cosas, mientras que los europeos han avanzado, se han modernizado. Las diferencias se producen ahora a nivel de las actividades domésticas, es decir, entre las sociedades pequeñas o medianas, pero yo creo que el fenómeno de integración hace que vayamos hacia un Derecho universal donde cada vez haya menos diferencias en la concepción de las sociedades de los diversos países.

Los imperativos del tráfico mercantil moderno y los abusos realizados bajo el mecanismo de la personalidad jurídica han motivado el surgimiento de la doctrina del levantamiento del velo societario, que indudablemente plantea un conflicto entre la seguridad jurídica y ciertos principios de justicia ¿Cuáles cree usted que son las dificultades que se derivan de la aplicación de esta doctrina y cómo percibe el futuro de la misma?

La teoría del levantamiento del velo se desarrolló esencialmente con motivo de un famoso proceso donde un juez español, en el año 1948, en nombre de los acreedores españoles levantó el velo de la personalidad jurídica de un gran grupo transnacional y declaró la quiebra de todos los socios e incluso ocupó físicamente los activos de las sociedades. Desde entonces hasta aquí, la teoría del levantamiento del velo se utiliza con gran éxito. Sin embargo, a mí me parece una barbarie; que se levante el velo de la personalidad jurídica y se haga responsables solidarios a los accionistas de las sociedades, hayan tenido funciones de control o no, me parece una barbaridad, supone poner en tela de juicio el principio de la limitación de la responsabilidad y el mercado sin limitación de responsabilidad no existe. La limitación de responsabilidad y la personalidad jurídica están para usarse; ahora bien, puede haber casos excepcionales -abuso de la personalidad jurídica y ciertas materias laborales- que justifiquen la aplicación del levantamiento del velo, aunque siempre de una manera restrictiva.

Finalmente, ¿cómo percibe el futuro del Derecho Mercantil *ad-portas* del siglo XXI?

El Derecho Mercantil, como su propio nombre indica, es un Derecho de mercaderes, es un Derecho del comercio. Luego se inventó la teoría de los actos de comercio. Después se dijo que era el Derecho de la Empresa, ahora se dice que es el Derecho del Mercado; entonces, yo no tengo un apego a ninguna teoría. Yo no sé si dentro de quince años vivirá el Derecho Mercantil con las mismas características que tiene ahora. Creo más bien que habrá una especie de Derecho del Mercado, un Derecho uniforme del mercado.

Estudio Yori & Bustamante
Asociados

J. Alberto Bustamante Belaunde

Martín Castro Meneses

Jacqueline Chappuis Cardich

Orlando De Las Casas

José Luis Godoy Martínez

Milagros Maraví Sumar

Ricardo Yori Umlauff

Shoschana Zusman Tinman

Canaval y Moreyra 454 5to. Piso San Isidro, Lima 27 - Perú Telf.: (51-1) 221-2861 Fax: (51-1) 421-6729
postmast@yoribus.com.pe

CORPORACION
furukawa

VIDRIOS Y CRISTALES

Av. Paseo de la República 1427 La Victoria
Central: 470-1831 Fax: 470-8660
e-mail: v28j@correo.dnet.com.pe

PERFILES Y CERRAMIENTOS

Av. México 397 La Victoria
Central: 265-4470 Fax: 265-4770
e-mail: difusa@correo.dnet.com.pe

SOCIEDAD Y ASOCIACIÓN¹

Andrea Fusaro
Colaborador del Instituto de
Derecho Privado de la
Universidad de Génova

1. EL PLANO DEFINITORIO SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE SOCIEDAD Y ASOCIACIÓN

El Código Civil italiano contiene, en su artículo 2247, una definición de sociedad, pero no contiene una definición de asociación, que se encuentra disciplinada en los artículos 14 y siguientes del mismo cuerpo legal.

La línea interpretativa más resaltante, que con el tiempo se ha consolidado (no obstante algunas teorías antagónicas de la cuales daremos cuenta), es aquella que confirma la preceptividad de la definición establecida en el artículo 2247 del Código Civil, y concibe a la asociación como un modelo residual. Se trata de la perspectiva que perpetúa la construcción funcional de los entes, identificados por su finalidad respectiva, y de aquellas otras connotaciones que las definiciones legislativas pretendan: recurriendo a la sociedad lucrativa cuando el ejercicio de una actividad económica esté dirigida a la distribución de utilidades que se podrán derivar, y a la cooperativa cuando la conducción de una empresa está organizada para garantizar a los socios una ventaja colectiva ("*vantaggio mutualistico*"); en contraste, la asociación es definida por la doctrina de los manuales asignándole la persecución de una finalidad ideal, o al menos no lucrativa.

Algunas fenomenologías quiebran la geometría de este criterio distintivo. Sobre lo relacionado a las formaciones, que han elegido voluntariamente la forma societaria, cumpliendo todas las solemnida-

La distinción entre Sociedad y Asociación ha suscitado arduos debates y discusiones interminables. Andrea Fusaro asume en este artículo los principales preceptos en base a los cuales se lleva a cabo modernamente la diferenciación de la naturaleza de estos entes jurídicos.

Concluye comentando los criterios de los que se han servido algunas sentencias italianas para efectuar la calificación de las empresas dentro de alguna de estas dos formas de caracterizar a la persona jurídica. La finalidad, nos dice, ha sido repetidamente reforzada como el criterio esencial de distinción por la Corte Suprema.

¹ El presente artículo ha sido traducido del original en idioma italiano por los señores Johan Otoyá Calle y Hugo Sifuentes Domenack. Agradecemos la valiosa colaboración del doctor Juan Espinoza al brindarnos sus comentarios a la presente traducción.

des del caso, resulta problemático confirmar el encuadramiento precedido cuando una previsión estatutaria excluye la repartición de las utilidades destinándolas en cambio a finalidades de beneficencia. Análogas perplejidades no coincidentes, suscita la sociedad que (aún en silencio del estatuto) realice sistemáticamente análogas erogaciones.

En el aspecto opuesto han generado sorpresa las hipótesis (siempre más recurrentes) de actividades económicas realizadas por las asociaciones en empresas gestionadas según la ordinaria lógica del provecho. Aún incluso, aquellas agrupaciones creadas con la sola intención de proteger y valorizar los bienes de titularidad respectiva, como los denominados consorcios de urbanizaciones ("*consorzi di urbanizzazione*"), y los consorcios entre propietarios de inmuebles en general.

La embestida más violenta ha sido efectuada por parte del legislador, el cual ha dado vida a figuras societarias en las cuales falta la finalidad de la repartición o división de utilidades (basta pensar en la sociedades consorciadas primero, y en las deportivas, después), desestabilizando, de esta manera, los fundamentos de aquella lógica de distinción.

2. GALERÍA DE CRITERIOS DISTINTIVOS.

Al día siguiente de la entrada en vigor del Código Civil italiano de 1942, fue inmediatamente evidente el antagonismo entre las dos concepciones de la división de los entes: aquella estructural, de inspiración alemana, y la opuesta, de criterio de finalidad, de matriz francesa.²

De carácter estructural era el criterio distintivo según el cual la sociedad resulta de un número de personas determinado, mientras que las asociaciones, reposan sobre el cambio de los miembros.³

En posición intermedia se colocaba la tesis por la cual la sociedad desarrolla una actividad productiva, y la asociación, por el contrario, una actividad satisfactoria.⁴ Concepción, esta última, en verdad afín a aquella (particularmente autorizada) según la cual en la sociedad el patrimonio social se emplea en operaciones con terceros, y "el derecho del socio está referido a la participación en la repartición de la utilidad resultante de estas operaciones"; mientras que en la asociación se confiere a los participantes "la posibilidad de gozar directamente de determinados servicios", salvo que se trate de formaciones altruistas.⁵

El criterio de la finalidad era el destinado a prevalecer. Una primera versión proponía definiciones en positivo, asignando una finalidad económica a la sociedad, y una ideal a la asociación.⁶ Una segunda versión otorgaba a la asociación una finalidad económica diferente a la repartición de utilidades, y consideraba índice revelador de la subsistencia de una sociedad la predeterminación de cuotas; es decir, del "porcentaje que, sobre las ventajas efectivamente producidas, correspondería a todo miembro."⁷

Otra versión, destinada a mayor éxito, acreditaba la fisonomía residual de la asociación no reconocida, atribuyéndole todas las finalidades que no sean caracterizantes de otras figuras.⁸

No ha faltado la tesis que negaba la coesencialidad de la finalidad de lucro a los tipos societarios. Se trata de una opción interpretativa que agrupa teorías marcadas por diversos matices culturales sucedidos a través de las épocas, a partir de una primera propuesta de lectura "amputada" del artículo 2247 del Código Civil italiano, que sugiere calificar a la sociedad como el grupo que ejercita una actividad económica, prescindiendo del fin de la repartición de utilidades.⁹

² Me permito remitirlos a mi trabajo anterior: A. FUSARO. *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi di esperienze atipiche*. Padova, 1991, especialmente Cap. I.

³ F. FERRARA (Hijo). En las notas de actualización a F. FERRARA (Padre). *Le persone giuridiche*. nota (3). II ed. Torino, 1956. p. 76; C. GANGI. *Personae fisiche e persone giuridiche*. II ed. Milano, 1948. p. 271.

⁴ A. FALZEA. *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazioni*. En: *Giur. Compl. Cass. Civ.* Tomo III, 1947. p. 987.

⁵ T. ASCARELLI. *Società, associazioni, cooperative e trasformazioni*. En: *Riv. dir. comm.* Tomo II, 1949. p. 425.

⁶ D. BARBERO. *Sistema istituzionale del diritto privato*. Vol. II. IV ed. Torino, 1955. p. 503.

⁷ D. RUBINO. *Le associazioni non riconosciute*. II ed. Milano, 1952. p. 16.

⁸ A. AURICCHIO. *Voz de Associazione* (en general). En: *Enc. Dir.* Vol. III. Milano, 1958. p. 874.

⁹ M. CASANOVA. *Le imprese commerciali*. Torino, 1955. p. 82; P. VERRUCOLI. *Le società cooperative*. Milano, 1958. p. 140; y, ZANELLI. *Le nozioni di oggetto sociale*. Milano, 1962. p. 99.

Lo relevante de la última finalidad como criterio discrecional fue, más tarde, contestado por el movimiento cultural que, en los años setenta, teorizó el sobrevenido "ocaso de la finalidad de lucro" como un elemento causal e identificatorio de los tipos societarios. La tesis estaba apoyada sobre la observación de la praxis llena de sociedades de capitales empleadas bajo la forma "omnibus", y sobre argumentos textuales, como el del tenor reformado del artículo 2332 del Código Civil italiano, que no considera la falta de finalidad de lucro entre las causales de nulidad, ni la ausencia del efecto sobrevenido de la finalidad lucrativa entre las causales de disolución a las cuales se hace referencia en los artículos 2372 y 2448 del Código Civil italiano.¹⁰ Esta construcción fue confirmada mediante Ley 377 del 10 de mayo de 1976, sobre las sociedades consorciales (artículo 2615 *ter* del Código Civil italiano), y la Ley 91 del 23 de mayo de 1981, sobre las sociedades deportivas.

En el transcurso de un decenio, este movimiento cultural se ha afianzado de manera tal, que ahora la mayor parte de la doctrina considera como inaceptable el empleo de la sociedad para la persecución de fines no lucrativos.¹¹

Merece, sin embargo, dar cuenta de aquella posición que ha señalado que la repartición fundada sobre la finalidad lucrativa reposa en un sustrato esencialmente ideológico y político.¹² Respecto a los intereses de terceros, la distribución o no de las utilidades entre los socios sería del todo indiferente; por tanto, debe excluirse que el legislador organice el sistema de los vínculos en función de la destinación de los resultados sobre los contratos asociativos, asumiendo como objetivo primario la tutela de los acreedores.¹³

3. LAS ORIENTACIONES DE LAS CORTES. REGLAS OPERACIONALES

La jurisprudencia ha mostrado preferencia por el criterio distintivo fundado sobre la finalidad, como señala aquella lejanísima sentencia que calificó en los términos de "contrato asociativo innominado" el acuerdo entre los miembros del "Branco", artistas agrupados para divulgar los respectivos trabajos a la crítica y al público, con la finalidad de favorecer las ventas¹⁴. O aquella otra en la cual la Corte Suprema calificó como asociación, poniendo en evidencia la falta de finalidad de lucro y de fondo común, a un ente dirigido a la "mutua colaboración entre los asociados, con el objetivo de disponer la realización industrial de aquellas iniciativas de los asociados o de extraños que, por examen del comité directivo, resultasen merecedores a ser animados."¹⁵

Hacia finales de los años cincuenta se colocaba el antecedente judicial relativo a la "s.r.l. Villaggio S. Francesco di Ragalme", cuyo estatuto excluía expresamente la repartición de utilidades entre los socios. En recurso de apelación fue confirmada su naturaleza societaria¹⁶ sobre la base de la lectura "amputada" del artículo 2247 del Código Civil italiano descrita anteriormente.¹⁷ La Casación revocó el fallo, reafirmando la esencia de la finalidad de la repartición de utilidades. A la solución de declarar la nulidad de la sociedad fue, sin embargo, preferida aquella de admitir su posible asimilación (en sede de mérito) a una asociación.¹⁸

Esta última opción interpretativa se alcanza a partir de la técnica de la conversión del negocio nulo.¹⁹

El criterio discrecional fundado sobre la finalidad ha sido repetidamente reforzado por la Corte Su-

¹⁰ G. SANTINI. *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*. En: *Riv. Dir. Civ.* Tomo I, 1971. p. 151.

¹¹ G. MARASA. *Le "società" senza scopo di lucro*. Milano, 1984. p. 141; F. GALGANO. *Diritto commerciale I. Le società in genere*. V ed. Bologna - Roma, 1994. p. 15.

¹² P. VERRUCOLI. *The non profit organizations. A comparative approach*. Milano, 1985.

¹³ D. PREITE. *La distinzione degli utili nei contratti associativi*. Milano, 1987. p. 14. L'A ha profundizado la observación del modelo americano, ir a la ilustración de G. PONZANELLI. *Le "non profit organizations"*. Milano, 1985.

¹⁴ Tribunal de Firenze. 1 de abril de 1947. En: *Giur. It.* Tomo I. Vol 2, 1948. p. 217.

¹⁵ Cass. 3 de marzo de 1949. En: *Riv. Dir. Comm.* Tomo II, 1950. p. 161.

¹⁶ App. Roma. 5 de junio de 1957. En: *Foro it.* Tomo I, 1957. p. 1274.

¹⁷ Ver cita precedente.

¹⁸ Cass. 14 de octubre de 1958. No. 3261. En: *Foro it.* Tomo I, 1958. p. 1817.

¹⁹ App. Firenze. 17 de mayo de 1974.

prema, especialmente con respecto a la fenomenología de asociaciones titulares de empresas. Más recientemente, con la “*Opera Don Guanella*”, ha sido confirmada la naturaleza de asociación, no obstante que esta ejercite actividades objetivamente lucrativas, reforzando la coesencialidad de la distribución o repartición de utilidades al tipo societario.²⁰ Con esta ocasión se acredita una amplia acepción de la utilidad a la cual se refiere el artículo 2247 del Código Civil, extendiéndola a “cualquier utilidad económica consistente, sea en un ahorro de gastos, u otra ventaja patrimonial realizable a través de la actividad social.” Pero no obstante tales *obiter*²¹ que acreditan lecturas extensas del artículo 2247 del Código Civil, la finalidad económica no es coincidente con la distribución de utilidades confiadas a la asociación, como resulta de la jurisprudencia formada en relación a los consorcios de urbanización.²²

Cuando las cortes son llamadas a la lectura de los estatutos societarios confirman, en línea de principio, esta orientación. Es testimonio de ello la decisión que ha excluido a la “promoción, gestión y administración de un fondo constituido por suscripciones voluntarias y destinadas a financiar los gastos de becas de estudio”, que puedan constituir objeto de una sociedad.²³ A su vez, parece menos alineada con dicha orientación la sentencia que había reconocido plenamente conciliable con la causa de la S.R.L. la previsión estatutaria que remitía a la asamblea gene-

ral la destinación de la cuota de liquidación en el ámbito de finalidades erogativas.²⁴

La orientación más ortodoxa ha acogido sucesivas aplicaciones por parte de la Corte Suprema, incluso con respecto a asociaciones titulares de empresas.²⁵

BIBLIOGRAFÍA

- T. ASCARELLI, *Società, associazioni, cooperative e trasformazioni*. En: *Riv.dir.comn.*, 1949, II 425.
M.CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino 1955.
A. FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società di associazioni*. En: *Giur, Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 987.
A. FUSARO, *L' associazione non riconosciuta. Modelli normativi de esperienze atipiche*, Padova, 1991, spec. Cap I.
F. GALGANO, *Diritto commerciale. I. Le società in genere*, Bologna-Roma, Ved., 1994
G. MARASA', *Le "società" senza scopi di lucro*, Milano, 1984.
G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, 1985.
D. PREITE, *La distinzione degli utili nei contratti associativi*, Milano, 1987.
G. SANTINI, *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*. En: *Riv. Dir. Civ.*, 1971
P. VERRUCOLI, *The non profit-organizations. A comparative approach*, Milano, 1985.
P. VERRUCOLI, *Le società cooperative*, Milano 1958.
E. ZANELLI, *Le nozioni di oggetto sociale*, Milano 1962.

²⁰ Cass. 9 de noviembre de 1979. No. 5770. En: *Giust. Civ.* Tomo I, 1980. p. 2255 (comentada por P.SPADA. *Note sull' argomentazione giuridica in tema di impresa*) la cual ha agregado que “es posible que los socios obtengan la ventaja derivada de la actividad social y no por el trámite de la sociedad.”

²¹ Nota del traductor: Afirmaciones incidentales o secundarias en una sentencia.

²² Cass. 14 de octubre de 1992. No. 11218. En: *Corr. Giur.*, 1993. p. 49; con mi nota: *Il socio è "prigioniero" del consorzio di urbanizzazione?*, al cual reenvío para posteriores referencias.

²³ Trib. Roma, decr. 3 de noviembre de 1982. En: *Soc.*, 1983. p. 902.

²⁴ App. Milano. 21 de setiembre de 1982. En: *Guir. Comm.* Tomo II, 1984. P. 94, con notas de G. MARASA, la cual ha observado que es suficiente la satisfacción de cualquier interés de los socios.

²⁵ Cass. 17 de enero de 1983. No. 341. En: *Banca, Borsa, Titoli di credito*. Tomo II, 1984. p. 165; Cass. Sez. Lav. 9 de febrero de 1989. No. 819. En: *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989. p. 519; y en: *Giust. Civ.* Tomo I, 1989. p. 2643. Por último: Cass. 18 de setiembre. No. 9589. En: *Foro it.* Tomo I, 1994. p. 3503, en margen de un tipo legal particularmente complicado del cual era protagonista una denominada “*Fundazione istituto parificato Pitagora*” cuya verdadera naturaleza era más propiamente asociativa. La sentencia ha casado App. Palermo de 7 de abril de 1989. En: *Guir. Comm.* Tomo II, 1992. p. 61, con notas de M. PERRINO. *Esercizio indiretto dell' impresa "scolastica", associazione e fallimento*.

LAS FORMAS ESPECIALES DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Alfredo Ferrero Diez Canseco
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad Católica
Master en Derecho
Universidad de Harvard
Miembro de la Comisión Reformadora
de la Ley General de Sociedades

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 9 de diciembre de 1997 se publicó la Ley 26887, nueva Ley General de Sociedades, que entró en vigencia el 1 de enero de 1998. Dentro de la diversidad de instituciones que han sido reguladas y modificadas por la Comisión Reformadora, de la cual formamos parte, tiene particular importancia la creación de las modalidades o formas especiales de sociedad anónima que a partir de la vigencia de la ley van a coexistir con la sociedad anónima ordinaria. Estas son la sociedad anónima cerrada (SAC) y la sociedad anónima abierta (SAA); instituciones de las que nos ocuparemos en las siguientes páginas.

El tema de los tipos o modalidades de sociedad anónima tiene una relación directa con la evolución de los conceptos bajo los cuales se ha concebido tradicionalmente esta figura societaria. Según Rodrigo Uría¹, el origen de la sociedad anónima está ligado a las compañías creadas en el siglo XVII para el comercio con las Indias. El descubrimiento de las nuevas rutas comerciales crea un clima favorable para la realización de grandes expediciones que generalmente no podían ser afrontadas por empresas tradicionales de carácter cuasi familiar. Entonces, surge la idea de constituir compañías con un gran capital y que éste se encuentre dividido en pequeñas partes alícuotas denominadas acciones. Esto permitía y facilitaba la reunión de fuertes capitales necesarios para realizar estas grandes expediciones, repartiendo así el riesgo del comercio colonial entre los diversos aportantes. Sin embargo,

Los postulados sociales y económicos de cada época han ido reclamando constantemente la reforma de la sociedad anónima, variando su fisonomía de acuerdo a las cambiantes necesidades del tráfico mercantil. Una de las manifestaciones más claras de la adaptación del Derecho Societario a las exigencias del mercado globalizado y altamente competitivo propio de nuestra época, es la diversificación de la tipología de la sociedad anónima. En efecto, asistimos al abandono del ordenamiento unitario propio del siglo pasado -que regulaba de manera idéntica a fenómenos tan diferentes como la pequeña sociedad anónima familiar y la gran corporación- y a su sustitución por un tratamiento diferenciado para los diversos tipos de sociedades anónimas.

El Perú no ha podido ser ajeno a este fenómeno, y a lo largo del presente artículo el doctor Ferrero Diez Canseco -miembro de la Comisión reformadora de la Ley General de Sociedades- describe las diversas modalidades de sociedad anónima que incorpora la nueva Ley General de Sociedades, haciendo hincapié en los criterios utilizados para diferenciar los diversos tipos societarios y las consecuencias que se derivan de dicha distinción.

¹ Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil, 17ed. Madrid: Marcial Pons, 1990. pp.215-216.

estas sociedades anónimas eran compañías distintas a las que hoy en día conocemos, pues eran compañías semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas que las dotaban de personalidad jurídica y les conferían beneficios casi monopolísticos. Es recién con la revolución francesa, bajo los postulados del capitalismo liberal, que la sociedad anónima se distancia del Estado y deja de ser semipública.

A principios de siglo, las sociedades anónimas eran conceptualizadas como un capital con personalidad jurídica² y como la forma jurídica típica de las grandes sociedades o grandes empresas; y han terminado siendo, en la realidad, la sociedad de todo capital, sea este grande o pequeño. Sin embargo, y a pesar de sus múltiples reformas, la sociedad anónima no ha dejado de ser una sociedad por acciones, cuya organización se sustenta en el capital que aportan los socios, el mismo que se destina a la explotación del negocio y donde el socio no arriesga más allá de su aporte, siendo éste el límite de su responsabilidad, produciéndose lo que llama Garrigues, la "incomunicación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios".

La realidad actual nos muestra una sociedad anónima en la cual los conceptos alrededor de los que giraba hace tan sólo unas décadas no han permanecido inmutables con el transcurso del tiempo. Como lo reconoce la doctrina en general, la industria moderna y la empresa en su conjunto se han servido de la sociedad anónima para el logro de sus fines y ha sido función de los juristas y legisladores, hacer atractivo este instrumento para los inversionistas, comerciantes y empresarios.

El Derecho Mercantil, nacido de la práctica, ha ido con el paso del tiempo dándole a la sociedad anónima la forma jurídica que responda a las necesidades del comercio. La acción primero y luego la bolsa de valores fueron inventadas para captar el ahorro del público y proveer el financiamiento de las empresas.

El Estado y sus organismos se preocupan y están atentos a las actividades que realizan durante su vida, ya no con la finalidad única y exclusiva de proteger el derecho privado de los accionistas minoritarios sino también, y principalmente, debido a que las empresas mercantiles se han incorporado a la vida social como un elemento importante dentro de la economía del Estado; interesa cautelar a los terceros, a los acreedores, al público en general, al

consumidor y al Estado mismo. Existe, qué duda cabe, una pluralidad de intereses involucrados en la sociedad anónima que requieren su atención.

2. APUNTES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Como hemos afirmado, la sociedad anónima estaba concebida hasta hace no mucho como un capital con personalidad jurídica y como la sociedad típica de las grandes empresas; y, en algunas legislaciones, ha terminado siendo la sociedad de todo capital, sea grande o pequeño. Esta figura no ha permanecido estática en el tiempo, por el contrario, respondiendo a las necesidades empresariales de cada época, ha sufrido cambios y ha evolucionado. Hasta hace algunas décadas existían temas considerados como "dogmas" cuya discusión o debate eran inimaginables, pero los tiempos actuales caracterizados por los cambios económicos y sociales constantes obligan a su tratamiento legislativo y doctrinario. Tal es el caso, por ejemplo, de las acciones sin derecho a voto; siendo el derecho a voto, en teoría considerado como el derecho "político" por excelencia, al ser el elemento a través del cual la sociedad anónima adquiere su esencia democrática, por lo que era difícil concebir una acción que no lo posea. Hoy, en cambio, pocos discuten -más allá de un mayor o menor éxito de ellas, dependiendo de las experiencias diversas, fruto de cada legislación- la vigencia y utilización de esta institución moderna, originada en la diversidad de intereses que encontramos en el universo de accionistas.

Para graficar esta evolución, cabe comentar que a pesar de ser la sociedad anónima una sociedad por acciones, en la que en "teoría" no interesa quien es el socio ni su actividad personal sino cuál es su aportación patrimonial; este "desinterés" en la persona del socio no tiene el mismo sustento cuando nos referimos a una "sociedad cerrada", en la que no sólo interesa la participación patrimonial sino también la actividad personal y la persona misma (su prestigio, experiencia, forma de pensar y actuar); más aún, el *affectio societatis* e *intuitu personae* prevalecen incluso sobre el *intuitu pecuniae* , interesando principalmente para su ingreso a la sociedad las cualidades personales del socio aportante, quedando en un segundo plano su capacidad de aportar y el monto de su contribución.

Han sido los postulados sociales y económicos de cada época los que han ido "reclamando" constantemente la reforma de la sociedad anónima, la que a

² Broseta Pont. Manual de Derecho Mercantil, 8 ed. Madrid: Tecnos, 190. p. 195.

pesar de sus múltiples cambios es una organización jurídica sostenida por el capital que aportan los socios, el mismo que se destina a la explotación de la empresa y que mantiene como su principio y pilar doctrinario básico que el socio no responde más allá de lo aportado, siendo éste el límite máximo de su responsabilidad.

En el transcurso de esta evolución, como mencionamos anteriormente, el Estado ha dejado de tener una participación significativa y decisiva al momento de la constitución de la sociedad, para preocuparse más de las actividades que ésta realiza (atento a una multiplicidad de intereses, incluso los suyos, que podemos graficar fácilmente a través del cobro de tributos). Si bien en sus inicios la sociedad anónima, desde el punto de vista de su constitución, era de carácter semipúblico; y el desarrollo de sus actividades se realizaba sin una mayor intervención estatal, ésta situación fue cambiando con el tiempo. En la actualidad podemos afirmar que la sociedad anónima ha perdido el carácter meramente privado de su actividad para convertirse en una institución que debe ser vigilada o supervigilada por el Estado y sus entidades, debido a la pluralidad de intereses involucrados en ella. A su vez, se empieza a tener conciencia y a debatir temas como el del interés social, que es aquel interés propio de la empresa, distinguiéndose éste del interés de los accionistas o de la mayoría, para enfocarlo como uno distinto e independiente que responde al interés de la persona jurídica como ente susceptible de imputación de derechos y obligaciones con responsabilidad y patrimonio propios. Como afirmó el distinguido doctor Rodrigo Uría M., en una conferencia magistral en la Pontificia Universidad Católica del Perú, "el interés social es aquel que pretende maximizar el valor de la empresa"³.

2.1. De los accionistas

Analizando la problemática de la sociedad anónima desde el punto de vista de los accionistas podemos hallar sin mucha dificultad que estos responden a distintos y diversos intereses; y que si bien es cierto que a todos se les puede identificar con el interés común genérico que es el fin de lucro, no para todos este fin de lucro se representa de la misma forma o manera.

Podemos identificar así, distintas clases de accionistas:

- Los accionistas de "mando o gestión", interesados en participar activamente en la dirección y administración de la empresa a través de los órganos sociales. Son aquellos accionistas a quienes podemos calificar como promotores de la actividad empresarial y que tienen ánimo de permanencia.

- Los accionistas "rentistas", llamados también de colocación, cuyo interés radica en invertir su capital de la forma más conveniente para poder obtener un dividendo. Generalmente este grupo de accionistas no está muy interesado en la gestión social y están conscientes de que serán precisamente los accionistas de mando los encargados de dicha labor.

- Un tercer grupo serían los accionistas "jugadores o mercaderes", según los denomina Joaquín Garrigues⁴, también llamados de especulación o nómades, que compran y venden las acciones para ganar con la diferencia en el valor de las mismas.

Definida esta diversidad de intereses que nos permite clasificar a los accionistas, podemos desarrollar un poco más el tema.

El accionista de mando aspira a fortalecer la empresa y a proveer su autofinanciamiento, aunque esto implique restringir la política de distribución de dividendos; mientras los "accionistas rentistas", como los hemos denominado, tienen un interés inverso y hasta opuesto, ya que aspiran a una repartición de las utilidades y cuanto más frecuente sea este reparto mejor. Los accionistas mercaderes, de otro lado, estarán interesados en el valor de la acción independientemente de cuál sea la política con respecto al reparto de dividendos, con el fin de obtener ganancias en una futura venta de las mismas.

La diversidad de intereses implica un conflicto casi permanente entre los accionistas que aspiran a tener dividendos a corto plazo y/o mediano plazo y el accionista administrador o de mando que pretende la estabilidad del negocio y beneficios más a largo plazo. Como ya se ha indicado, unos generalmente optan por el reparto de los dividendos y los otros por la reinversión de las utilidades.

³ Conferencia magistral del doctor Rodrigo Uría M. en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú realizada el 22 de abril de 1998.

⁴ Comentando la clasificación de accionistas hecha por José de la Vega hace ya largo tiempo en su obra "Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo" (Amsterdam, 1668). Garrigues, Joaquín. Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, 1971. pp. 57 y ss.

El accionista administrador o de mando tiene ánimo de permanencia, mientras que los rentistas y mercaderes sólo pretenden colocar su capital y/o adquirir acciones con el fin de obtener una ganancia, ya sea con los dividendos o con el incremento en el valor de la acción, y tienden a la transmisibilidad del título cuando sus expectativas no se obtienen o una vez logrados sus objetivos.

Esta diversidad ha dado origen a la creación de figuras y mecanismos jurídicos que se adecúan a los distintos intereses más que a un interés particular único que no se presenta en la realidad. Así surgen instituciones como la acción sin derecho de voto, que sacrifica este derecho por un mayor dividendo.

Es importante anotar que una misma persona puede tener esta diversidad de intereses respecto de varias empresas. En un caso actuará como un accionista de mando y en el otro podrá hacer las veces de accionista mercader o rentista.

La diversidad de intereses y las acciones sin voto son algunos de los factores que contribuyen al resquebrajamiento de la aplicación del principio mayoritario del capital, rompiéndose la trilogía aporte-acciones-voto (ya que si bien existen las acciones y los aportes es posible "canjear" el voto) y trastocándose los mecanismos de formación de la voluntad social donde el derecho de voto es el derecho esencial.

3. BREVE APUNTE RESPECTO DE LA REFORMA EN CUANTO A LAS FORMAS SOCIALES A INCLUIR

La problemática de una reforma requiere apreciar la realidad económico-empresarial como soporte de una ordenación tipológica de las formas sociales a ser legisladas; es necesaria una reflexión y análisis respecto de los tipos sociales y sus relaciones mutuas. Como dice José María Gondra Romero, "el análisis de la realidad económico-social, concretamente de los tipos empíricos de empresas, constituye el '*prius*' lógico para una ordenación racional de los tipos societarios, en el doble plano independiente de su función y de su estructura"⁵.

Si no se dispone por la vía legislativa formas de organización societarias suficientemente diferenciadas, incurriríamos en una "des-economía"⁶ jurí-

dica ante la coexistencia de formas jurídicas que ocupan el mismo espacio en la realidad económico-social, ya sea por una insuficiente diferenciación estructural o porque éstas no se ajustan a las necesidades de la realidad.

4. LA NECESIDAD DE DIVERSIFICAR LA TIPOLOGÍA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El Derecho Mercantil, de carácter dinámico y flexible, ha ido en el transcurso del tiempo dándole forma jurídica a las necesidades de los modelos económicos y sociales de cada época. La acción primero y la bolsa de valores después fueron creadas para captar el ahorro y dirigirlo hacia el financiamiento de las empresas. En la actualidad se reconoce universalmente un tratamiento legislativo diferenciado entre las sociedades que cotizan en la bolsa de valores y aquellas que no lo hacen, tratándose incluso aspectos de las sociedades que cotizan en bolsa dentro de la normativa específica de la bolsa o del mercado mobiliario o de valores. Es claro el distingo legal que se les da a las sociedades denominadas cotizadas y a aquellas cuyos títulos no están sometidos a la cotización del mercado.

Las sociedades que cotizan sus acciones en bolsa están sometidas a determinados controles, con los que se persigue cautelar el interés social, los fondos públicos y el interés de los accionistas que se encuentra, por lo general, disperso por el gran número de ellos. El aspecto del control no es el único determinante, también es necesario para que los títulos sean negociables en la bolsa de valores que exista una pluralidad de socios lo suficientemente extensa como para que el título sea cotizado y tenga un valor de mercado para compradores y vendedores.

La difusión de acciones en el público ahorrista como medio de inversión es lo que provoca, a su vez paradójicamente, el desinterés de estos accionistas en la administración de la empresa, conscientes de la pequeñez de su aporte y de su escaso grado de influencia en las juntas de accionistas; dando lugar al famoso tema del ausentismo en las asambleas. Este desinterés origina que la dirección de la empresa en las sociedades con un accionariado disperso o difundido quede en manos de una "minoría" interesada, que busca el desarrollo de la empresa con beneficios a largo plazo y donde las decisiones se toman no por mayorías absolutas, en cuanto al

⁵ Gondra Romero, José María. La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades. En: AAVV. ¿Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada?. Madrid: Civitas, 1992. p.52.

⁶ Loc.cit.

número de acciones del total del capital suscrito o pagado, sino por mayoría relativa, es decir, minorías calificadas que respecto del total del capital aportado terminan relativamente siendo una "mayoría".

La complejidad del mundo actual trae como consecuencia y evidencia la necesidad de experiencia y conocimientos para el manejo de la empresa, como consecuencia de lo cual cada vez más se delega el gobierno y las decisiones de la sociedad en funcionarios con estas características, produciéndose una disociación notoria entre la propiedad y la gestión.

Debido a la acumulación de grandes capitales y la pluralidad de accionistas en las sociedades anónimas, los beneficios de los titulares ya no dependen tanto de su iniciativa o energía sino de la administración (Gerencia y Directorio). Esto es más evidente en el caso de la sociedad anónima abierta, donde el accionista pasa a ser un simple suministrador de capital con o sin derecho a voto; y aún cuando tiene dicho derecho en no pocas oportunidades, en la mayoría de ocasiones ni siquiera lo ejerce.

La importancia cada vez más creciente del Directorio como órgano de administración y de control efectivo en detrimento de la asamblea de socios, conlleva a un incremento en los parámetros de responsabilidad de sus integrantes; exigiéndose además cierto grado de experiencia, conocimientos y manejo como "comerciante".

Las concepciones políticas, económicas, sociales y filosóficas han dejado sentir su influencia con consecuencias que podemos apreciar. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- El creciente control estatal para la protección del ahorro público.

- El quebrantamiento del principio de igualdad, donde cada acción da derecho a un voto; creándose categorías de acciones sin voto, acciones de voto plural y acciones privilegiadas (clases de acciones con diverso contenido de derechos).

- Se han abierto distintos frentes de "lucha" entre los accionistas. Ya no presenciamos sólo el enfrentamiento entre el accionista mayoritario y el minoritario; observamos también esta situación entre los especuladores y los inversionistas, los administradores y "los jugadores", etc.

- Exigencia por parte de los bancos y financieras de información relacionada no sólo con la empresa en sí, como persona jurídica con autonomía patrimonial,

sino también (alcanzando vía avales o fianzas el patrimonio de los socios), de los directores y en algunos casos de los gerentes; solicitando garantías de aquellos e incluso de empresas vinculadas por la vía del accionariado o de la dirección.

Es curioso que justamente las características que impulsaron la concepción de sociedad anónima y que hicieron de ésta el instrumento de la gran empresa y del desarrollo industrial, tecnológico y moderno (como la recolección de grandes capitales representados por títulos de fácil negociabilidad), sean a la vez las que han provocado la "crisis" que afecta a la sociedad anónima tradicional.

5. LA REFORMA DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES (LGS) EN LA TIPOLOGÍA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: HACIA UNA SOCIEDAD ANÓNIMA MODERNA

Existe consenso en sostener que la sociedad anónima se encuentra en permanente evolución y que su estructura jurídica se va adaptando a las necesidades de la realidad económica y social. Por esta razón, la formulación de una reforma de la Ley de General de Sociedades en el Perú requirió el análisis previo de varios aspectos fundamentales de necesaria definición con anterioridad a ella, o cuando menos, durante el transcurso de la misma.

Uno de los aspectos a definir era el relativo a la relación entre la dimensión de la empresa y el tipo social elegido por el empresario. La Comisión Reformadora de la Ley, al analizar este aspecto, concluyó -sea porque la legislación vigente a esa fecha lo incentivaba o porque el empresario así lo determina- que la sociedad anónima es el tipo social más utilizado; esto además se sustenta en criterios objetivos y estadísticos. Aún en los pequeños y medianos negocios se prefería la forma de sociedad anónima a la de sociedad comercial de responsabilidad limitada (SRL) o a cualquier otra forma societaria. La reforma debía, por lo tanto, tener como protagonista central a la sociedad anónima.

Si nos remontamos a las ordenanzas de Bilbao, la sociedad colectiva era considerada la sociedad mercantil por excelencia, hoy en día tiene casi la categoría de reliquia histórica. Tan es así, que expresamente se establece en las normas mercantiles, como castigo para las sociedades irregulares, que se les aplicarán a estas las normas de la sociedad colectiva (responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios).

Es extenso el análisis de la doctrina respecto de las características que determinan el alto grado de

popularidad de la sociedad anónima. La distribución del riesgo de la empresa entre varias personas que aportan una porción de su capital a la persona jurídica y el "privilegio" de limitar los riesgos que conlleva toda actividad empresarial y las posibles pérdidas al monto de su aportación son, sin lugar a dudas, elementos muy apreciados por los empresarios. Este tipo social otorga la posibilidad de amortiguar los efectos del riesgo empresarial fomentando la asunción por los particulares de actividades empresariales arriesgadas. Sin embargo, estas no son las únicas características que explican la popularidad de la sociedad anónima, habría también que mencionar la flexibilidad en su funcionamiento y la fácil transmisibilidad de los títulos.

6. SOCIEDAD ANÓNIMA, ¿LA SOCIEDAD DE LOS GRANDES CAPITALES?

El comprobado éxito de las sociedades anónimas impulsó a implementar la modalidad legislativa plasmada por la Comisión Reformadora. La reforma debía girar alrededor de la sociedad anónima; incluso son más numerosas las sociedades anónimas pequeñas y medianas que las de gran dimensión.

Las alternativas eran en principio dos. La primera implicaba repotenciar o modificar la legislación sobre la sociedad de responsabilidad limitada o redefinir u orientar un tipo de sociedad distinta a la sociedad anónima para que ésta sea la alternativa de las pequeñas y medianas empresas; tal fue la opción, por ejemplo, elegida por el legislador español, que utiliza a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, con las particularidades que mencionaremos más adelante. La segunda alternativa era plantear, dentro del tipo general de la sociedad anónima, una diversidad de modalidades o formas especiales; llámense la abierta, la cerrada y la sociedad anónima que para estos efectos denominaremos "ordinaria o normal" -para distinguirla de las otras-, cada una con características propias, pudiendo cualquiera de estas tres alternativas ser elegida por el empresario. Esta opción fue finalmente la elegida e incorporada en la nueva Ley General de Sociedades.

Legislaciones como la alemana y española han optado por la opción de reservar la sociedad anónima para la empresa de gran capital y habilitar nuevos tipos sociales para las empresas de pequeña y mediana dimensión, impulsadas por las directivas de la Comunidad Económica Europea.

La realidad nos ha demostrado que la sociedad anónima es un tipo social polivalente que ha sido y está siendo utilizado para toda clases de empresas, siendo preferido incluso para las empresas de pequeño y mediano volumen económico, por lo que no existe motivo para forzar al empresario a modificar su gusto respecto al tipo societario que más le acomoda⁷.

6.1. El capital social mínimo.

Una forma utilizada en algunas legislaciones⁸ para desincentivar, y de esa forma impedir, a las pequeñas empresas el uso de la sociedad anónima, es requerir para su constitución un capital mínimo elevado (como en el caso de la legislación española) y/o la exigencia de un gran número de fundadores. El fijar un límite mínimo de capital social para la sociedad anónima contribuye a disuadir a los negocios pequeños de la utilización de esta forma societaria, más aún si el capital social mínimo establecido es de un monto considerable.

En nuestra opinión, en el Perú esto hubiese incentivado la informalidad y desincentivado no sólo el uso de la sociedad anónima sino también la constitución formal de empresas. Estas razones fueron sopesadas para que el proyecto que hoy día se plasma en una ley, no fije un capital social mínimo para la sociedad anónima; más aún, los antecedentes legislativos peruanos tampoco habían considerado esta posibilidad. La no fijación de un capital social mínimo como requisito permite al titular de la empresa del más escaso volumen económico acogerse a ese tipo social, eliminándose la barrera que representa el establecer un tope mínimo de capital, como se estableció en España, para poder acceder a esta forma societaria.

Es importante anotar que el planteamiento del capital mínimo en la legislación española se realiza en

⁷ En la Comisión Reformadora considerábamos innecesario forzar el desplazamiento de los pequeños y medianos empresarios, con pequeños y medianos negocios, hacia una figura distinta a la sociedad anónima, ya que el empresario había elegido con claridad sus preferencias.

⁸ La Ley de Sociedades Anónimas española aprobada por Real Decreto Legislativo del 22 de diciembre de 1989, en su artículo 4 señala lo siguiente: "Capital mínimo.- El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda".

cumplimiento de las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) que proponen la unificación de la legislación en la materia en los diversos países que la integran⁹.

7. LAS MODALIDADES DE SOCIEDAD ANÓNIMA¹⁰

7.1. Criterios genéricos de distinción.

Uno de los aspectos más difíciles de determinar en el tema relacionado a la diversidad o formas especiales de sociedades anónimas, es el relativo a los criterios que nos permiten diferenciar entre las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas. Es necesario intentar establecer criterios claros para distinguir una modalidad de sociedad anónima de otra ya que participan de un mismo tipo social. Denominar a las sociedades anónimas como grandes, medianas o pequeñas nos introduciría a una pregunta de por sí subjetiva, ¿a partir de qué momento una sociedad deja de ser pequeña para convertirse en mediana o grande?; esta clase de criterios nos conducen al mismo callejón del cual tratamos de salir.

De esta manera, creemos que podemos referirnos a criterios de forma, como: el monto de capital, el número de socios, el llamamiento al público y la cotización en bolsa; y criterios de fondo como: coincidencia de propiedad y dirección y predominio del *intuitu pecuniae* o del *intuitu personae*.

Pensamos que no es posible aplicar uno sólo de los criterios. Podríamos concluir alegando la ineficiencia de un criterio unitario, ya que aislada y separadamente ninguno de ellos ofrece una fuerza diferenciadora suficiente; sin embargo, si los complementamos y combinamos podremos alcanzar una separación adecuada entre ambos tipos de sociedades anónimas.

7.1.1. El capital.

En cuanto a los criterios de forma, el del capital es uno de los índices externos de importancia en la

sociedad; sin embargo, éste no define el mecanismo de estructura interna, la que finalmente será determinada por el carácter de la sociedad anónima (si es abierto o cerrado), por la libertad de acceso y de salida de los socios, por las restricciones a esa libertad, la existencia y funcionamiento de sus órganos, etc. El monto del capital como índice externo no es suficiente, ya que una sociedad con importante capital social puede ser de carácter cerrado, aún cuando se tiende a identificar al gran capital con la sociedad anónima abierta; por lo que creemos que el capital solo no basta para permitirnos diferenciar a una sociedad abierta de una cerrada o de una ordinaria.

7.1.2. El número de socios.

Este es un criterio que permite distinguir en forma cuantitativa a la sociedad anónima abierta de la cerrada. Por lo general, las sociedades anónimas cerradas tienen un número de socios pequeño y relativamente manejable, y las sociedades anónimas abiertas suelen tener un gran número de socios¹¹.

En la sociedad anónima abierta, como consecuencia del gran número de accionistas, que a su vez presupone un gran número de voluntades distintas entre ellas, es más fácil diferenciar o separar la voluntad de los accionistas de la voluntad de la empresa en sí. En el caso de una sociedad anónima cerrada que tiene un número reducido de accionistas la distinción entre el interés social y el interés del accionista es más difícil y discutible, tal y como ocurre en las sociedades de personas.

7.1.3. Llamamiento al público y cotización en bolsa.

Una de las características saltantes de la sociedad anónima cerrada es el abastecimiento de fondos dentro de un círculo restringido de personas que más o menos se conocen y que, por tanto, excluyen la posibilidad de apelar al público para conseguir los fondos necesarios para la explotación de su objeto social. Creemos que este criterio es uno de los más importantes, ya que una de las características básicas de las sociedades con gran número de accio-

⁹ Directiva 77/91/CEE del 13 de diciembre de 1976. Para profundizar sobre la materia ver Rojo, Angel y Beltran, Emilio. El capital social mínimo. Consideraciones de política y técnica legislativas. En: Revista de Derecho Mercantil, No. 187-188, enero-junio 1988. pp. 149-173.

¹⁰ En relación especialmente a las diferencias entre la sociedad anónima abierta y cerrada se recomienda consultar el libro de NGÓ BÀ THÂN. La sociedad anónima familiar. Ante la ley española de 1951. Barcelona: Hispano Europea, que ha sido utilizado como referencia a lo largo del presente artículo.

¹¹ Sin embargo, éste tampoco es un criterio que nos permita distinguir entre las modalidades de sociedad anónima en forma estructural; incluso cuantitativamente resulta ser un criterio relativo, ya que si bien son las sociedades anónimas cerradas las que se caracterizan por el reducido número de socios, nada impide que existan sociedades anónimas ordinarias con un pequeño número de socios o con un número importante de ellos.

También consideramos importante mencionar que la fijación de los límites mínimos y máximos de socios es arbitraria y rara vez responde a un criterio objetivo, aún cuando con su implementación en la ley justamente se pretenda establecer un criterio de esta clase.

nistas es no solamente el llamamiento al público sino la necesidad de cotización en bolsa, lo que implica la posibilidad de negociar los títulos a través del mecanismo bursátil, que garantiza una total libertad de acceso y de salida, eliminando las vinculaciones de tipo personal en la sociedad y con ello la necesidad de restringir o limitar la transmisibilidad de las acciones.

El gran capital, las ofertas a terceros o llamamiento al público y la negociabilidad de acciones en bolsa están más vinculadas a la sociedad anónima abierta y que cotiza en bolsa.

7.1.4. Coincidencia de propiedad y dirección.

En la sociedad anónima cerrada existe una coincidencia sustancial entre la calidad administrador y administrado, coincidiendo con mucha frecuencia en una misma persona la calidad de socio capitalista y de socio encargado de la gestión. Por su parte, en la sociedad anónima abierta existe un divorcio entre capital y gestión; ya que al reunir grandes sumas de capital de una gran diversidad de accionistas, la posibilidad de una gestión social directa por parte del socio es casi nula, pues depende del manejo de las mayorías y minorías dentro de la Junta General de Accionistas.

7.1.5. El *intuitu personae* y el *intuitu pecuniae*.

La sociedad anónima cerrada es un medio empleado para conducir asuntos individuales con vista a cumplir intereses particulares, tiene un carácter más privado que la sociedad anónima abierta, con una base convencional flexible en la que el interés social se confunde con el interés de los socios. Está conformada por un reducido grupo de socios que se conocen, donde predomina el *affectio societatis*, aquí el factor personal (*intuitu personae*) supera al factor capital (*intuitu pecuniae*), que está subordinado a un supuesto de confianza mutua que prevalece en este tipo de sociedades. En la realidad es una sociedad muy personal en el foro interno, aunque sea "sociedad anónima" para el resto del mundo. Por esta razón, se establecen mecanismos que la hacen "cerrada" para terceros, como las restricciones a la transmisibilidad de los títulos.

La sociedad anónima abierta pretende reunir grandes masas de ahorro público, generalmente de pequeños grupos de empresarios (muchos de ellos se constituyen como propietarios pasivos), los cuales lo único que pretenden es colocar su dinero con el objetivo de obtener una rentabilidad superior a la que les ofrecen otros mecanismos de inversión. Es así que el "factor capital" supera al "factor de las relaciones personales", prima el *intuitu pecuniae*.

Algunos juristas se basan para diferenciar la sociedad anónima cerrada de la sociedad anónima abierta en criterios tales como la naturaleza jurídica distinta de estos dos tipos de sociedades anónimas; de esta manera, mientras el carácter institucional para la sociedad cerrada es una "cosa" de los socios, la sociedad anónima abierta ha llegado a ser una "cosa" pública, no sólo por el capital que agrupa sino también por las actividades que desarrollan en todos los dominios de la vida económica, transformándose en una auténtica organización social que no puede regirse sólo por la libertad contractual.

7.2. Bases para el tratamiento legislativo de las sociedades anónimas cerradas y las sociedades anónimas abiertas.

A continuación esbozamos algunos criterios básicos sobre los cuales se puede organizar un tratamiento legislativo diferenciado para las sociedades anónimas abiertas y las cerradas:

7.2.1. La constitución.

La sociedad anónima cerrada se constituye en acto único utilizando el sistema de constitución simultánea. La sociedad anónima abierta recurre con mayor frecuencia, aún respecto de la sociedad anónima ordinaria (SA), a la oferta a terceros o la suscripción pública, en la que la constitución implica un proceso que comienza con un programa y concluye con la inscripción en registros públicos, previa reunión de la asamblea de suscriptores. Este proceso implica recurrir a terceros o al público en general para obtener el capital necesario para el desarrollo del negocio.

7.2.2. Responsabilidad por la constitución.

En la sociedad anónima cerrada la responsabilidad por la constitución alcanza a los fundadores (que son quienes otorgan la escritura pública de constitución) y a los directores; en cambio, en las sociedades anónimas abiertas la responsabilidad recae sólo sobre los fundadores o promotores que suscriben el programa de fundación, excluyéndose de esta responsabilidad a todos los posteriores suscriptores.

7.2.3. Derecho de suscripción preferente por aumento de capital.

7.2.3.1. Negociabilidad del derecho.

La sociedad anónima cerrada regula el aumento de capital que incorpora el goce del derecho de suscripción preferente para permitir a los accionistas mantener su porcentaje de acciones en el capital social. En la sociedad anónima abierta se tiende a recono-

cer la negociabilidad del derecho de suscripción preferente, que se incorpora a un título negociable. Creemos, sin embargo, que este derecho también podría ser objeto de negociación en la sociedad anónima cerrada (SAC) y por supuesto en la ordinaria (SA), ya que la ley en nuestro país no prohíbe esta alternativa.

7.2.3.2. Aumento de capital sin derecho de suscripción preferente.

Se suele incorporar en la regulación de las sociedades anónimas abiertas la posibilidad de renuncia de los accionistas al derecho de suscripción preferente siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, tales como *quórum*s y mayorías particulares y/o que el aumento de capital no pretenda, directa o indirectamente, la mejora en la posición de accionista de algún o algunos accionistas; nuestra ley ha incorporado esta posibilidad en su artículo 259.

7.2.4. Publicidad.

Por lo general, la sociedad anónima abierta está sometida a ciertas exigencias de publicidad especiales o adicionales, a diferencia de la sociedad anónima cerrada, sobre todo para el caso de la convocatoria a Juntas Generales; ésto debido al gran número de accionistas que agrupa en razón de la suscripción de acciones por vía de la oferta pública o a terceros.

7.2.5. Limitaciones a la libre transmisibilidad a los títulos

La fuerte presencia del *intuitu personae* y el *affectio societatis* en la sociedad anónima cerrada origina la necesidad de que se limite la transferencia de los títulos a través de restricciones estatutarias a su libre transmisibilidad estipulándose, por ejemplo, que si algún accionista desea vender, además de indicar el precio de la acción y la cantidad de acciones ofertadas, deberá ofrecerlas en primer término a los demás accionistas para que éstos ejerciten el derecho de preferencia, para luego, recién si estos manifiestan su deseo de no adquirir, proceder a la venta de las acciones a terceros. Con este y otros mecanismos se protege al accionista que puede, ejercitando dicho derecho, impedir el ingreso de nuevos accionistas. En el caso del Perú, esta limitación a la libre transmisibilidad de las acciones en la sociedad anónima cerrada se ha convertido en una restricción impuesta por ley la cual, en todo caso, a través de una modificación estatutaria se podría suprimir. En las sociedades anónimas abiertas no es posible ni conveniente aceptar limitaciones a la transmisibilidad debido a la rápida circulación de los títulos y además debido a que el *affectio societatis*

no está presente; la libre transmisibilidad de las acciones es un elemento esencial en este tipo de sociedad.

7.2.6. El Directorio.

En las sociedades anónimas cerradas, según reconocen algunas legislaciones, el Directorio puede ser unipersonal o facultativo, es decir, los accionistas podrán decidir si desean o no la constitución de un Directorio como órgano de la sociedad; mientras que en las sociedades anónimas abiertas el Directorio es pluripersonal, al igual que en la sociedad anónima ordinaria, donde se establece un mínimo de tres directores, pero no se determina un máximo, el mismo que deberá indicarse en el estatuto.

Puede también haber diferencias en cuanto a los grados o criterios de responsabilidad de los directores.

7.2.7. Las asambleas de accionistas

En cuanto al funcionamiento de las asambleas, en las sociedades anónimas cerradas es posible que la primera y segunda convocatoria sean publicadas simultáneamente. En las sociedades anónimas abiertas se puede llegar a exigir una publicación separada y mayor publicidad, así como mayor distancia entre las fechas de publicación y realización de la junta; incluso algunas legislaciones (como en el caso del Perú) admiten hasta tres convocatorias para facilitar la realización de la junta.

7.2.8. Órgano de control.

En las sociedades anónimas abiertas es necesaria la existencia de un órgano de control interno y/o mayor control externo vía instituciones específicas; mientras que en las sociedades anónimas cerradas los mismos socios son los encargados de fiscalizar el funcionamiento de la sociedad con los instrumentos que les otorga la ley.

Esta diferencia de control se explica porque, como ya se ha analizado en el caso de la SAA, la relación accionista-administración es mucho más difusa mientras que en la SAC la relación entre ambos aspectos tiende a ser más directa e incluso pueden llegar a confundirse. Además, en la sociedad anónima abierta se presenta generalmente el manejo de fondos de gran número de accionistas.

7.2.9. Control Externo más estricto por parte de la CONASEV y/o el organismo competente para sociedades anónimas abiertas.

En razón de la negociabilidad de los títulos en las sociedades que cotizan sus acciones en la bolsa, es

necesario un mayor control externo de éstas con el fin de proteger a terceros; aún si no cotizaran en bolsa, considerando el importante número de accionistas involucrados en la SAA y su dispersión, es recomendable un mayor control externo.

7.2.10. Derecho de separación.

Algunas causales de derecho de separación de socios previstas por ley para la sociedad anónima cerrada suelen no aplicarse en caso de las sociedades anónimas abiertas; en el entendido de que el ejercicio de tal derecho es más complicado en una sociedad anónima abierta por el volumen de accionistas involucrados y por la operatividad misma de las acciones que se cotizan en bolsa. Por ejemplo, en el caso que se modifique el objeto social de una SAC y se ejercite el derecho de separación, esto podría perjudicar a la sociedad con una disminución de medios financieros al tener que reembolsar el valor de la acción a los socios que ejercitan este derecho (produciéndose desfinanciamiento de la sociedad). En las SAA, donde los aportes suelen ser muchos en número, por la cantidad de accionistas, pero pequeños en cantidad de dinero, un desfinanciamiento ante la separación de un socio individual difícilmente se produciría.

7.2.11. Elección de representantes de Juntas.

A causa del gran número de accionistas, en algunos casos se suele legislar para las sociedades anónimas un sistema de elección de representantes a las Juntas Generales, lo que facilita el manejo de la Junta y la adopción de acuerdos, lo que podría ser inviable, por ejemplo, si a cada accionista se le da 2 minutos para manifestar su opinión y son 2000 accionistas. Otras legislaciones plantean sistemas alternativos, como la ley española, que exige un número mínimo de acciones para poder asistir y votar en las juntas, o se permite que el sistema de elección de representantes se regule en el propio estatuto de la sociedad si así lo decidieran los fundadores y/o accionistas.

7.2.12. Flexibilidad en los *quórum*s y mayorías para facilitar la toma de acuerdos.

Debido al gran número de accionistas en las sociedades anónimas abiertas, la obtención de determinados *quórum*s de asistencia y mayorías puede ser dificultoso. No es igual 66.7% de 10 personas que 66.7% de 1000. Con el sistema de minoría calificada

se facilita la obtención de acuerdos, a través de la reducción de porcentajes de acciones requeridas para que la reunión sea válida y para la adopción de acuerdos, más aún con el creciente problema del desinterés del accionista pasivo.

7.2.13. Respetto de las utilidades.

Algunas legislaciones incluyen disposiciones para que las sociedades anónimas abiertas se obliguen al reparto de utilidades, siempre que se cumplan ciertas condiciones (así lo consideraba la ley peruana sobre SAA¹², hoy derogada por la Ley General de Sociedades), esto para la satisfacción de los accionistas que tienen a las utilidades como su principal objetivo. De todas formas la Ley General de Sociedades, en su artículo 231, establece la obligatoriedad en la distribución de dividendos en dinero por un monto igual al 50% de la utilidad distributable de cada ejercicio, luego de deducido el monto de la reserva legal y si así lo solicitan accionistas que representan por lo menos el 20% del total de acciones suscritas con derecho a voto.

8. LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA (SAC)

La verdadera intención del legislador en la nueva Ley General de Sociedades ha sido la de dar cabida en la sociedad anónima a todo tipo de empresas con independencia de su dimensión. La idea de la Comisión Reformadora de la Ley General de Sociedades era que la sociedad anónima cerrada (SAC) sirva como un instrumento adecuado para las empresas con volúmenes económicos más pequeños o modestos y con un menor número de socios que las sociedades anónimas ordinarias o abiertas.

En su esencia, la sociedad anónima cerrada está imbuída de un carácter personalista sustentado en vínculos de recíproca confianza entre los socios; donde llega a importar la actividad personal del consocio, su experiencia, prestigio, imagen e incluso su crédito comercial (en esto se asemeja a la sociedad de personas).

La creación o adaptación de este tipo social dirigido a pequeñas o medianas empresas debía reunir las características y elementos de la sociedad anónima: entre varias personas y la limitación del riesgo de los socios a la cuantía de su aportación en la sociedad, sin dejar de lado el carácter personalista; y, sobre

¹² El Decreto Legislativo 755, Ley de Mercado de Valores, en sus artículos 260 al 268 regulaba las sociedades anónimas abiertas. Dicha norma fue derogada por el Decreto Legislativo 861 promulgado el 21 de octubre de 1996, manteniéndose sin embargo en vigencia los artículos 260 al 268 antes mencionados. Recién a partir del 1 de enero de 1998, con la vigencia de la nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, dichos artículos fueron derogados.

todo, debía considerar trámites simples para su constitución y flexibilidad en su funcionamiento posterior.

Con la limitación del riesgo al aporte y la distribución del mismo entre los aportantes, que se convierten en socios/accionistas, se lograba darle a la sociedad anónima cerrada las características generales de la sociedad anónima ordinaria. Era necesario ser creativos en la Comisión al incorporar otros elementos que ayudasen a simplificar la constitución, agilizarla en su funcionamiento y dotarla de carácter personalista. El elemento personalista se obtiene a través de la incorporación de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones, fijando un número máximo de socios y/o exigiendo el consentimiento de la sociedad para la venta de acciones. En cuanto a los trámites simplificados en la sociedad anónima cerrada, creemos que esto se ha logrado, desde el punto de vista de su constitución, al exigir la ley solamente dos socios para su fundación, no solicitar un capital mínimo y establecer los mismo requisitos de constitución que para la sociedad anónima. Respecto a la agilidad en su funcionamiento, esto se ha logrado facilitando la reunión y actuación de los órganos sociales a través de la incorporación en la Ley General de Sociedades de: (i) las juntas de accionistas no presenciales, (ii) la posibilidad de que sean los accionistas quienes determinen la existencia o no del Directorio (órgano facultativo en la SAC) y (iii) otorgando facilidades para la convocatoria a las juntas y demás elementos que ayudan a configurar un funcionamiento simple para sociedades que en teoría son de menor envergadura.

La SAC es, pues, una sociedad capitalista con fuertes matices de personalización de los socios y donde la propiedad y gestión están por lo general vinculadas.

8.1. La sociedad anónima cerrada (SAC) versus la sociedad comercial de responsabilidad limitada (SRL).

Así como la Comisión Redactora o Reformadora optó por respetar el uso frecuente del empresario o "consumidor" de constituir sociedades anónimas para pequeños negocios, otorgándoseles en la Ley General de Sociedades una tipología especial con características particulares a través de la sociedad anónima cerrada, también optó, finalmente, por no eliminar de la nueva ley a la Sociedad Comercial de

Responsabilidad Limitada (SRL), respetando la tradición y el uso que le han dado algunos empresarios a esta forma societaria¹³.

Una ventaja comparativa de la sociedad anónima cerrada con relación a la SRL es la flexibilidad y fácil transmisibilidad del título. La acción, por ser un título valor, se transfiere en forma ágil y menos complicada (mediante endoso y/o contrato privado), a diferencia de la transferencia de participaciones por escritura pública.

En la SRL se debió eliminar o suprimir la exigencia de escritura pública para la transferencia de las participaciones sociales, ésto hubiese facilitado la transmisión de éstas; efecto que sí se logra en el esquema de las sociedades anónimas cerradas con las acciones y su inscripción en el libro de registro y transferencias hoy denominado matrícula de acciones.

A nuestro entender, desde el punto de vista puramente societario, la subsistencia de la regulación de la SRL en la ley no era necesaria y es más, al haberse legislado la SAC existe una superposición entre ambas, ya que van dirigidas al mismo "consumidor". Su incorporación en la ley actual obedece aparentemente a otros factores, como el tratamiento fiscal que se les da en su país a las sociedades extranjeras constituidas como SRL. En las legislaciones donde se introduce un matiz personalista en la sociedad anónima (caso de la SAC), se produce un retroceso de la sociedad comercial de responsabilidad limitada y esto es lo que puede ocurrir en el caso del Perú.

Pensamos que el éxito de un tipo societario frente a otro dependerá particularmente, en el caso de la SRL, de las ventajas que ofrezca su regulación frente a la SAC. En la Ley General de Sociedades no vemos cuál serían esas ventajas. En el pasado, la SRL llegó a tener alguna vigencia e importancia debido al distinto tratamiento tributario que recibía respecto de las sociedades anónimas, tributándose en cabeza del socio y no en la sociedad misma.

El éxito de la SRL dependerá más de factores externos, como podrían ser los fiscales (tratamiento local o calificación extranjera para ciertos beneficios tributarios), y de la propia insuficiencia, si fuese el caso, de la legislación sobre la SAC, que de su propia regulación. Como ya se ha dicho, algunos inversionistas extranjeros utilizan la SCRL en el

¹³ Hay que anotar que la sociedad comercial de responsabilidad limitada no fue incluida en el proyecto de ley de la Comisión Reformadora presentado al Ministerio de Justicia.

Perú debido a que con ella obtienen beneficios tributarios en su país. Este argumento pensamos que fue determinante para su incorporación en el texto definitivo de la Ley General de Sociedades.

8.2. La sociedad anónima cerrada (SAC) en la nueva Ley General de Sociedades (Ley 26887).

8.2.1. Generalidades.

- Mínimo 2 socios - máximo 20 accionistas¹⁴.
- Que no tenga acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción de acciones de una sociedad cerrada en dicho registro.
- Debe llevar las siglas SAC.
- Se rige supletoriamente por normas de la sociedad anónima ordinaria.

8.2.2. La transmisibilidad de acciones en la sociedad anónima cerrada: restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones.

La Ley General de Sociedades reconoce mecanismos que restringen o limitan la transferibilidad de las acciones de una SAC, básicamente son dos: el derecho de adquisición preferente y el consentimiento por la sociedad en la transferencia de los títulos.

- **El derecho de adquisición preferente (artículo 237):** La ley otorga a los accionistas el derecho de adquisición preferente para hacer suyas las acciones que cualquier accionista desee transferir; es decir, antes de que la acción o acciones pasen en propiedad a un tercero, los accionistas pueden adquirirlas a prorrata de su participación en el capital. A diferencia de la Ley de General de Sociedades derogada y de la normativa para la SA ordinaria regulada por la nueva ley, en el caso de la SAC el derecho de adquisición preferente es establecido por la propia ley, sin necesidad de que sea necesario pactarlo en el estatuto; por el contrario, es una restricción sobre la cual cabe regulación o supresión por estatuto y si éste no establece nada, la ley la impone. Con la ley anterior el derecho de adquisición preferente, como lo es hoy todavía para las sociedades anónimas ordinarias, debía pactarse expresamente por el estatuto.

- **El consentimiento por la sociedad (artículo 238):** El estatuto puede establecer que la transferencia de acciones o de cierta clase de acciones quede sometida al consentimiento previo de la sociedad, el cual

será expresado mediante acuerdo de la Junta de Accionistas por mayoría del 50% o más del capital suscrito con derecho a voto. Si la sociedad deniega la transferencia, ésta se obliga a adquirir las acciones en el precio y condiciones ofertados.

Se admite que la sociedad adquiera sus propias acciones en el caso que los accionistas no ejerciten su derecho de adquisición preferente. Así, la ley otorga la posibilidad de restringir la transmisibilidad del título, y por otro lado se pretende equilibrar la situación evitando los abusos, al exigir que la sociedad que no consienta la transferencia se vea obligada a adquirir las acciones.

Adicionalmente a estas restricciones que establece la ley para las sociedades anónimas cerradas, se regulan también la adquisición preferente en caso de enajenación forzosa y la transmisión hereditaria.

- **Adquisición preferente en caso de enajenación forzosa (artículo 239):** La sociedad tiene derecho a subrogarse en lugar del adjudicatario en el caso de una enajenación forzosa de acciones de la sociedad, evitando así que ingresen a la sociedad terceros "no deseados".

- **Transmisión por sucesión hereditaria (artículo 240):** El heredero o legatario del accionista fallecido adquiere la calidad de socio. El estatuto puede determinar que los accionistas puedan adquirir las acciones del socio fallecido en un plazo determinado de tiempo y por el valor a la fecha del fallecimiento; en caso de discrepancias en el valor de las acciones, será definido por los peritos. Estamos frente a una norma que pretende proteger las relaciones entre los socios evitando el ingreso de un tercero a la "relación de socios" que se pretende preservar; en este sentido, hasta un heredero es considerado un tercero. Esta norma fue tomada de la regulación de la SRL, artículo 287, de la derogada Ley General de Sociedades.

8.2.3. Derechos de los accionistas en la SAC.

- **Auditoría externa anual (artículo 242):** Por decisión del 50% de las acciones suscritas con derecho a voto se puede disponer auditoría externa anual.

- **Representación en la Junta General (artículo 243):** La representación de un accionista se podrá hacer sólo por otro accionista, por el cónyuge, por un ascendiente o por un descendiente en primer grado. El estatuto puede extender representatividad a otras

¹⁴ A nuestro concepto hubiese sido conveniente, tal vez, que el máximo de socios se extendiera a 50, lo que marcaría una diferencia adicional con la SRL.

personas. El objetivo de este artículo es no extender por ley el ámbito o círculo de personas que participan, asistiendo y votando, en la Junta General de Accionistas. Esta disposición concuerda con las características personalistas de la sociedad anónima cerrada; sin embargo, por estatuto se puede extender la representación a otras personas.

- **Derecho de separación (artículo 244):** En la sociedad anónima cerrada, además de los casos en los cuales la ley otorga el derecho de separación (artículo 200), lo pueden ejercer también aquellos socios que no han votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente. Es decir, si para el accionista el elemento personal es fundamental y no desea participar en una sociedad que elimine las limitaciones a la libre transmisibilidad de los títulos, la ley le otorga un remedio: puede separarse.

- **Exclusión de accionistas (artículo 248):** El pacto social o el estatuto pueden establecer causales de exclusión de accionistas. La exclusión se hará por acuerdo de la Junta General de Accionistas, el mismo que es susceptible de ser impugnado. Ésta es una disposición novedosa en la ley; la casuística y la jurisprudencia se encargarán con el tiempo de indicar e ilustrarnos respecto del “uso” que se le da a esta atribución.

8.2.4. De los órganos sociales.

- **Convocatoria a Junta General:** La Junta General de Accionistas es convocada por el Directorio. Cuando no exista este órgano será convocada por el Gerente General (artículo 245). La ley otorga facilidades para la convocatoria, la cual se podrá hacer a través de cualquier medio que permita obtener constancia de la recepción, incluso se pueden emplear medios como el fax o el correo electrónico. En estos casos la comunicación se dirigirá al domicilio o dirección designada por el accionista; con esta disposición se facilita la convocatoria y se da a la norma un aire de modernidad concordante con los tiempos actuales.

- **Juntas no presenciales (artículo 246):** Esta es una de las principales innovaciones hechas por la nueva Ley General de Sociedades, la voluntad social se puede formar a través de medio escrito, eléctrico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad. No es necesaria una reunión con la presencia física de los accionistas para la toma de acuerdos, al igual que en otras legislaciones se aceptan los *written consent agreements* -que traducido al español significaría “acuerdos consen-

tidos por escrito”. La Junta de Accionistas se debe realizar obligatoriamente si lo solicitan los accionistas que representen el 20% de las acciones suscritas con derecho a voto.

- **Directorio facultativo (artículo 247):** El estatuto puede establecer que la SAC no tenga Directorio, en este caso las funciones que le correspondían por ley serán ejercidas por el Gerente General. Esta disposición se sustenta en el argumento de que, en muchos casos, en las sociedades anónimas cerradas la Junta General de Accionistas y el Directorio se componen de los mismos miembros, por lo que podría no justificarse la necesidad de un Directorio que cumpla en la práctica las mismas funciones de la Junta o viceversa. De todas formas, la Ley General de Sociedades otorga a los accionistas la decisión sobre la necesidad o no de este órgano.

9. LA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA (SAA)

En términos generales, la SAA se identifica con la gran sociedad que necesita el capital de muchos y recurre por lo tanto al ahorro público, apelando muchas veces para ello al mercado de capitales siguiendo el procedimiento de cotización en bolsa. La SAA, al ser concebida como un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables que pretende recoger el ahorro público con el objeto de pretender la explotación de las empresas, requiere de un ordenamiento institucional más estricto con vistas a la protección de ese ahorro.

Un elemento importante para concebir la intención de las sociedades de constituirse como abiertas o cerradas es tener en cuenta si se han constituido integrando el capital mediante oferta pública o no. Una vez que se configuran los elementos que determinan que la sociedad sea considerada como abierta, ésta va ser regulada por un régimen legal específico que prescribe el funcionamiento de sus órganos, los derechos de los accionistas y los mecanismos de control, entre otros. El criterio para definir lo que es una SAA, varía tanto en doctrina como en las diversas legislaciones, incluso en el caso de Perú, hasta antes de la Ley General de Sociedades de 1997, la coexistencia en la legislación de las sociedades consideradas como de accionariado difundido y de las sociedades anónimas abiertas generaba confusión.

Las legislaciones extranjeras señalan diversas pautas para efectos de clasificar a una sociedad anónima como abierta o cerrada. En Argentina se establece que todas las sociedades que hagan ofertas públicas de sus acciones o *debentures* son sociedades

abiertas; sin embargo, para ello se requiere que tengan un capital superior a una determinada cantidad. En Chile se considera sociedad anónima abierta a aquella que hace oferta pública de sus acciones de acuerdo con la ley del mercado de valores; así como las que tengan 500 o más accionistas, y aquellas en las que por lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente excedan dicho porcentaje¹⁵.

La ley peruana, en el artículo 260 del Decreto Legislativo 755, definía lo que hasta antes de la reforma era considerada SAA, como aquella que realiza ofertas públicas de acciones o cuyo capital se encuentra en poder de más de 25 accionistas que posean en conjunto más del 30% del total de las acciones, sin que individualmente ninguno de ellos posea más del 5%. Igualmente, establecía la ley que eran calificadas como sociedades anónimas abiertas aquellas que, sin cumplir con lo dispuesto anteriormente, tengan emitidas por oferta pública acciones con preferencia sin derecho a voto o títulos representativos de obligaciones convertibles en acciones en una proporción acumulada superior al 25% de su capital.

Podremos encontrar tantas definiciones de sociedad anónima abierta como legislaciones la regulen, lo que nos interesa es identificar los elementos comunes a todas ellas ya que los porcentajes de accionariado disperso en el público y el número de accionistas varían en una y otra legislación.

9.1. La sociedad anónima abierta (SAA) y la sociedad de accionariado difundido (SAD).

La nueva Ley General de Sociedades, en su tercera Disposición Final, declara derogados el Decreto Legislativo 672, que regulaba la sociedad de accionariado difundido, y los artículos 260 al 268 del Decreto Legislativo 755, que regulaban la sociedad anónima abierta. Como miembros de la Comisión Reformadora pensábamos que buena parte de las normas establecidas en el Decreto Legislativo 672 para las sociedades de accionariado difundido podían ser de utilidad para las sociedades anónimas abiertas, y que las normas contenidas en el Decreto Legislativo 755 también podrían ser aplicables para las sociedades anónimas de accionariado difundido, por lo que una propuesta interesante y necesaria era legislar ambas bajo un régimen único, ya que las características que distinguen a un tipo del otro no se reflejan con claridad suficiente como para considerarlos como dos tipos sociales distintos.

Creemos que la relación entre la SAA y la sociedad de accionariado difundido es de género-especie y que, por lo tanto, cualquier distinción legislativa entre ambas era innecesaria y en todo caso generaba una superposición normativa. Por estas razones, consideramos un acierto la unificación de ambas por la nueva Ley General de Sociedades bajo el título de sociedades anónimas abiertas, pues lo que se conseguía con la legislación de ambas por separado era duplicar muchas veces las instituciones y en otros casos omitir aspectos que se regulaban en la SAA y no en la sociedad de accionariado difundido, y viceversa.

9.2. La sociedad anónima abierta (SAA) en la nueva Ley General de Sociedades.

9.2.1. Definición (artículo 249).

La ley define como SAA a aquellas que cumplan con una o más de las siguientes condiciones:

- Que haya hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.
- Que cuente con más de setecientos cincuenta accionistas.
- Que más del 35% del capital pertenezca a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar a aquellos accionistas que tengan menos del 2 por mil o que excedan el 5% del capital.
- Que se constituya como tal.
- Que todos los accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

Es importante indicar que voluntariamente, a través del régimen constitutivo o posteriormente por acuerdo unánime de los accionistas con derecho a voto, una sociedad que no se encuentre dentro de los supuestos de los literales a, b y c del artículo 249 se puede configurar como SAA, aplicándosele, por lo tanto, las normas que para dicho tipo social incorpora la nueva Ley General de Sociedades.

9.2.2. Generalidades.

- Debe llevar las siglas SAA (artículo 250).
- Se le deben aplicar en forma supletoria las normas de la sociedad anónima (artículo 251).

¹⁵ Artículo 1 del Reglamento de Sociedades Anónimas de Chile, publicado en el diario oficial 31.416, del 13 de noviembre de 1982.

- Debe inscribir todas las acciones en el Registro Público del Mercado de Valores (artículo 252)
- Es supervisada y controlada por CONASEV (artículo 253).
- La SAA debe tener una auditoría externa anual obligatoria (artículo 260), es decir, sin que tenga que solicitarla porcentaje alguno de accionistas.

9.2.3. Transmisibilidad de las acciones (artículo 254).

Debido a las características, la naturaleza jurídica y objetivo circulatorio de las acciones de la SAA, no son válidos los acuerdos que establezcan:

- Limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones.
- Restricción a la negociación de las acciones.
- Derecho de preferencia a los accionistas o la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de éstas.
- Limitaciones, restricciones o preferencias aún cuando se notifiquen y se inscriban en la sociedad.

Las acciones en la SAA tienen naturaleza circulatoria y, por lo tanto, deben transarse libremente sin elementos que se opongan a un tráfico dinámico, rápido y dotado de la seguridad que requieren este tipo de operaciones.

9.2.4. De los órganos sociales.

9.2.4.1. La Junta de Accionistas.

La Junta de Accionistas de la sociedad anónima abierta es regulada por la Ley General de Sociedades de manera singular debido, entre otras razones, al gran número de accionistas que hacen necesarios mecanismos de representación y establecimiento de *quórum*s y mayorías especiales. A continuación señalamos algunas características relacionadas a su convocatoria y a su desarrollo:

- Pueden concurrir a Junta y ejercer sus derechos los accionistas que inscriban sus acciones en el libro de matrícula de acciones con diez días de anticipación a la Junta (artículo 256), a diferencia de la sociedad anónima ordinaria que establece como plazo tan solo dos días (ver artículo 121).

- La celebración de la Junta de Accionistas puede ser solicitada por el 5% o más de las acciones suscritas con derecho a voto (artículo 255), a diferencia del 20% mínimo que exige la ley para la SA.

- Si no se convoca a Junta General en las oportunidades que señala el estatuto o la ley lo hará la CONASEV en virtud a lo que dispone el artículo 253 inciso 4.

- En cuestión de publicidad, la publicación del aviso de convocatoria a la Junta de Accionistas se debe hacer con una anticipación no menor de 25 días a diferencia de los diez días de anticipación que se requiere para la sociedad anónima ordinaria. En consecuencia, los plazos entre la convocatoria y la Junta son más extensos que en la sociedad anónima ordinaria y la cerrada (artículo 258 y 257).

- En un solo aviso publicitario puede constar más de una convocatoria. En este caso, entre una y otra convocatoria no deben mediar menos de tres ni más de diez días.

9.2.4.2. Quórum y mayorías (artículo 257).

El *quórum* y, por lo tanto, el porcentaje de acciones que toman los acuerdos, son menores con relación a las otras formas de sociedades anónimas (cerrada y ordinaria). El artículo 257 de la Ley General de Sociedades uniformiza el tratamiento en la SAA con respecto al *quórum* y mayorías, ya que los asuntos que en la sociedad anónima ordinaria (SA) requieren de *quórum* calificado¹⁶ (artículo 126 de la Ley General de Sociedades) son puestos al mismo nivel del *quórum* y mayoría que se requiere para aquellos asuntos que en la SA no requieren de la prerrogativa del *quórum* calificado y se adoptan por *quórum* y mayoría absoluta simple.

CONVO-CATORIA	ASISTENCIA	ADOPCION DE ACUERDOS
1era.	50%	Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta concurrentes
2da	25%	Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta concurrentes
3ra. ¹⁷	Cualquier número de acciones	Mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta concurrentes

¹⁶ Estos son: modificación de estatuto; aumento y/o reducción de capital; emisión de obligación; enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable no exceda el 50% del capital de la sociedad; y transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución y liquidación de la sociedad.

¹⁷ Si no se logra *quórum* en 2da.

Nótese en el cuadro precedente que, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, la Ley General de Sociedades establece una tercera convocatoria, cuando no se logre el *quórum* en la primera y segunda convocatoria, bastando para la realización de la Junta General de Accionistas la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto. Los acuerdos, en todos los casos, se adoptan por la mayoría absoluta de acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta, es decir, en tercera convocatoria habrá acuerdo con cualquier número de acciones que representen mayoría respecto de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la Junta.

Respecto de la tercera convocatoria, cabe indicar que se desprenden dos interpretaciones del artículo 257 de la Ley General de Sociedades, una interpretación literal que determina que sólo cabe tercera convocatoria para los asuntos contemplados en el artículo 126 de la Ley General de Sociedades, referido a los asuntos que requieren *quórum* calificado en la SA; y otra interpretación más extensa y amplia, que pretende reconocer la tercera convocatoria para cualquier celebración de la Junta de Accionistas de la SAA independientemente del tema objeto de la convocatoria.

El estatuto no puede exigir *quórums* ni mayorías más altas que las establecidas por ley.

9.2.5. Derechos de los accionistas en la SAA.

- Derecho de información fuera de junta (artículo 261): La sociedad anónima abierta deberá proporcionar información fuera de junta cuando lo soliciten accionistas que representen el 5% del capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar algún daño a la sociedad. La CONASEV resolverá en caso de discrepancia respecto del carácter reservado o no de la información.

Con relación al porcentaje del 5% del capital pagado, en concordancia con las demás disposiciones de la Ley General de Sociedades, debe interpretarse que se hace referencia al 5% de las acciones suscritas con derecho a voto; ya que los derechos de los accionistas ya no se ejercitan en virtud al capital pagado sino al capital suscrito y que incluso no pagado el capital suscrito en su integridad, el accionista que no se encontrara en calidad de moroso tiene plenos derechos como accionista.

- Supresión del derecho de suscripción preferente (artículo 259): En caso de aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas podrán acordar, con

el voto del 40% de las acciones suscritas con derecho a voto, y siempre que el aumento de capital no esté destinado directa o indirectamente a mejorar la posición accionaria de alguno de los accionistas, que los accionistas no podrán ejercer o no tendrán derecho de suscripción preferente para dicho aumento de capital.

- Derecho de concurrencia (artículo 256): Pueden concurrir y ejercer sus derechos los accionistas que inscriban sus acciones en el libro de matrícula con diez días de anticipación a la junta, mientras que en la sociedad anónima ordinaria sólo se requieren dos días.

- Derecho de separación (artículo 262): Los accionistas que no votaron en un acuerdo que determine la adopción de otra forma societaria distinta a la sociedad anónima abierta tienen el derecho de separación, el mismo que se regulará de acuerdo al artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

- Solicitud convocatoria por los accionistas (artículo 255): Los accionistas que representen el 5% o más del total de acciones suscritas con derecho a voto tienen derecho a convocar a Junta de Accionistas. Si la solicitud fuera denegada o transcurre el plazo indicado en la ley, la CONASEV hará la convocatoria.

10. COMENTARIOS FINALES.

La SAC tiene por objetivo último el cumplir los deseos y aspiraciones de los socios, los que a su vez se confunden con los de la misma sociedad debido a su carácter cerrado; en el caso de la sociedad anónima abierta esto es más complejo por el número de accionistas y los mecanismos de control.

1. La limitación de la responsabilidad es elemento suficiente para que algunos socios vinculados entre sí por relaciones de parentesco, ideología o afinidad de cualquier índole pretendan separar parte de su patrimonio para constituir una persona jurídica que funcionara en forma independiente a ellos mismos. Sin embargo, los socios en las sociedades anónimas cerradas tienen una participación activa y serán en realidad, por lo general, los que administren la sociedad para lograr el máximo beneficio; es por eso que algunos juristas afirman que las sociedades anónimas, en estos casos, no tienen otra finalidad que la de servir a los intereses de los accionistas y ésta es su finalidad superior. Ésto explica el por qué la SAC busca mantener la identidad de los miembros y controlar la libre entrada de nuevos socios, a través de mecanismos que se incorporan en la ley y en el estatuto, y que otorgan a los accionistas privi-

legios o preferencias para adquirir las acciones en el eventual caso de que exista un accionista que pretenda transferirlas a un tercero.

Una desventaja que se presenta en las sociedades anónimas cerradas es la poca rotación de los títulos en el mercado y la dificultad en su valorización, quedando muchas veces los socios "prisioneros" de sus títulos debido a que sus acciones "carecen de mercado".

Como consecuencia de lo expuesto, en este tipo de sociedades la posición de accionista minoritario es menos favorable. La pluralidad de intereses en la SAC es menor que en las sociedades anónimas abiertas, ello debido al reducido número de socios que la integran.

2. En la SAA, muchos accionistas minoritarios, incluso mayoritarios, tienden a ser menos inversionistas y más especuladores. El *affectio societatis* no es precisamente el elemento que prevalece en este tipo de sociedad, siendo por el contrario los dividendos o el incremento en el valor de la acción, el elemento que concentra principal interés para los accionistas. Por esta razón, el accionista minoritario en la SAA tiene diversas alternativas frente a la "opresión" de los mayoritarios; la más común de ellas es vender sus títulos y marcharse de la sociedad en vez de luchar contra una posición de los administradores que no favorecen sus intereses; esta opción, como ya se ha dicho, es más difícil en el caso del accionista minoritario de la SAC, debido a que no tiene "mercado" para sus títulos.

Por otro lado, si bien es cierto que el hecho de que exista una gran cantidad de accionistas impide la posibilidad de una verdadera oposición de la minoría, aún cuando los términos de mayoría y minoría son relativos en una sociedad anónima (ya que no son fijos porque un accionista puede votar un día con la mayoría y otro con la minoría), en las sociedades anónimas abiertas la situación de subordinación de la minoría se hace menos evidente que en las sociedades anónimas cerradas, ya que al ser sociedades grandes y funcionar en un ambiente público, los administradores se cuidan en el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de países con más

experiencia y desarrollo bursátil y comercial, una mala dirección de la empresa representa publicidad negativa ante la prensa financiera, la que suele traer consecuencias nefastas para la empresa.

3. Es innecesaria la distinción entre la sociedad anónima de accionariado difundido y SAA, ya que la primera es una especie de la segunda. Las características que distinguen a un tipo del otro no se reflejan con claridad suficiente como para considerarlas dos tipos sociales distintos. Lo que se logró con la legislación de ambas por separado fue duplicar muchas veces las instituciones y en otros casos omitir aspectos que se regulaban en la SAA y no en la sociedad de accionariado difundido, y viceversa

4. Las sociedades anónimas abiertas requieren de una administración centralizada, fuerte y responsable que asegure la permanencia de los intereses sociales frente a la multitud variable de los inversionistas con una diversidad de intereses. El gran número de accionistas también permite a la SAA la facilidad en la negociabilidad de los títulos; así mismo, recurre con mayor frecuencia, a través de la emisión de acciones u obligaciones, a fondos del público, lo que le permite no estar sujeta sólo o principalmente al autofinanciamiento para su expansión.

5. Apuntadas estas diferencias, consideramos que no es justo ni racional pretender un tratamiento legislativo igualitario para la SAC y la SAA. Hay una diferencia clara entre el matiz y la naturaleza de cada una de ellas y esto se debe reflejar en una diversidad de tratamiento legal y debe reflejarse también en sus estatutos. Creemos que la nueva Ley General de Sociedades cumple adecuadamente este objetivo, lo que no implica que existan algunos aspectos que puedan requerir, en virtud a las necesidades de la práctica, ser perfeccionados. Como leí alguna vez de Ángel Rojo, "la historia del Derecho de las sociedades anónimas es la historia de sus reformas", y en toda reforma hay una doble actitud; aquellos que se resisten a ella y aquellos que la consideran insuficiente, "aquellos que mantienen actitudes de resistencia pretenden continuar disfrutando de las insuficiencias del Derecho vigente; quienes propugnan modificaciones de mayor alcance temen que una reforma limitada no logre los objetivos propuestos"¹⁸.

¹⁸ Rojo, Ángel. La sociedad anónima como problema. En: AA.VV. ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? Madrid: Civitas, 1992. pp. 77 y 78.

ESTUDIO

OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

SOCIEDAD CIVIL

FELIPE OSTERLING PARODI
MAX ARIAS - SCHREIBER PEZET (CONSULTOR)
JORGE VEGA VELASCO
FERNANDO DE ORBEGOSO BARAYBAR
ARTURO TELLO DIAZ
ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
ARY ALCANTARA VALDIVIA
TANIA LOPEZ-GUERRA RIVERO
MADELEINE OSTERLING LETTS
ALFREDO CALVO CORDOVA
ANDRES EMMERICH DE HARO
JORGE VEGA SOYER
GIANNINA ASSERETO BOSSIO
MARITZA REATEGUI VALDIVIEZO
RONALD STAMBUR GALVEZ

Pardo y Aliaga 640
Piso 8° San Isidro
Lima - Perú
Teléfonos : (51-1) 442 0770
(51-1) 441 5637
(51-1) 421 1616
Facsimile : (51-1) 442 0770
E-Mail : osaveo@estost.tci.net.pe

Especialidades

Práctica General, Derecho Comercial, Constitucional, Aeronáutico, Administrativo, Tributario, Laboral, Minero, Petrolero, Bancario y Seguros, Internacional Privado, Industrial, Derechos de Autor, Marcas y Patentes, Inversión Extranjera, Pacto Andino, Derecho Procesal Civil, Derecho Ambiental y Privatizaciones.

¿EL NUEVO ESQUEMA PARA LA "SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA" PROTEGE A LAS MINORÍAS?

Pedro Flores Polo
Gerente General
Cámara de Comercio de Lima

En el esquema que desarrolla la nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, para la sociedad anónima abierta hay una serie de prohibiciones que se explicarían porque se trata de proteger a las minorías; y porque se busca que un mínimo razonable de accionistas, dentro de su volumen masivo, tenga la garantía de ser debidamente convocado y protegido frente al poder de la mayoría. Esta premisa es apropiada para un esquema de grandes sociedades anónimas, en otras palabras, para un esquema de gran empresa.

Todo esto lo trata de explicar la doctrina más generalmente aceptada, señalando que, de acuerdo a la naturaleza de las sociedades anónimas abiertas, la masificación impide a los accionistas concurrir constante y simultáneamente a una junta general; o tener un contacto más directo y personal con los directores, quienes generalmente no son accionistas sino técnicos; y porque ellos no conocen los procedimientos y cuestiones complejas que implica la conducción de un negocio. De allí que se diga que la sociedad abierta es un "capital con personería jurídica", pero nosotros agregaríamos que es un ente donde hacen equilibrio y coexisten dos tiranías: unas veces la tiranía mayoritaria y otras, la minoritaria.

Por eso, explica el doctor Manuel P. Olaechea:

"Por ser la sociedad anónima una sociedad de capitales, dividida en acciones, su ley debe cuidar y armonizar los dos intereses que intervienen en esta clase de sociedades. Uno, de orden público, dirigido a hacer posible la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima, asegurando su más fácil dirección, con lo que consigue estimular la producción y la distribución de bienes; y otro de orden privado, cuya finalidad es la justa protección del pequeño accionista, que al adquirir acciones de una

Para algunos especialistas en materia de Derecho de Sociedades, nuestra nueva ley recoge muchos de los más novedosos preceptos de la doctrina comparada, elaborados pensando en hacer cada vez más atractiva nuestra legislación a la entrada de mayores capitales extranjeros, acentuando nuestra presencia en el mercado global.

El autor, teniendo en consideración que el mayor porcentaje de capitales de nuestro mercado interno pertenece a pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas informales, resalta el hecho de no haber sido, por lo menos en apariencia, debidamente legisladas en nuestra nueva Ley General de Sociedades, con el fin de protegerlas y desarrollarlas.

sociedad anónima acude con sus ahorros al proceso de producción. Es deber de la ley buscar la adecuada protección de ambos intereses, teniendo en cuenta la importancia de cada uno para el país, sin llegar al perjudicial exceso de desnaturalizar la sociedad anónima, que es una asociación de capitales, exagerando y multiplicando dispositivos que signifiquen excesiva y preferencial consideración a las personas intervinientes. Hay que tener presente que la figura de la sociedad civil de responsabilidad limitada existe para los accionistas que además del poder económico desean el poder político”.¹

Es interesante la opinión de este distinguido jurista; pero no la compartimos en todos sus extremos. Nos parece demasiado radical y terminante; porque incluye a todas las sociedades anónimas y eso, comparado con nuestra realidad societaria y empresarial tan heterogénea, no es muy acertado. No puede medirse ni mirarse con ojos de gran empresa a todas las sociedades anónimas del país, porque las grandes sociedades no pasan de 100, dentro de los reducidos volúmenes de dinero que manejan en comparación con una gran empresa norteamericana, japonesa o europea.

Precisamente esta generalización es la que impide que la ley empresarial peruana pueda ser entendida en otros países y continentes de mayor desarrollo, por la sencilla razón de que una pequeña empresa taiwanesa mueve más capital y recursos que una gran empresa peruana. Los términos de referencia son diferentes.

Aceptamos sí que el nuevo modelo busca proteger a las minorías, pero se preocupa casi exclusivamente de las minorías de las grandes empresas; es decir por las sociedades anónimas abiertas. La Ley no se hace mayores problemas respecto de los accionistas minoritarios de las pequeñas y microempresas.

En la exposición de Motivos del Proyecto Normand, se dice lo siguiente respecto a este tema:

“Para la sociedad abierta se han rebajado los *quórum*s, recogiendo legislación que ya existe, pero era realmente importantísimo preservar este tratamiento. En una sociedad anónima abierta, como son las que ya existen hoy en día en el Perú, reunir los *quórum*s que señala la ley es prácticamente imposible. De haber restablecido los *quórum*s más altos se estaba

condenando a estas sociedades a la inmovilidad en el momento en que no podían tomar ningún acuerdo por lo elevado de los *quórum*s que se exigía.”

Y además se señala que:

“Es importante señalar que, en la práctica, en las economías más desarrolladas, por ejemplo en Norteamérica, ocurrió un fenómeno especial durante los años 60 y 70, en que grandes empresas se manejaban sólo con un siete y ocho por ciento del accionariado; este número reducido era el único que asistía a las juntas. Si este fenómeno se produjera localmente, las sociedades abiertas no podrían funcionar con los *quórum*s actualmente vigentes”.²

En nuestra opinión, la sociedad anónima en el Perú está desnaturalizada, porque para la doctrina más generalmente aceptada, la sociedad anónima, en puridad de conceptos, se trata efectivamente de “un capital con personería jurídica”; por eso se le toma como ejemplo clásico de sociedad de capitales. Luego, si esa es nuestra realidad no podemos aplicarle, como sostiene el doctor Olaechea, a tabla rasa los conceptos propios de otras realidades, donde la sociedad anónima no se ha desnaturalizado en su aplicación.

Lo ideal sería usar la sociedad anónima sólo para reunir y asociar capitales importantes (un millón de dólares, por ejemplo, como capital o patrimonio mínimo), porque ello permite ejecutar o explotar empresas de regular envergadura. Otro índice de referencia es agrupar como empresa mediana a aquella que vende cuando menos un millón de dólares al año. Y como gran empresa a aquella que cuando menos obtiene un millón de dólares de utilidades anuales. Pero entre lo ideal y lo real hay un gran espacio.

Para las empresas de capital considerable y número de socios no menor de 100, en nuestro medio el modelo de la sociedad anónima abierta sería el ideal. En estas sociedades de nuestro ejemplo, los accionistas no buscan dirigir el negocio, sino que ponen su dinero como “inversión” o como “ahorro”, aunque esto último en menor proporción, porque nuestro país no tiene cultura de ahorro vía empresa y por eso no existe ahorro interno.

Nos estamos refiriendo, en términos macros, a la gran empresa dentro de nuestra realidad.

¹ OLAECHEA, Manuel Pablo. Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades. Su inconstitucionalidad y deficiencias. Lima: Estudio Olaechea, 1997. p. XVII

² (Nota del editor) La exposición efectuada por el doctor Enrique Normand Sparks, presidente de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley General de Sociedades, fue publicada el día 23 de abril de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Para las empresas que tienen menos de un millón de dólares de capital o patrimonio social, y menos de 100 accionistas, se utiliza en nuestro medio la sociedad anónima considerando básicamente el elemento de limitación de responsabilidad ("responsabilidad limitada"), que permite a los accionistas contar con los mecanismos flexibles de esta forma societaria. Ellas no cotizan acciones en Bolsa y no tienen problemas mayores sobre predominio de la mayoría sobre la minoría, o ansias de "poder político" como lo denomina el doctor Olaechea.

Aquí se inscriben las medianas empresas. Generalmente estas sociedades actúan dirigidas por un pequeño grupo de accionistas que copan el Directorio y que trabajan directamente en el negocio, porque lo conocen. Los accionistas minoritarios sí pueden aportar pequeños capitales con fines de ahorro, antes que de inversión. Generalmente, son testaferros; amigos, parientes, conocidos de los accionistas principales, que prestan su nombre pero no invierten nada, para darle pluralidad a la sociedad. Ahora el asunto lo facilita la nueva ley con el esquema de la sociedad anónima cerrada que se puede constituir con sólo dos accionistas.

En la base de la pirámide se encuentran miles de pequeñas y microempresas (PYMES), donde el esquema de la sociedad anónima resulta evidentemente desnaturalizado, ya que no albergan grandes capitales ni un número considerable de accionistas.

Según la ley vigente (Decreto Legislativo 705) microempresa es aquella cuyos ingresos anuales no exceden de 12 UIT (S/. 31,200 para 1998) y pequeña empresa la que no excede de 25 UIT (S/. 65,000 para 1998).

Hay decenas de miles de PYMES dentro de estos parámetros. Según el INEI su valor agregado representa el 30% del PBI y además generan el 43% del empleo para la PEA. Se calcula que con más apoyo crediticio podrían crecer y contribuir con 50% del PBI en el año 2000. Hoy existen 231,000 PYMES que generan medio millón de empleos anualmente.

Para estas miles de PYMES no resulta adecuado el modelo de la sociedad anónima *per se*; porque no es un modelo natural, ya que en las pequeñas microempresas prevalece el elemento "personal": la confianza y el trabajo. No hay concepto predominante de inversión ni de ahorro, porque no hay capital y los micro y pequeños empresarios ponen todos sus ahorros para que su empresa marche.

Estas micro y pequeñas empresas constituyen más del 90% del universo empresarial peruano; emplean mano de obra desocupada y no calificada; movilizan mucho dinero, a diario, en efectivo; y pugnan por formalizarse, para pagar sus impuestos y poder venderle a las medianas y grandes empresas formales, cosa que no pueden hacer porque la ley tributaria les impide emitir facturas. Sólo pueden emitir boletas de pago, que no permiten sustentar gastos para efectos tributarios.

El esquema más común es el de una persona que conoce el negocio y que tiene capital pequeño; o que trabaja a nivel familiar, con su esposa, hijos y parientes, y todos ellos quieren aportar para sacar adelante el negocio que les permitirá ganar dinero para subsistir. Ellos se brindan confianza y trabajo entre sí. Necesitan de la sociedad anónima fundamentalmente para favorecerse con el elemento de la "responsabilidad limitada". No quieren comprometer su patrimonio particular, que generalmente comprende la casa propia y el auto.

Generalmente, ninguno de estos accionistas de las PYMES desea el "poder político" ni el "poder económico" como afirma el doctor Olaechea ¿Por qué? Porque este poder lo ostenta el principal accionista o eje del negocio y los demás accionistas o socios no se lo discuten. Lo que quieren éstos, si son efectivos aportantes de sus acciones, es trabajo. Y si son testaferros, con mayor razón.

A estos micro y pequeños empresarios no les interesa ni conocen la existencia de la sociedad civil de responsabilidad limitada, ni el "poder político" ni el "poder económico" al que se refiere el doctor Olaechea. Quieren incorporarse al circuito formal; quieren trabajar; ni siquiera tienen una percepción clara, y mucho menos filosófica, de los términos "empresa" y "empresario".

Muchas veces quieren guardar distancia frente a los mismos empresarios formales; como lo hace el cholito o el serranito frente al "pituco" hablando en términos sociológicos. Ellos quieren trabajar; vender y "facturar", es decir, hacer "subcontratación", concepto que no entienden perfectamente pero que sienten en la práctica y si no, preguntémosle a los cientos de miles de microempresarios del Cono Sur y especialmente de Villa El Salvador, que fabrican por encargo de los grandes almacenes de la capital. Ellos son los olvidados de la Ley General de Sociedades; pero es posible que encuentren un esquema societario simple y ágil en el nuevo Código de la Empresa.

Para ellos el modelo ideal sería o una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) o la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, de connotación eminentemente "personalista", donde lo que interesa más que el capital es la confianza que deben dispensarse entre sí los socios -por eso su capital no consta en acciones ni en títulos de libre circulación sino en "participaciones sociales". Y por eso admiten "prestaciones accesorias" con cargo a beneficios, que generalmente son conocimientos técnicos o especializados, es decir, trabajo personal. Y por eso admiten también gerentes que ponen como condición esencial del contrato permanecer con esa calidad mientras dure la sociedad; pues lo que aportan estos "gerentes inamovibles" es trabajo altamente especializado.

Pero este modelo societario está siendo relegado. No tiene atractivo para la masa de microempresarios que pugna por formalizarse. Esa es la realidad que el legislador no ve o no quiere entender.

Justamente, sobre la base de esta realidad, la Cámara de Comercio de Lima, en el trabajo presentado al Gobierno exponiendo su posición institucional sobre el Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades, critica constructivamente sus lineamientos generales, reclamando una alternativa más simple para las PYMES, y propone para ello:

"Profundizar la atomización de la sociedad anónima, agilizando más el esquema de la sociedad anónima cerrada que se diseña en el Proyecto."

En nuestra opinión, la Comisión Revisora presidida por el doctor Torres y Torres Lara se limitó a hacer

una revisión superficial del Proyecto Normand, y en esa revisión incorporó lo referente a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, más que por convicción, por criterio político, así como para atender el reclamo de numerosas instituciones del sector privado y de expertos que así lo reclamaban, pero sin variar el modelo original; porque si esa hubiera sido la intención, se hubiera profundizado la agilización de la sociedad anónima cerrada y mejorado el esquema de la EIRL, a la cual se ignoró, argumentando que una cosa es "sociedad" y otra es "empresa", dejándola para ser legislada por Código de la Empresa, cuando todos sabemos que la EIRL es una sociedad anónima en pequeño, atomizada, e ideada especialmente para recibir al negocio individual que desea acogerse a la limitación de responsabilidad.

La Cámara agrega:

"Además de lo anterior, dejar en libertad al pequeño o al microempresario para que escoja la forma societaria que más le convenga, coincidiendo así con las libertades de empresa e iniciativa privada que consagra la Constitución y que desarrolla la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 y normas concordantes".

En conclusión, a nivel socioeconómico, el nuevo esquema planteado por la Ley General de Sociedades, Ley 26887, es favorable para la gran y mediana empresa; protege a la masa minoritaria de accionistas; pero resulta desfavorable para la micro y pequeña empresa que necesitan modelos societarios ágiles y simples, tal como lo enseña la realidad. Si piensa usted lo contrario, converse con un microempresario y pídale su opinión.

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS EN EL PRESENTE EJERCICIO

Jorge Ossio Gargurevich
Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Como se sabe, el 1 de enero del presente año entró a regir en el país una nueva Ley General de Sociedades (en adelante "la Nueva LGS"), la cual contempla como una de las formas especiales de la sociedad anónima a la sociedad anónima abierta.

En efecto, conforme al artículo 249 de la Nueva LGS, la sociedad anónima es abierta cuando cumpla una o más de las siguientes condiciones:

1. Que haya hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;
2. Que tenga más de 750 accionistas;
3. Que más del 35% de su capital pertenezca a 175 o más accionistas, sin considerar dentro de este número a aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al 2% del capital o exceda el 5% del mismo;
4. Que se constituya como tal; o
5. Que todos sus accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación de la sociedad a ese régimen.

Para los propósitos del presente estudio se plantea el caso de una sociedad que, por ejemplo, mantenga más de 750 accionistas incluso desde antes de la vigencia de la Nueva LGS.

La duda que básicamente se presenta en relación a este caso es si una empresa en esta situación se encuentra obligada a aplicar las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas a partir del presente ejercicio o si únicamente se encontrará obliga-

La entrada en vigencia de la nueva Ley General de Sociedades ha motivado que surjan dudas acerca de su aplicación a las sociedades anónimas abiertas en el presente ejercicio. En efecto, debe determinarse si una sociedad que mantenga más de 750 accionistas desde antes de la vigencia de la nueva Ley General de Sociedades se encuentra obligada a aplicar las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas a partir del presente ejercicio, o si únicamente se encontrará obligada a hacerlo a partir del presente ejercicio, según su situación al 31 de diciembre de 1998. Al respecto, la opinión del autor es clara, pues de acuerdo a los antecedentes legislativos y según la teoría de los hechos cumplidos corresponde que, aún cuando una sociedad tenga actualmente más de 750 accionistas, no estará obligada a efectuar la adecuación a la nueva Ley General de Sociedades a que se refiere su Primera Disposición Transitoria, bajo el régimen de las sociedades anónimas abiertas.

da a hacerlo en el subsiguiente ejercicio, dependiendo de su situación al 31 de diciembre de 1998.

A. NORMAS GENERALES DE LA NUEVA LGS

En mi opinión, tomando en cuenta las normas generales de la Nueva LGS, una sociedad en esta situación no se encuentra obligada a aplicar las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas en el presente ejercicio, por más que al iniciarse la vigencia de la Nueva LGS haya tenido más de 750 accionistas.

En efecto, el artículo 263 de la Nueva LGS señala lo siguiente:

“Artículo 263. Adaptación de la Sociedad Anónima.- Cuando una sociedad anónima reúna los requisitos para ser considerada una sociedad anónima cerrada se le podrá adaptar a esta forma societaria mediante la modificación, en lo que fuere necesario, del pacto social y del estatuto.

La adaptación a sociedad anónima abierta tendrá carácter obligatorio cuando al término de un ejercicio anual la sociedad alcance alguna de las condiciones previstas en los numerales 1,2 o 3 del artículo 249¹. En este caso, cualquier socio o tercero interesado puede solicitarlo. La administración debe realizar las acciones necesarias y las juntas pertinentes se celebrarán y adoptarán los acuerdos sin los requisitos de *quórum* o mayoría”.

Por su lado, el artículo 264 de la Nueva LGS establece lo siguiente:

“Artículo 264. Adaptación de la Sociedad Anónima Cerrada o Sociedad Anónima Abierta.- La sociedad anónima abierta que deje de reunir los requisitos que establece la ley para ser considerada como tal debe adaptarse a la forma de sociedad anónima que le corresponda. A tal efecto se procederá según se indica en el artículo anterior”.

Lo primero que hay que dilucidar en relación a las normas recién citadas y a su concordancia con el artículo 249 de la Nueva LGS, es si una sociedad anónima que alcanza alguna de las condiciones que establece este último artículo para ser considerada sociedad anónima abierta en el curso de un determinado ejercicio, adquiere legalmente esa condición desde el propio momento en que eso sucede, recién

al cierre del ejercicio en que se constata esa situación, o en el momento en que efectivamente la sociedad de que se trata cumpla con adaptarse a las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas.

En mi opinión, una sociedad anónima que en el curso de un ejercicio determinado adquiere alguna de las condiciones que definen a la sociedad anónima abierta, manteniendo esa condición hasta el cierre de tal ejercicio, no empieza a regirse inmediatamente por las normas que regulan a esta forma especial de sociedad anónima, sino que sólo lo hace a partir del siguiente ejercicio, una vez que efectivamente se adapte a las indicadas normas.

El sustento de esta posición se puede apreciar de manera más clara si se empieza por analizar la situación de las sociedades anónimas cerradas en la Nueva LGS.

Así, en los casos de las sociedades anónimas cerradas no existe duda de que sólo comienzan a regirse por las normas que las regulan en la Nueva LGS una vez adaptadas, voluntariamente, “a esta forma societaria mediante la modificación, en lo que fuere necesario, del pacto social y del estatuto”, de acuerdo a lo que se desprende del primer párrafo del artículo 263 y del artículo 264 de la Nueva LGS. Vale decir, el sólo hecho de alcanzar las condiciones que califican a una sociedad anónima cerrada no hace que las normas que rigen a las mismas resulten aplicables a la sociedad de que se trate, sino que para ese efecto se requiere de un acto de adecuación o adaptación a ese régimen societario.

Lo mismo ocurre, en mi opinión, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, con la única diferencia de que la adaptación necesaria para ceñirse a las reglas que regulan a esta sociedad no es voluntaria sino obligatoria, en los casos que menciona el segundo párrafo del artículo 263 de la Nueva LGS.

Obsérvese que la consecuencia que establece el mencionado artículo 263 de la Nueva LGS en los casos en que una sociedad que está obligada a ello no se adapte a su condición de sociedad anónima abierta no es, como perfectamente podría haber sido, la aplicación automática de las reglas que regulan a estas últimas sociedades a partir del transcurso de un determinado plazo o, incluso, desde el propio inicio del ejercicio siguiente a aquél en que se adquiere alguna de las condiciones que definen a la sociedad anónima cerrada. En estos casos, más

¹ Una de esas condiciones es justamente tener más de 750 accionistas.

bien, la ley se preocupa por resaltar que cualquier socio o tercero interesado, o, aún la propia CONASEV, tienen la posibilidad de solicitar tal adaptación, lo que revela que cuando esa adaptación no ocurre no es que se apliquen a esa sociedad las reglas de la sociedad anónima abierta automáticamente, sino que se busca facilitar y agilizar la referida adaptación.

La posición que se viene sosteniendo ha sido reconocida por la propia Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades.

En efecto, al hacer la presentación del Anteproyecto ante la Comisión Revisora nombrada por el Congreso de la República, el Presidente de la Comisión Redactora señaló, en relación a las sociedades anónimas normales, abiertas y cerradas, que al haberse incorporado en dicho Anteproyecto a estas tres formas de sociedad anónima, "se ha realizado un aporte muy importante por cuanto ocurre con relativa frecuencia que en la evolución económica de una empresa, muchas veces[...] se empieza como pequeña y luego va creciendo. Si la envergadura de sus negocios es exitosa, va creciendo con el tiempo; con el mecanismo de tres escalones o tres niveles de sociedad anónima se permite a la sociedad ir pasando de una de estas clases de sociedad anónima a la otra **mediante un simple proceso de adaptación**, sin tener que recurrir al proceso complicado de la transformación. **Basta con que se adecúe su estatuto para que opere este cambio**"².

Considerando todo lo anterior, en mi opinión, una sociedad que adquiera alguna de las condiciones para ser considerada sociedad anónima abierta en el curso de un ejercicio, manteniendo esa condición hasta el cierre del mismo, se regirá únicamente por las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas producida la adaptación de que trata el artículo 263 de la Nueva LGS.

Ahora bien, resulta claro de la Nueva LGS que una sociedad debe adaptarse a la condición de sociedad anónima abierta sólo cuando, al cierre de un determinado ejercicio, tenga alguna de las condiciones que el artículo 249 de tal Ley establece para ser considerada como tal. Ello se encuentra expresamente indicado por el artículo 263 de la Nueva LGS.

Lo anterior quiere decir que la situación en que la sociedad pueda estar en el curso de un ejercicio es

irrelevante. La única situación que interesa para definir la obligación que tiene una sociedad de adaptarse al régimen de sociedad anónima abierta es aquella vigente al 31 de diciembre de cada año.

Así, conforme a lo anterior, puede suceder que una sociedad determinada tenga 751 accionistas al cierre de un determinado ejercicio y 749 accionistas en el curso de todo el ejercicio inmediato siguiente.

Pues bien, ello será irrelevante, pues como al cierre del año anterior esa sociedad cumplía una de las condiciones para ser considerada sociedad anónima abierta, ella estará obligada a adaptarse a esa condición en el ejercicio inmediato siguiente y a aplicar las reglas que regulan a las sociedades anónimas abiertas, por más que el número de socios que en ese ejercicio tenga sea menor al que define a tales sociedades.

También puede darse la situación inversa, vale decir, que al 31 de diciembre de un determinado ejercicio una sociedad tenga 749 accionistas, pero que a partir del 1 de enero del año inmediato siguiente tenga 751 accionistas.

Pues bien, independientemente de que en el curso de este siguiente año la sociedad de que se trate cumpla en términos abstractos una de las condiciones que establece el artículo 249 para ser considerada sociedad anónima abierta, la misma no estará obligada a adaptarse a esta forma social ni a aplicar las normas que la regulan, puesto que el 31 de diciembre del año inmediato anterior no tenía el número de socios necesario para ser considerada como tal.

En realidad, la intención del legislador, a mi modo de ver, es muy sana, pues pretende regular este tipo de situaciones dentro de marcos razonables de seguridad jurídica.

Para este efecto, con objeto de definir si una sociedad debe regirse o no por las reglas de la sociedad anónima abierta, ha optado por dar relevancia únicamente a su condición al cierre del ejercicio gravable, para evitar que las posibles fluctuaciones -como por ejemplo, en el número de socios de una sociedad anónima-, puedan determinar que en el curso de un solo ejercicio la sociedad pueda variar su condición de abierta a común y de común a abierta continuamente.

² Consultar sobre el particular a Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS, "Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades", Gaceta Jurídica, Lima, 1998, página 493.

Ante esta posibilidad, el legislador ha preferido definir la condición de sociedad anónima abierta o de sociedad anónima común por períodos anuales enteros, para evitar los inconvenientes de inseguridad que podría ocasionar una regulación distinta.

De manera consecuente con todo lo anterior, debe concluirse que una sociedad sólo estará regida por las normas que regulan a las sociedades anónimas abiertas, a partir del ejercicio inmediato siguiente a aquél en que se determine -considerando exclusivamente su situación al 31 de diciembre- que esa sociedad cumple alguna de las condiciones que establece la Nueva LGS para ser considerada como tal.

Esta posición es aceptada por la Comisión Redactora del Anteproyecto de la nueva Ley General de Sociedades.

En efecto, comentando el artículo 249 de la Nueva LGS, Beaumont Callirgos³, integrante de la citada Comisión, relata que en algún momento la CONASEV "sugirió agregar un párrafo en el inciso tercero que permita establecer la fecha que debería servir de referencia para efectuar el cómputo del número de accionistas, **y en base a ello, determinar si pasaba o no a la condición de sociedad anónima abierta**".

En relación a lo anterior, este autor agrega que la Comisión no estuvo "de acuerdo con la sugerencia, **por cuanto ya el segundo párrafo del artículo 263 se había encargado de señalar que la adaptación (Sociedad Anónima Abierta) tenía carácter obligatorio cuando al término del ejercicio anual, la sociedad alcanzaba tal condición**".

Como se puede apreciar de lo anteriormente expuesto, la Comisión Redactora rechazó aclarar en el propio artículo 249 de la Nueva LGS que las sociedades anónimas abiertas sólo se medían considerando su situación al cierre de un ejercicio, por cuanto ello ya había sido consagrado en el artículo 263 de tal Ley.

Dilucidado lo anterior, la pregunta que resta por contestar es si para establecer el régimen de una sociedad anónima en el presente ejercicio, resulta determinante el número de socios que la empresa haya tenido al 31 de diciembre de 1997, es decir, antes de la vigencia de la Nueva LGS. Vale decir,

una sociedad que ha tenido, por ejemplo, más de 750 accionistas al cierre del ejercicio anterior, ¿estará obligada a adaptarse al régimen de las sociedades anónimas abiertas y a aplicar, en consecuencia, el régimen que la Nueva LGS establece para ellas, en el presente ejercicio?

Sobre el particular, hay que recordar que nuestra legislación en caso de conflictos de aplicación de las normas en el tiempo, opta por la teoría de los hechos cumplidos o de la aplicación inmediata de la ley.

En efecto, conforme al artículo III del Título Preliminar del Código Civil, "la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

Es decir, la nueva ley se aplica "a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que es derogada o modificada"⁴.

En mi opinión, el principio de aplicación inmediata de la ley que consagra nuestra legislación no puede implicar que, para los efectos de lo que establece el segundo párrafo del artículo 263 de la Nueva LGS, deba tomarse en cuenta la situación de las sociedades al cierre del ejercicio 1997, porque esto no implicaría aplicar tal nueva ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En efecto, la nueva ley se aplica, como se acaba de ver, a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren **a partir del momento de su vigencia**. En el presente caso, el que una sociedad tuviera o no más de 750 accionistas al 31 de diciembre de 1997 era una situación que concluyó en sus efectos antes de la vigencia de la Nueva LGS, por lo que tal situación es irrevisable por ésta.

Cuando la Nueva LGS hace referencia al ejercicio anual en su artículo 263 (y, como se verá luego, en la Tercera Disposición Transitoria de la misma), sólo puede estarse refiriendo al ejercicio que empieza a computarse a partir de la vigencia de esta Nueva LGS, y a los subsiguientes, mas no a los anteriores. Nótese, además, que ninguna referencia de la misma, expresa o implícita, puede hacer suponer lo contrario.

³ Op.Cit. páginas 479-480.

⁴ Marcial RUBIO CORREA, "Para Leer el Código Civil", Tomo III, Pontificia Universidad católica, Fondo Editorial, Lima, 1986, pág. 57.

El que una sociedad tenga más de 750 accionistas al 31 de diciembre de un año se convierte en una "situación jurídica"⁵ a los efectos de la Nueva LGS sólo con la entrada en vigencia de ésta. Por ello, no cabe extraer consecuencias para la Nueva LGS considerando la "situación" de una sociedad al 31 de diciembre de 1997.

La teoría de la aplicación inmediata no pretende modificar lo ocurrido con anterioridad a la dación de la nueva ley. Lo ocurrido antes de la nueva ley se ha regido por la normatividad anterior. Sólo lo que ocurre a partir de la nueva ley se rige por ésta.

En el presente caso, al cierre del ejercicio anterior no existía la Nueva LGS, de manera que el tener o dejar de tener un determinado número de accionistas al cierre del mismo era un tema que se agotaba en tal ejercicio.

Imaginemos el caso en que la Nueva LGS no se hubiera dictado, como se ha dictado, para regir recién el 1 de enero de 1998, sino que hubiera entrado en vigencia, digamos el 15 de diciembre de 1997 ¿Alguien hubiera sostenido que en virtud de la teoría de la aplicación inmediata de la ley recogida en el Código Civil, una empresa debía regirse por la normatividad de las sociedades anónimas abiertas tomando en cuenta el número de socios que ésta hubiera tenido al 31 de diciembre de 1996?

En este caso la respuesta obvia es no. Pues bien, exactamente la misma situación teórica se presenta en el caso que se viene analizando, con la única diferencia de que el cierre del ejercicio inmediato anterior es más próximo a la vigencia de la nueva ley.

Por todas estas consideraciones pienso que el régimen de una sociedad que hubiera tenido más de 750 accionistas al 31 de diciembre de 1997 recién se definirá al cierre del ejercicio 1998. Si a la fecha de cierre, 31 de diciembre de 1998, esa sociedad tiene más de 750 accionistas, estará obligada a aplicar el régimen de sociedad anónima abierta a partir del ejercicio 1999, una vez que se produzca la adaptación a que se refiere el artículo 263 de la Nueva LGS.

B. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA NUEVA LGS

Debe analizarse ahora si se arriba a las mismas conclusiones tomando en consideración las Disposiciones Transitorias de la Nueva LGS.

De acuerdo a la Primera Disposición Transitoria de la Nueva LGS, las sociedades se encuentran obligadas a adecuar su pacto social y su estatuto a las disposiciones de dicha ley en la oportunidad de la primera reforma que efectúen a los mismos o, a más tardar, dentro de los 270 días siguientes a la fecha de su entrada en vigencia.

Esa misma Disposición Transitoria agrega que en tanto ocurra esa adaptación, las sociedades se seguirán rigiendo por sus propias estipulaciones en todo aquello que no se oponga a las normas imperativas de la Nueva LGS.

A la luz de esta norma, se presenta la duda sobre si las sociedades comprendidas en la definición del artículo 249 de la Nueva LGS se encuentran obligadas a adaptarse a la misma inmediatamente como sociedades anónimas abiertas.

En mi concepto, aunque una sociedad venga cumpliendo actualmente alguna de las condiciones que definen a las sociedades anónimas abiertas, debe adaptarse a la Nueva LGS bajo el régimen general y no bajo el régimen de las sociedades anónimas abiertas.

En efecto, lo que la Primera Disposición Transitoria de la Nueva LGS establece es la obligación que tienen las sociedades de adecuar su pacto social y su estatuto a las disposiciones de la misma. Y ya hemos visto que una de las disposiciones que contiene tal ley es la que señala que las sociedades anónimas abiertas se considerarán tales según sea su situación al cierre del ejercicio anual (1998, en este caso), independientemente de cuál haya sido su situación en el curso del mismo.

Siendo así, al vencer el plazo para la adecuación que esta Disposición Transitoria exige, la sociedad que pueda haber alcanzado alguna de las condiciones del artículo 249 de la Nueva LGS no será considerada aún sociedad anónima abierta, sino sólo hasta el siguiente año. Tal sociedad, entonces, deberá adaptarse a la Nueva LGS como una sociedad regida bajo las normas generales de la misma y no bajo las normas especiales de la sociedad anónima abierta, desde que, legalmente, aún no tiene esa condición. Lo anterior queda confirmado, además, por lo que establece el cuarto párrafo de la Tercera Disposición Transitoria de la Nueva LGS.

⁵ Sobre este particular, Luis LEGAZ y LACAMBRA ("Filosofía del Derecho", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975, página 749) señala que "el hombre está en situaciones jurídicas desde el momento que ciertas situaciones ónticas, existenciales, son adoptadas por las normas como relevantes para producir nuevas situaciones jurídicas para sí y para los demás, o sea, desde el momento que las normas de Derecho admiten que cierto acto suyo es la condición para reconocer la existencia de un nuevo estado de cosas jurídico".

En efecto, conforme a esa norma, las sociedades que hasta el 31 de diciembre de 1997 eran consideradas sociedades anónimas abiertas bajo los alcances de los derogados artículos 260 al 268 del Decreto Legislativo 755, “**adquieren** la calidad de sociedad anónima abierta **cuando al término del ejercicio anual** se encuentren en alguno de los casos contemplados en el artículo 249, **debiendo proceder entonces a la adaptación en la forma establecida en el artículo 263**”.

Si, de acuerdo a esta norma, las sociedades que eran consideradas abiertas bajo la legislación anterior tendrán que esperar hasta la culminación del presente ejercicio⁶ para adquirir recién la condición de sociedad anónima abierta bajo la Nueva LGS (en la medida en que, desde luego, cumplan con alguna de las condiciones que establece el artículo 249 a esos efectos), con más razón una sociedad que no era considerada abierta bajo la legislación anterior tendrá que esperar hasta el 31 de diciembre del presente año para encontrarse obligada recién a adaptarse a las normas que rigen a estas sociedades en la Nueva LGS.

Obsérvese que, de acuerdo a esta Tercera Disposición Transitoria de la Nueva LGS, las antiguas sociedades anónimas abiertas sólo “**adquieren**” la condición de sociedades anónimas abiertas para la Nueva LGS al término del presente ejercicio, en la medida en que cumplan en esa oportunidad alguna de las condiciones que establece el artículo 249 de esa Ley. Todo ello confirma que, por más que las condiciones para ser considerada sociedad anónima abierta bajo la Nueva LGS existían incluso desde la propia vigencia de ésta, las empresas no son consideradas sociedades anónimas abiertas para esos efectos sino hasta el cierre del ejercicio, una vez culminado el proceso de adaptación respectivo.

Por ende, una sociedad que cumpla alguna de las condiciones que definen a las sociedades anónimas abiertas, incluso desde la propia vigencia de la Nueva LGS (1 de enero de 1998), sólo estará obligada a adaptarse a la citada Nueva LGS como una sociedad anónima ordinaria y no bajo el régimen de las sociedades anónimas abiertas.

Para finalizar el análisis de la normatividad transitoria de la Nueva LGS debe también tomarse en cuenta que la misma Tercera Disposición Transitoria, en su tercer párrafo, señala que, a los efectos de su adaptación a la Nueva LGS, “en las sociedades

anónimas que conforme a la presente ley son consideradas abiertas se estará a los *quórum*s y mayorías que establece esta ley”.

En realidad, aplicando el criterio que se ha venido sosteniendo, probablemente ninguna sociedad anónima será considerada sociedad anónima abierta en el presente ejercicio, puesto que como normalmente el ejercicio anual de las empresas coincide con el año calendario, ninguna sociedad habrá cerrado su ejercicio para determinar su condición de sociedad anónima abierta. Tal sería el sentido de aplicar *quórum* y mayorías de ese tipo de sociedades en la misma junta en la que debe acordarse la adaptación a la Nueva LGS.

Como no cabe interpretar una norma sin darle un sentido, algunos podrían sostener que, a partir de esta disposición, se puede concluir que las sociedades anónimas que alcancen alguna condición para ser consideradas sociedades anónimas abiertas antes de que venza el plazo para la adaptación a que se refiere la Primera Disposición Transitoria, estarán obligadas a efectuar tal adaptación considerando inmediatamente su condición de sociedades anónimas abiertas. Tal sería el sentido de aplicar *quórum* y mayorías de este tipo de sociedades en la misma junta en la que debe acordarse la adaptación a la Nueva LGS.

Me parece que éste no sería tampoco el sentido de la disposición que se viene comentando, básicamente por las mismas razones que ya se han expuesto al comentar la Primera Disposición Transitoria de la Nueva LGS. En efecto, la normatividad general sólo reconoce la condición de sociedad anónima abierta a partir del ejercicio siguiente a aquél en que se alcanza alguna de las condiciones que definen a este tipo de sociedades de acuerdo al artículo 249 de la Nueva LGS, cosa que en última instancia no desconoce la norma transitoria que ahora se comenta.

Además, no es cierto que bajo la interpretación que se ha sustentado en este estudio, el tercer párrafo de la Tercera Disposición Transitoria de la Nueva LGS no tenga sentido.

A este respecto, debe observarse que no todas las sociedades deben tener un ejercicio anual coincidente con el año calendario.

Por tal razón, puede darse el caso de sociedades que, al adaptarse a la Nueva LGS, conforme a lo que

⁶ Acá sí no existe ninguna duda de que se está haciendo referencia al ejercicio del año 1998 y no al ejercicio del año 1997.

establece la Primera Disposición Transitoria de ésta, ya hayan cerrado un ejercicio y estén en condiciones de adaptarse inmediatamente al régimen de sociedades anónimas abiertas, por lo que serían estas sociedades las que estén obligadas a aplicar el *quórum* y mayorías de las sociedades anónimas abiertas desde la propia junta en que se acuerda la adaptación.

Además, no debe olvidarse que el anteproyecto original de la Nueva LGS preveía análisis semestrales para determinar si una sociedad había adquirido la condición de sociedad anónima abierta, y no anuales como finalmente consagra en su texto.

Por ello, no resultaba extraño, en esas condiciones, que al vencer el plazo de adaptación que establece la Primera Disposición Transitoria de la Nueva LGS ya existieran sociedades obligadas a tal adaptación en su condición de sociedades anónimas abiertas. Eso es lo que, en el fondo, también podría explicar la existencia del tercer párrafo de la Tercera Disposición Transitoria en la Nueva LGS.

Por todas estas razones, en mi opinión, aún cuando una sociedad tenga actualmente más de 750 accionistas, no estará obligada a efectuar la adecuación a la Nueva LGS a que se refiere su Primera Disposición Transitoria bajo el régimen de las sociedades anónimas abiertas.



**NOTARIA
BERROSPI POLO**

SERGIO ARMANDO BERROSPI POLO

ABOGADO
NOTARIO DE LIMA

**AV. TARAPACA (HOY AV. FELIPE ARANCIBIA) N° 529 2DO. PISO - RIMAC
TELEFAX: 483-1380 482-8643 382-0237 382-0238 382-0239**

**ESTUDIO
DE BELAUNDE & MONROY
ABOGADOS**

Miguel de Cervantes 280 - San Isidro - Lima 27 - Perú
Teléfonos: 440-5704/440-2469/442-8896/442-8898



NOTARIA PINEDO

WALTER PINEDO ORRILLO
NOTARIO DE LIMA

Horario de atención: Lunes a Viernes de 9:00 a.m. a 6:00 p.m.
Sábados de 9:30 a 1:00 p.m.

Calle Los Ceibos N° 283, Urb. Camacho, La Molina Telf. 435-9952 - 436-6626 - 436-3954 - 436-5683
Telefax: 437-3965 E-mail: wpinedo@amauta.rcp.net.pe

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE UNA SOCIEDAD Y EL PROBLEMA DEL DENOMINADO ABUSO DE LA MAYORÍA

Juan Espinoza Espinoza
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE LA SOCIEDAD

La nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, del 5 de diciembre de 1997, en materia de responsabilidad civil de los directores y gerentes de la sociedad anónima sigue, con pocas variaciones, el modelo diseñado por su predecesora, la derogada Ley General de Sociedades, aprobada por Decreto Supremo 003-85-JUS, de fecha 14 de enero de 1985.

Siguiendo el modelo conceptual de la capacidad general de las personas jurídicas, heredado del sistema alemán, el artículo 12 establece que la sociedad está obligada con respecto a las personas con las cuales se ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad en negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Se regula también, que los socios o administradores responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya sufrido como consecuencia de los acuerdos *ultra vires*, vale decir, los que exceden el objeto social de la sociedad y la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, todo ello independientemente de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Este dispositivo debe ser entendido en concordancia con el artículo 13, que establece que la sociedad no queda obligada por los actos que celebren, aunque sea en nombre de ella, quienes no están autorizados para ejercer su representación. Recae la responsabilidad civil o penal que se produzca, en la persona de sus autores.

Dos de los temas que originan mayores discrepancias en el Derecho de Sociedades son la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y terceros por sus actos, y el abuso o exceso de poder en desmedro de las minorías por parte de otros miembros de la sociedad, sean éstos mayoría numérica o económica.

El autor, en el presente artículo, nos detalla el tratamiento actual de las mencionadas instituciones sobre la base de la nueva legislación societaria vigente, así como las implicancias y deficiencias de su actual regulación.

Respecto a los directores, se establece un *guideline*, en el artículo 171, al precisar que éstos deben actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Los directores responden ilimitada y solidariamente frente a la sociedad, accionistas y acreedores por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Del mismo modo, es responsabilidad del Directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares¹. También se configura su responsabilidad solidaria con los directores precedentes por las irregularidades que éstos hayan cometido si, conociéndolas, no las denunciaron por escrito a la Junta General (artículo 177).

El director puede eximirse de responsabilidad si es que ha manifestado su disconformidad con el acuerdo de directorio generador del daño, sea en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, "siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial" (artículo 178). Autorizada doctrina italiana sostiene que "la responsabilidad con respecto a la sociedad se funda, (...) en un acto ilícito de naturaleza contractual, consistente en la violación de una obligación derivada de contrato en virtud del cual los administradores (en nuestra legislación, los directores) han asumido el cargo"².

Si la lesión es a la sociedad, la demanda se interpone en virtud del acuerdo de la Junta General, aún cuando la sociedad esté en liquidación. También le corresponde este derecho a los accionistas que representen un tercio del capital social (artículo 181). Si los actos de los directores lesionan los intereses personales de los socios o de los terceros, éstos los podrán demandar directamente (artículo 182). Los

supuestos en los cuales se ocasionan estos daños pueden ser: la violación de los derechos individuales de los socios³; falsas comunicaciones sociales que provoquen un errado conocimiento de la real situación patrimonial de la sociedad, que induzcan, por ejemplo, a que un socio venda a un precio bajo sus propias acciones o; que un tercero haga un financiamiento a la sociedad aparentemente solvente, pero que está con serios problemas económicos⁴.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores por los actos ilícitos cometidos con daño a los socios individualmente considerados o a los acreedores es de carácter extracontractual⁵. En efecto, es distinto el caso de un daño directamente ocasionado al socio o al tercero, en cuanto no deriva de la disminución del patrimonio social y es consecuencia inmediata de la actividad de los directores (responsabilidad extracontractual), al supuesto del daño directo al patrimonio de la sociedad y, por consiguiente, de carácter reflejo con respecto al socio, donde la responsabilidad de los directores podrá ser calificada como contractual y perseguida mediante las acciones sociales "de masa"⁶. Sin embargo, esta distinción no es excluyente, porque se puede presentar el caso de concurrencia de los dos tipos de responsabilidad, cuando coincidan los intereses del socio o el tercero con el interés de la sociedad⁷.

El plazo de prescripción de la pretensión social y la individual de resarcimiento es de 2 años contados desde la fecha de adopción del acuerdo o de la comisión del daño (artículo 184).

El gerente también es responsable frente a la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones por dolo, abuso de facultades y

¹ Se advierte que "si nos encontramos ante el caso de acuerdos de junta de accionistas que violen o contraríen el pacto social o el estatuto, si el Directorio procede a ejecutarlos, incurre en responsabilidad por los daños que se produzcan como consecuencia de ello, por cuanto estaría faltando a su deber de actuar como un diligente y leal representante de la sociedad" (BEAUMONT CALLIRGOS, Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica, Lima, 1988, 380).

² DI SABATO, *Manuale delle società*, Cuarta edición, UTET, Torino, 1992, p. 486-487. En este mismo sentido: MONTOYA MANFREDI, *Derecho Comercial*, Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 245.

³ Dentro de éstos, MONTOYA MANFREDI, ejemplifica el hecho de negar a los socios el acceso a las juntas generales, privándoles el derecho a voto o negándoles el pago de los dividendos acordados (op. cit., p. 248).

⁴ DI SABATO, op. cit., p. 493-494.

⁵ Así lo sostiene, partiendo de la experiencia jurisprudencial italiana, S. CAVANNA, *L'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod. civ. negli anni 80/90 e dintorni*, NGCC, 2, año XI, Cedam, Padova, 1995, p. 119.

⁶ S. CAVANNA, op. cit., 120.

⁷ S. CAVANNA, op. cit., 122.

negligencia grave (artículo 190). Cabe responsabilidad solidaria con los miembros del Directorio, cuando el gerente participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la Junta General (artículo 191). Una persona jurídica puede ser gerente, siempre y cuando se nombre inmediatamente una persona natural que la represente (artículo 193).

2. ALGUNA REFLEXIÓN FRENTE AL DENOMINADO ABUSO DE PODER

Un aspecto que merece nuestra atención es el relativo a la situación en la cual un grupo de miembros de una persona jurídica (sea mayoría numérica o económica) ocasione daños, con su decisión, al grupo minoritario o a un integrante del mismo, individualmente considerado. Esta figura ha sido denominada en doctrina como abuso o exceso de poder. La jurisprudencia italiana ha considerado que una decisión tomada en asamblea general puede ser anulada, si se configura dicho abuso o exceso. Sin embargo, corresponde asumir la carga de la prueba, del abuso o del exceso, a quien impugna la decisión⁸.

Cierto sector de la doctrina italiana se muestra escéptico frente a la admisión del denominado abuso o exceso de poder, afirmando que "se necesita precisar que la construcción del exceso de poder surge de la restricción de la categoría del conflicto de intereses, en la exigencia de poner remedio a hipótesis en las cuales no está en cuestionamiento un conflicto entre el interés societario y el extra-societario de un socio, sino la deliberación adoptada por parte de algunos socios, únicamente con la finalidad de procurarse una posición de ventaja respecto a los otros socios"⁹. Como casos se propo-

nen la reducción del capital por pérdidas sobre la base de la subvaluación del patrimonio social, con el consiguiente aumento a una suma no justificada por las exigencias de la empresa, con pleno conocimiento de que los socios minoritarios no podrán o no querrán suscribir el aumento; la falta de distribución de las utilidades para influir en el valor de las acciones o en las decisiones de los socios minoritarios; exclusión del derecho de opción en caso del aumento de capital, únicamente para reducir la participación proporcional al capital de los socios antiguos¹⁰; entre otros.

No obstante ello, se sostiene que "en algunos casos es particularmente advertida la exigencia de poner remedio a los abusos de la mayoría en daño de la minoría. Pero en estos casos no queda más que centrarse en las obligaciones de buena fe y corrección en la ejecución de las relaciones contractuales"¹¹. En nuestra opinión, independientemente de la referencia semántica que se utilice, nos encontramos frente a una situación que se encuentra inmersa dentro de la provincia de la responsabilidad civil.

Parecería, de la lectura del artículo 139 de la Ley General de Sociedades, que solamente podrían ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a dicha Ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que dichos acuerdos incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil. Sin embargo, ello no correspondería a una correcta interpretación sistemática de este dispositivo.

Creemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el soporte legal que le asistiría al integrante o

⁸ Así, la Casación Civil, Sección I, del 05.05.95, No. 4923, establece que: "la deliberación de la disolución de una sociedad adoptada por los socios en las formas legales y con la mayoría prescritas para tal efecto, puede ser anulada, en defecto de las razones típicas previstas por los artículos 2377-2379 del Código Civil (italiano), por abuso o exceso de poder, en las hipótesis en las cuales resulte arbitraria y fraudulentamente organizada para conseguir, por parte de los socios de la mayoría, intereses divergentes a los intereses de la sociedad, o a la realización de finalidades lesivas para el participante individualmente considerado, mientras, más allá de tales hipótesis, queda precluida toda posibilidad de decisión jurisdiccional en orden a los motivos que han inducido a la mayoría de los socios a adoptar este tipo de deliberaciones. Sin embargo, en estas hipótesis, constituye precisa carga de quien impugna la deliberación demostrar, con idóneos medios de prueba, la subsistencia del abuso o del exceso de poder denunciado, para que pueda desplegarse la mencionada decisión del juez", en *L'abuso di potere da parte della maggioranza vizia la delibera*, en: *Le Società*, No. 12, 1995, 1548, con nota de IMBRENDA, quien afirma que "en el caso concreto, al igual que en numerosas sentencias precedentes, la sanción de los comportamientos abusivos ha quedado convertida en una mera afirmación de principio, desde el momento que, no habiendo sido ofrecida por los socios de la minoría la prueba del intento fraudulento o lesivo de la mayoría de excluirlos de la sociedad y de impedirles el ejercicio de derecho de recesso del cual son titulares, no ha sido declarado la anulación de la decisión" (cit., 1549).

⁹ DI SABATO, op. cit., p. 462.

¹⁰ DI SABATO, op. cit., p. 463, quien observa que en estos casos "no está en cuestión el interés social, dado que la empresa social podría incluso beneficiarse del incremento de los medios financieros: el contraste se refiere a los intereses que los socios tienen en la sociedad" (cit.).

¹¹ DI SABATO, op. cit., p. 464.

integrantes minoritarios, dañados con la decisión de la asamblea general afectada de abuso o exceso de poder de la mayoría, es el principio del abuso de derecho, amparado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Corresponderá a los perjudicados con la decisión abusiva demostrar que se configuran los elementos propios del abuso de derecho (actuación de mala fe, intención de dañar, si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho aquella que es dañosa para otros, si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca, entre otros¹²), para que se ampare su pretensión.

Es por ello que se sostiene -partiendo de la premisa de que el abuso de derecho no es únicamente una categoría conceptual, sino que debe estar acompañada "por una investigación que debe basarse en elementos de la vida social humana, porque, de otra manera, sería 'relativa' al sujeto que cumple el acto, a su comportamiento"¹³ que si la mayoría hace prevalecer su interés "extra-societario" (vale decir, sin que corresponda al interés social) en menoscabo de la minoría, se evidencia una lesión injustificada que se encuentra dentro del campo del "abuso"¹⁴. Nótese que este supuesto es distinto del previsto por el artículo 139 de la nueva Ley General de Sociedades, por cuanto este último se refiere a una decisión que vaya en "contra de los intereses de la sociedad", sin tener en cuenta el legítimo interés de la minoría dañada.

Merece especial atención la posición de quien, redimensionando el concepto de legítimo interés, aborda este problema. Entendiéndose el legítimo interés como "situación de ventaja (sustancial e inactiva) que se ubica en el interior de una (verdade-

ra) relación jurídica estructurada en el sentido de la complementariedad y caracterizada, en el lado opuesto, por la presencia de situaciones activas (en el sentido de comportamiento) de libertad o de necesidad; pero siempre ejercidas de manera discrecional"¹⁵, se llega a la conclusión de que la actividad de la junta de accionistas y el interés social deben inevitablemente ir de manera coordinada, ya que las decisiones de la junta de accionistas (que están dentro de las situaciones activas de libertad) deben ser ejercidas de manera discrecional¹⁶, sin afectar el legítimo interés de las minorías.

En efecto, la decisión mayoritaria debe coincidir con el interés social y, si ello no es así, se lesiona además el interés de la minoría, es decir, la posición de ventaja (que no es un derecho subjetivo) inactiva (por cuanto carece de la posibilidad de la libre actuación antes de su lesión, o amenaza de lesión) de esta última (*rectius*, legítimo interés), queda expedito el derecho para actuar judicialmente, a efectos de la solicitar la protección jurídica correspondiente¹⁷.

Sea cual fuere la perspectiva, vale decir, desde la actividad de la decisión de la mayoría (abuso de derecho) o desde la situación jurídica de la cual es titular la minoría (legítimo interés), nos encontramos frente a un caso en el cual no podemos dejarnos llevar por la simple constatación de un criterio cuantitativo (mayoría versus minoría), sino ante un dato concreto y real de la experiencia social, que exige al operador jurídico interpretar finamente los instrumentos que otorga el Derecho para lograr una efectiva administración de justicia, concibiendo a la figura del abuso de derecho en su exacta dimensión: ser un remedio que es utilizado en vía excepcional, frente a una manifiesta injusticia, si se razona con un criterio exquisitamente legalista.

¹² Estos datos son proporcionados por BORDA, Manual de Derecho Civil, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 35.

¹³ LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 23.

¹⁴ LEVI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵ BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato (voz)*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, UTET, Torino, 1993, p. 549.

¹⁶ BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 560.

¹⁷ De acuerdo a lo establecido por el artículo VI de Título Preliminar del Código Civil Peruano.

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES. PERSPECTIVA BAJO EL MARCO DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Alonso Morales Acosta
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Lima

1 DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Nuestro ordenamiento legal vigente regula el proceso de transformación de sociedades en forma sucinta y precisa. En tal sentido, comienza por determinar que «la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica» (artículo 333).

De esa forma, Ferrara nos explica lo siguiente:

«... La transformación consiste en la adopción por la sociedad, de un tipo jurídico distinto al adoptado antes, con la consecuencia de tenerse que someter (en lo sucesivo) al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían hasta ese momento.»¹

Podría complementarse esta definición manifestando que:

«... la transformación consiste en un acto jurídico unilateral e interno del titular de una empresa, mediante el cual cambia su propia organización por una más adecuada a sus necesidades, (...) como puede apreciarse, la transformación no implica disolver, ni tampoco liquidar la organización del titular. Supone, simplemente, el cambio de su estructura y régimen legal a otro de clase diferente sin afectar su existencia.»²

De igual manera, Saúl Argeri define a la transformación del siguiente modo:

El Derecho Societario reconoce diversas modalidades de organización a través de las cuales las sociedades pueden optar por regularse. Los accionistas, a su vez pueden, con el fin de obtener mayores beneficios, modificar el tipo societario elegido al momento de su constitución; pero, podrían presentarse diversos problemas con los terceros acreedores que se relacionan con la sociedad, esto debido a las diferencias significativas en materia de obligaciones y responsabilidades de los accionistas sobre las deudas sociales que existen entre los distintos tipos societarios.

El autor, especialista en la materia, describe la manera cómo se ha regulado el tema de transformación de sociedades en la nueva Ley General de Sociedades, señalando algunos inconvenientes en su regulación por nuestro ordenamiento.

¹ FERRARA, Francisco. *Empresarios y Sociedades*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 376.

² MORALES ACOSTA, Alonso. "Cambios en el Titular de la Empresa: Transformación, Fusión y Escisión". En: *El Titular de la Empresa*. Revista Peruana del Derecho de la Empresa: Asesorandina Publicaciones, 1991.

«...Adopción por los titulares o accionistas de la sociedad, ajustándose a la Ley y a los estatutos sociales, de un nuevo tipo societario. Se ha dicho que la transformación no importa la pérdida de la identidad de la sociedad primitiva, pues sólo cambia su aspecto exterior.»³

Como podrá apreciarse, es posible decir que la transformación de sociedades consiste en el cambio experimentado de una sociedad a otro tipo de sociedad o persona jurídica de diferente régimen legal, conservando paradójicamente la misma personalidad jurídica.

En ese sentido, la existencia ininterrumpida de la misma personalidad jurídica permite verificar que por la «transformación» no cambia su personería, sino que, más bien, continúa subsistiendo bajo una forma nueva, persistiendo el mismo sujeto (titular) y manteniendo los mismos derechos y obligaciones que tenía bajo la forma abandonada.

La transformación no implica la disolución de la sociedad transformada, su consiguiente liquidación y la sucesiva constitución de otro tipo de sociedad; pues simplemente continúa la misma persona jurídica, aunque modificada en la forma, conservando su anterior substrato personal y patrimonial.⁴

En ese orden de ideas, con la regulación de la «transformación» como modalidad y opción para la «reorganización de sociedades», se evita pues, el engorroso, costoso e infructuoso proceso indicado (disolución, liquidación y constitución de otra sociedad), que incluso podría afectar severamente el crédito de la sociedad que se transforma.

Ferrara (hijo) corrobora lo que hemos venido explicando en los términos siguientes:

«... la transformación no supone la extinción de la sociedad seguida del nacimiento de otra sociedad distinta; la sociedad permanece siempre viva y es siempre la misma, sólo cambia su ropaje legal.»⁵

De lo expuesto se infiere que, con la conservación de la personalidad jurídica en la transformación, permanecen aquellos elementos esenciales de la sociedad capaces de trascender a cualquier tipo o forma jurídica; como por ejemplo su domicilio, el objeto social o el capital (salvo que algunos socios hagan uso del derecho de separación).

En ese orden de ideas, con la transformación se consigue que la estructura general de la sociedad, tanto en su organización como en su funcionamiento, se adapte a una nueva forma sin dejar de ser la misma persona jurídica.⁶

2 LA TRANSFORMACIÓN EN LA DEROGADA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

La derogada Ley General de Sociedades establecía que, por la transformación, las sociedades constituidas legalmente podían transformarse en cualquiera de las otras clases de sociedades consideradas en dicha Ley⁷.

En ese aspecto radica la novedad del artículo 333 de la nueva Ley General de Sociedades, el mismo que permite la adaptación de las sociedades, no solamente a otras formas societarias sino también a otros tipos de personas jurídicas contempladas en las leyes del Perú.

Ello significa que es perfectamente posible que la sociedad que se transforma pueda adoptar la forma de una cooperativa, asociación, fundación, comité, etc., y viceversa (por ejemplo una cooperativa podría transformarse en sociedad anónima).

³ ARGERI, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. p. 226.

⁴ Sobre el particular Joaquín Garrigues es categórico:

“El dato de la conservación de la misma personalidad jurídica es esencial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para distinguir la transformación de una sociedad, de aquel otro supuesto que consiste en la disolución de una compañía y simultánea constitución de otra nueva sociedad con el patrimonio de la sociedad disuelta, pues en este caso no se conserva la misma personalidad jurídica”.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México: Editorial Porrúa S.A., 1984. p. 575

⁵ FERRARA, Francisco. Empresarios y Sociedades. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 376.

⁶ “...pero aún circunscrita la transformación al mero cambio de forma, sus efectos no se limitan, sin embargo, al orden puramente externo, ya que la forma decide siempre la interna estructura de la sociedad, la organización de los poderes en el seno de la misma y la sumisión de sus relaciones con los socios y con terceros a un régimen jurídico peculiar”.

URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid: Marcial Pons. 1994. p. 395.

⁷ En realidad, el texto de la derogada Ley General de Sociedades correspondía al aprobado por la Ley 16123 en 1966, que fue simplemente perfeccionado para recibir a las sociedades civiles en su cuerpo normativo en 1985, mediante Decreto Legislativo 311.

3. EL ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

3.1 Requisitos para el acuerdo de transformación

La transformación, por su gran importancia, exige el cumplimiento estricto de los requisitos que señala la Ley General de Sociedades y su estatuto, dado que este último será modificado sustancialmente.

Bajo este orden de ideas, el artículo 336 de la nueva Ley General de Sociedades señala que es indispensable que la transformación se acuerde «...con los requisitos establecidos por la Ley y el estatuto de la sociedad o de la persona jurídica para la modificación de su pacto social y estatuto».

En ese sentido, si se va a transformar una sociedad anónima en otra persona jurídica requerirá para la validez del acuerdo, que la convocatoria a junta general cuente para su instalación con «quórum calificado» (conurrencia) de por lo menos dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto en primera convocatoria y, en segunda convocatoria, de por lo menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto (artículos 126 y 127 de la Ley General de Sociedades).⁸

El acuerdo de transformación, además, se adoptará por lo menos, con la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

3.2 De la publicidad del acuerdo

La publicidad del acuerdo de transformación permite que los socios tengan acceso a la mayor cantidad de elementos de juicio, que les permitan tomar una decisión correcta (en relación a la conveniencia o inconveniencia de la transformación) acerca de su permanencia en la sociedad o su separación.

En virtud de ello, la Ley General de Sociedades determina que el acuerdo de transformación sea publicado por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso, con la finalidad de que los socios puedan ejercer su derecho de separación (véase punto 4.1.1).

3.3 La Escritura Pública

La transformación tiene un carácter rigurosamente formal, es por ello que verificada la separación de aquellos socios que ejercieron este derecho o trans-

currido el plazo prescrito sin que hagan uso del mismo, la transformación se formaliza por Escritura Pública que contendrá la constancia de los avisos mencionados en el punto 3.2.

Cabe resaltar que la sociedad se encuentra obligada a **formular un balance de transformación el día anterior a la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública**. Ello tiene por objeto que socios y terceros puedan conocer la situación patrimonial de la sociedad al momento en que la transformación se realice. No es requisito que este balance sea insertado en la Escritura Pública.

A diferencia de la Ley General de Sociedades derogada, no se exige la formulación de dos balances (uno «cerrado al día anterior del acuerdo» y otro «cerrado al día anterior del otorgamiento de la Escritura Pública»). Sólo es necesario este último y como ya mencionáramos, no se exige su inserción en la Escritura Pública.

En relación al tema de la fecha de otorgamiento de la Escritura Pública, encontramos que dicho día se encuentra desubicado en cuanto al efecto de la transformación. En efecto, existe un desfase entre la fecha de cierre del balance «...al día anterior a la fecha de la Escritura Pública...» (artículo 341) y la fecha de entrada en vigencia de la transformación. Empero, ¿qué sucede con el día del otorgamiento de la Escritura Pública de transformación? La ley es categórica, pues sólo entra en vigencia la transformación a partir del día siguiente del otorgamiento de la Escritura Pública (y supeditada a su inscripción en el Registro Público), de conformidad con el artículo 341; de tal manera que en la práctica ello exigirá que el balance de cierre se rectifique en su oportunidad para incluir al día de otorgamiento de la Escritura Pública.

La sociedad debe poner el balance a disposición, en el domicilio social, de **los socios y de los terceros interesados**, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública. No obstante señalarse un plazo límite para su formulación, no se indica durante qué plazo debe quedar a disposición de aquéllos dicha información. Entendemos que por aplicación analógica de la regla establecida para los casos de fusión y escisión (otras modalidades de reorganización) éste deberá ser «...no menor de sesenta días luego del plazo máximo para su preparación».

⁸ Empero, si se está transformando una sociedad anónima abierta, se requerirá en la primera convocatoria el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derechos a voto, en segunda convocatoria la concurrencia de al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto y en caso no se logre este *quórum*, se realizará en tercera convocatoria bastando la concurrencia de cualquier número de acciones con derecho a voto (artículo 257).

En buena cuenta, la puesta a disposición del balance permitirá a los socios y a terceros apreciar la real situación de la sociedad, les permitirá conocer el valor de su patrimonio y decidir sobre el ejercicio o no de su derecho de separación (artículo 338).

3.4 Entrada en vigencia de la transformación

La transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública.

Es menester resaltar que en tanto el balance de transformación se formula al día anterior al otorgamiento de la Escritura Pública (ver punto 3.3), apreciamos que la transformación entra en vigencia al día siguiente del otorgamiento de la misma.

Ello significa que el balance de transformación no considerará el día del otorgamiento de la Escritura Pública, día que quedará sin reflejo contable, desfasándose el balance en por lo menos un día. Sobre el particular, nos remitimos a lo ya explicado en el punto anterior (3.3).

3.5 La inscripción del acuerdo de transformación en el registro

Es preciso resaltar que, no obstante que la transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la Escritura Pública respectiva, la eficacia de esta disposición se encuentra supeditada a su inscripción en el Registro.

La inscripción en el Registro pone fin al proceso de transformación, por lo que el registrador revisa íntegramente el proceso de transformación durante la calificación del título.

Para el efecto, no sólo califica la legalidad de los documentos presentados, sino que también tiene en cuenta «...la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos» (artículo 2011 del Código Civil).

Otro aspecto a resaltar acerca de la importancia de la inscripción, radica en que constituye el medio adecuado para que socios y terceros no informados puedan finalmente conocer la existencia de este acuerdo y ejercer su pretensión judicial de nulidad, si así lo consideran pertinente (véase el punto 7).

4. LA SITUACIÓN DE LOS SOCIOS, LOS ACREEDORES Y LOS TERCEROS QUE TENGAN DERECHOS EMANADOS DE TÍTULO DISTINTO DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL

Naturalmente, al hacer referencia a la transformación de sociedades, debemos considerar a los «grupos de interés» de la sociedad que pueden ser afectados por un acto tan trascendente como el que venimos tratando. Estos son los propios socios, los acreedores y los terceros que tengan derechos emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital.

4.1 La situación de los negocios

Indudablemente, la transformación puede modificar la situación jurídica de los socios, cambiando ciertas reglas de juego corporativas relativas a sus derechos y obligaciones. Ello porque su situación no será más la que les correspondía antes de la transformación, sino la que prevé la ley para el tipo de sociedad o persona jurídica que se adopte.

Para tal efecto, la ley establece el derecho a la información del socio, que se pretende facilitar a través de la publicidad que corresponde a la convocatoria a junta general⁹, así como de la publicación del acuerdo de transformación, y se complementa con la puesta a disposición del balance de transformación con posterioridad al otorgamiento de la Escritura Pública (artículo 339).

No obstante lo indicado, la transformación tiene sus limitaciones; por ejemplo: no puede modificar las participaciones de los socios en el capital, salvo que medie su consentimiento expreso o que se deba al ejercicio del derecho de separación.

4.1.1 El derecho de separación de los socios

Acordada la transformación, lógicamente no se puede obligar a los socios disidentes a permanecer en la sociedad en contra de su voluntad.¹⁰

En virtud de ello, la Ley General de Sociedades reconoce el derecho de separación, el cual consiste en que el socio que se separa tiene derecho a recibir la participación que le corresponda en el capital social de la sociedad que se transforma.

⁹ Véase el artículo 336 en concordancia con los artículos 116, 268, 281, 282, 294 (último párrafo) y 301.

¹⁰ Excepción a la regla general: "todos los accionistas incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general" (artículo 111)

Sin embargo, de conformidad con el artículo 337 de la Ley General de Sociedades, el acuerdo de transformación entraña el derecho de separación, pero de acuerdo a lo regulado en el artículo 200 del mismo cuerpo normativo.

En tal sentido, sólo están facultados para ejercer dicho derecho: 1) los presentes que se hubieren opuesto en la junta general u órgano equivalente al acto de transformación dejando constancia en el acta pertinente, 2) los ilegítimamente privados del derecho a emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad correspondiente hasta el décimo día posterior contado a partir de la fecha de la última publicación del acuerdo de transformación (artículo 3 de la Ley General de Sociedades).

El artículo 200 de la Ley General de Sociedades establece los criterios a los que se sujetará la valoración de las participaciones sociales que se van a reembolsar, así como el plazo que se considerará para estos efectos (que no deberá exceder de dos meses desde la fecha del ejercicio del derecho de separación).

Naturalmente, el ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la transformación.

4.1.2 La responsabilidad de los socios

No cabe pensar que la transformación pueda servir para la elusión de las reglas de responsabilidad que alcanzan a los socios dentro de un tipo social, de acuerdo a lo prescrito por la Ley General de Sociedades.

En tal sentido, la transformación de una sociedad de responsabilidad ilimitada (v.gr.: sociedad colectiva) a una de responsabilidad limitada (v. gr.: sociedad anónima), no libera a los socios en el nuevo tipo social de responder solidaria y personalmente con sus bienes personales por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad.

De ese modo, la transformación de la sociedad no puede afectar a los derechos adquiridos frente a la sociedad y frente a los socios con anterioridad al acuerdo social, salvo, desde luego, que medie consentimiento de los acreedores liberando a los socios.

En ese orden de ideas, la Ley General de Sociedades establece lo siguiente:

«Artículo 334.- (...) La transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a estos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor lo acepte expresamente.»

Este acuerdo puede consistir en un pacto de pago anticipado, en el otorgamiento de garantías o simplemente en el establecimiento de mejores condiciones en la relación crediticia.

De otro lado, la Ley General de Sociedades dispone que si la sociedad contaba con «responsabilidad limitada y se transforma en un modelo con responsabilidad personal e ilimitada» para los socios, éstos responderán de la misma manera respecto de las deudas sociales anteriores.

Es decir, al adoptarse un tipo social más exigente con el patrimonio personal del socio, su responsabilidad incluirá deudas anteriores contraídas bajo el antiguo régimen (de responsabilidad limitada). Ello, además, no desvirtúa el modelo societario que se está adoptando, todo lo cual obliga a los socios a evaluar detenidamente su decisión de transformación.

Este criterio ha sido recogido por el mismo artículo 334 de la Ley General de Sociedades de la siguiente manera:

«Artículo 334.- Los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la transformación».

4.2. La situación de los acreedores

Del texto de la Ley General de Sociedades podemos apreciar que la situación de los acreedores no se va a ver afectada como consecuencia de la transformación de la sociedad.

En ese contexto, pues, carece de sentido reconocer un derecho de oposición del acreedor tal cual se ha conferido en los demás casos de reorganización de sociedades, puesto que, como se ha explicado, existen suficientes mecanismos de protección.

En efecto, los mecanismos de protección para las acreencias pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) La conservación de la misma personalidad jurídica;

2) Los criterios de responsabilidad ilimitada de los socios;

3) La no liberación de responsabilidad por las acreencias del socio que se separa;

De esta manera, el legislador fortalece al acreedor y brinda seguridad a su crédito sin perjudicar la viabilidad de esta forma de reorganización.

4.3 La situación de los terceros que tengan derechos emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital

La transformación de sociedades no afecta los derechos de terceros emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital, ya se hallen representados por «bonos», por «certificados de suscripción preferente» o por «títulos de participación en las utilidades».

Es decir, que los titulares de los derechos señalados mantendrán una situación equivalente salvo que medie variación por aceptación expresa de los mismos.

Sin embargo, cabe resaltar que es necesario que los socios adopten una posición y lleguen a un acuerdo con los terceros respecto a los «certificados de suscripción preferente», pues obviamente no se puede mantener tal cual el derecho en un tipo societario distinto a la sociedad anónima; por ejemplo, en el caso de la transformación de una sociedad anónima a una sociedad colectiva o a una sociedad comercial de responsabilidad limitada.

5. TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

Las sociedades en liquidación pueden transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución,

en tanto no se haya iniciado el reparto del haber social a los socios.

Este tipo de transformación procede siempre y cuando la liquidación de la sociedad que se transforma no sea consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, o del vencimiento del plazo de su duración (artículo 342).

6. OTROS CASOS DE TRANSFORMACIÓN

La nueva Ley General de Sociedades contempla también otros casos de transformación, tales como la transformación de personas jurídicas extranjeras (artículo 394) y de sucursales (artículo 395).

Adicionalmente, se considera como otras formas de reorganización a cualquier operación que combine transformaciones con fusiones o escisiones (artículo 392, inciso 5).

7. PRETENSIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE TRANSFORMACIÓN INSCRITA EN EL REGISTRO

Cabe la posibilidad de pretender judicialmente la nulidad de una transformación inscrita en el Registro, pero únicamente basada en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de la sociedad que se hubiera transformado.

En ese sentido, la pretensión será dirigida contra la sociedad transformada, debiendo tramitarse dicha nulidad vía proceso abreviado.

El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación caduca a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción de la Escritura Pública de transformación en el Registro (artículo 343).

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES Y LAS SOCIEDADES IRREGULARES

Oswaldo Hundskopf Exebio
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Lima

I. INTRODUCCIÓN

1. En la Ley anterior, se normaban la disolución y liquidación de sociedades en la sección cuarta, y las sociedades irregulares en la sección quinta del Libro III.

Hoy, con la nueva Ley, la disolución, liquidación y extinción están reguladas en tres títulos de la sección cuarta del Libro IV, y las sociedades irregulares en la sección quinta.

2. En ambas leyes, por encontrarse regulados estos temas en el Libro designado como Normas Complementarias, sus disposiciones son de aplicación a todas las formas societarias, salvo cuando existen reglas específicas o propias respecto de alguna forma societaria en especial.

3. Consideramos que, en estos temas, la Ley anterior no era lo suficientemente clara, ordenada y precisa, y muchas de sus normas no estaban debidamente sistematizadas, razón por la cual originaban innumerables problemas de aplicación. La nueva Ley es ostensiblemente mejor en la presentación y regulación de los temas; y al igual que en otros casos, ha dado solución a muchos problemas por ser sus normas tan precisas que no dan lugar a diferencias de interpretación.

II. DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES (TÍTULO PRIMERO DE LA SECCIÓN CUARTA)

1. En ambas leyes las causales de disolución son nueve, sin embargo, en la nueva Ley, con el artículo 407, se han incorporado los siguientes cambios:

La nueva Ley General de Sociedades, aprobada por Ley 26887, ha mejorado el tratamiento que se otorga a diversas instituciones del Derecho Societario. Entre los avances más significativos del nuevo ordenamiento se encuentra la regulación de la disolución, extinción y liquidación de sociedades, pues se han precisado una serie de materias que la antigua Ley General de Sociedades regulaba de manera insuficiente. A lo largo del presente artículo, el doctor Oswaldo Hundskopf nos presenta las novedades más importantes que incorpora la nueva Ley General de Sociedades respecto al tema de la disolución, liquidación y extinción de sociedades; resulta de especial interés la comparación entre el régimen que para tal efecto establecen el Decreto Legislativo 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, y la nueva Ley General de Sociedades.

- a. Respecto de la causal del vencimiento del plazo, la redacción es clara y precisa y no admite otra interpretación, ya que previamente al vencimiento, se debe aprobar e inscribir en el Registro la prórroga del plazo. Es pertinente recordar que por el artículo 5, inciso 5 de la Ley anterior, sólo en las sociedades colectivas y comanditarias debía señalarse plazo fijo de duración, pudiendo las demás formas societarias establecer plazo de duración determinado o indeterminado según la voluntad de los socios. Con la nueva Ley, y por así establecerlo el artículo 267, es únicamente la sociedad colectiva la que tiene plazo de duración.

En cuanto al acuerdo de prórroga, éste tiene que ser expreso, ya que no cabe la prórroga tácita o automática, y formal, porque tratándose de una modificación estatutaria requiere de *quórum* especial y mayoría calificada según lo señalan los artículos 126 y 127 de la Ley.

- b. En lo concerniente al objeto social, ahora es causal la no realización del mismo dentro de un período prolongado de tiempo. Dada la diversidad de actividades económicas es muy difícil establecer un parámetro único o uniforme, ya que depende de la magnitud e importancia del objeto social, pero necesariamente este denominado «período prolongado», en nuestra opinión, debe comprender por lo menos dos o más ejercicios económicos anuales.
- c. Se ha incluido como causal general extensiva a todas las formas societarias, la continuada inactividad de la Junta General, la cual era en la Ley anterior (artículo 362) una causal exclusiva de la sociedad anónima. Esta inactividad igualmente se puede medir en función a ejercicios económicos.
- d. Se ha dado una mejor redacción a la causal de disolución por efecto de las pérdidas, puntualizada en el inciso 4 del artículo 407 de la Ley. Ahora se habla de patrimonio neto en lugar de patrimonio social, y de capital pagado. Debe señalarse, además, que esta causal, así como el segundo párrafo del artículo 176 y el artículo 220, se han dejado en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1999 por la Octava Disposición Transitoria de la Ley.
- e. Se ha incluido como causal el acuerdo de la Junta de Acreedores, adecuándose con ello al nuevo régimen de reestructuración patrimonial (Decreto Legislativo 845). Este acuerdo es una opción a seguir, en el caso de que no sea viable la

reestructuración económica financiera de la sociedad.

- f. Se ha excluido a la fusión como causal específica de disolución, en razón de que ahora, con la nueva Ley, se llega a la fusión sin necesidad de acordarse previamente la disolución y sin liquidar el patrimonio, por así establecerlo el artículo 345.

2. Respecto a las causales específicas de sociedades colectivas o en comandita, se han unido en un sólo artículo de la nueva Ley (artículo 408) las causales contenidas dentro de los artículos 360 y 361 de la anterior Ley, añadiéndose dos elementos nuevos:

- a. Respecto de la sociedad colectiva, en caso que la sociedad continúe entre los demás socios producido el fallecimiento o incapacidad de uno de sus miembros, la sociedad reducirá su capital y devolverá la participación correspondiente a quien tenga derecho a ella, de acuerdo con las normas que regulan el derecho de separación.
- b. Respecto de la sociedad en comandita por acciones, ésta se disuelve si cesan en su cargo todos los administradores y dentro de los seis meses no se ha designado sustituto, o si los designados no han aceptado el cargo.

3. Sobre la convocatoria para acordar la disolución, la nueva Ley, en su artículo 409 fija un plazo de 30 días, que no existía en la anterior Ley, para que el Directorio o, cuando éste no exista, cualquier socio, administrador o gerente, convoque a Junta General a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan.

Asimismo, se ha establecido como novedad que cualquier socio, director o gerente también puede requerir al Directorio para que convoque a la Junta General, si a su juicio, existe alguna de las causales de disolución establecidas en la Ley. De no ejecutarse la convocatoria, ella se hará por el Juez del domicilio social.

4. También hay un cambio en el procedimiento judicial al que se puede recurrir en caso de no convocatoria o, cuando reunida la Junta, no se adopta el acuerdo de disolución o las medidas correctivas. Con la Ley anterior era proceso abreviado, hoy proceso sumarísimo.

5. Respecto de la causal de disolución a solicitud del Poder Ejecutivo, ahora se ha precisado que es el Poder Ejecutivo, mediante Resolución Suprema expedida por el voto aprobatorio del Consejo de Mi-

nistros, quien solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En este tema se ha precisado que es el Directorio, el Gerente o los administradores, bajo responsabilidad, quienes convocan a la Junta General. Si la convocatoria no se realiza o no se adoptan los acuerdos, cualquier socio, accionista o tercero, puede solicitar al Juez de la sede social que designe a los liquidadores y se dé inicio al proceso de disolución por el proceso sumarísimo. Antes era la Corte Superior de la sede social la que designaba a los liquidadores.

6. Respecto a la continuación forzosa, se ha considerado en el artículo 411 que es el Estado quien puede ordenar la continuación de una sociedad anónima si la considera de seguridad nacional o necesidad pública declarada por Ley. Antes, en el artículo 366, era a través de una Resolución Suprema expedida por el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Otra novedad sobre este tema es la disposición por la cual, en la resolución se debe establecer la forma cómo habrá de continuar la sociedad, y la disposición de los recursos para que los accionistas reciban en efectivo y de inmediato la indemnización justipreciada que les corresponde. Por último, se ha reducido de 3 meses a 10 días el plazo para que los accionistas acuerden continuar con las actividades.

7. Con el artículo 412 se ha ordenado la normatividad sobre publicidad de la liquidación, estableciendo que el acuerdo debe publicarse dentro de los 10 días de adoptado, por tres veces consecutivas, y se ha precisado que la solicitud de inscripción del acuerdo de disolución se hará dentro de los 10 días de ejecutada la última publicación, bastando para ello copia certificada notarial del acta que decide la disolución.

Antes, el artículo 367 no era muy preciso y parecía decir que primero era la inscripción y luego la publicación del acuerdo. Inclusive algunos interpretaban que el acuerdo de disolución debía de llevarse a escritura pública, por lo cual en la práctica se hacían minutas de disolución que se elevaban a escrituras públicas. Adviértase que dentro de todo este proceso de disolución y liquidación, en ninguna de las fases se requiere de la celebración de escrituras públicas al igual que, en nuestra opinión, ocurría con la anterior Ley.

III. LIQUIDACIÓN

1. En las disposiciones generales aplicables a la fase de la liquidación, contenidas en el artículo 413, se

señala que los liquidadores asumirán las funciones que les correspondan conforme a Ley, al Estatuto, al pacto social, a los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad -los cuales tienen plena validez según el artículo 8 de la Ley-, y a los acuerdos de la Junta General, precisión que no se hacía en la Ley anterior.

2. Otro cambio importante es que se ha precisado que los directores, administradores, etc., están obligados a proporcionar la información y documentación que sean necesarias para facilitar las operaciones de liquidación. Con la Ley anterior sólo se decía que debían «prestar su concurso».

3. En cuanto a la designación de los liquidadores, cuyo número necesariamente debe ser impar, se ha establecido en el artículo 414 la posibilidad de nombrar en el acuerdo de disolución liquidadores, titulares y suplentes, salvo que el estatuto, el pacto social o los convenios entre accionistas hubiesen hecho la designación o que la Ley disponga otra cosa.

4. Respecto a los liquidadores, en el artículo 414 se ha incorporado una disposición por la cual se establece que si los liquidadores designados no asumen el cargo dentro del plazo de 5 días contados desde la comunicación de la designación y no existen suplentes, cualquier Director o Gerente convoca a la Junta General a fin de que designe a los sustitutos.

5. Se ha establecido como derecho de los socios que representen la décima parte del capital, la designación de un representante que vigile las operaciones de liquidación. Antes, con el artículo 370 de la anterior Ley, este derecho debía de solicitarse al Juez.

6. Respecto del término de las funciones de los liquidadores, se ha incluido la renuncia que formulen éstos, posibilidad que no se daba con la Ley anterior, y se ha señalado que la responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro.

7. Respecto a las funciones de los liquidadores, se han precisado de forma ordenada, señalándose en el artículo 416 de la Ley que incluyen la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla, con las facultades, atribuciones y responsabilidades que establezcan la Ley, el Estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos en la sociedad, y los acuerdos de la Junta General.

8. Asimismo, al igual que lo hace el artículo 14 del Libro I respecto a los Gerentes y Administradores, se ha establecido que, por el sólo hecho de su nombramiento, los liquidadores ejercen la representación procesal de la sociedad, con las facultades generales y especiales señaladas en el Código de la materia, salvo disposición en contrario del Estatuto.

9. Respecto de las funciones específicas de los liquidadores, se ha incluido como nueva la establecida en el inciso cuarto del artículo 416, que consiste en velar por el patrimonio de la sociedad. Asimismo, se ha liberalizado la facultad de transferir los bienes sociales a título oneroso (antes era en subasta pública salvo autorización específica de la Junta para la venta directa), y se ha facultado a los liquidadores a exigir el pago de los dividendos pasivos correspondientes a aumentos de capital acordados por la Junta General con posterioridad a la declaratoria de disolución, en la cuantía que sea suficiente para satisfacer los créditos y obligaciones frente a terceros.

10. Adecuándose al ordenamiento legal vigente, se ha establecido que si dentro de la liquidación se agota o termina el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, además de la convocatoria de Junta General para informarla de la situación, se debe solicitar la declaración judicial de quiebra con arreglo a la Ley de la materia, hoy día, Decreto Legislativo 845 de Reestructuración Patrimonial. Se trata en nuestra opinión de dos obligaciones puntuales de los liquidadores que se deberían ejercitar sucesivamente, aún cuando la Ley no hace esa precisión.

11. Se ha incluido, en el artículo 418, como derecho nuevo de los accionistas minoritarios, el derecho a solicitar la convocatoria de Junta General para que los liquidadores informen sobre la marcha de la liquidación, independientemente del cumplimiento de la obligación de presentar los estados financieros y demás cuentas a las Juntas Obligatorias Anuales que para tal efecto se convoquen.

12. Sobre el balance final, éste debe ahora estar acompañado de una memoria de liquidación, de una propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, del estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, y del informe de auditoría general, los cuales deben presentarse a la Junta General. Como novedad, se ha establecido en el artículo 419 lo siguiente:

a. Si la Junta no se realiza en primera o en segunda convocatoria, los documentos se consideran aprobados por ella. Aprobado expresa o tácitamente, el balance final se publica por una sola vez.

b. Se ha eliminado la impugnación del balance a que se refería el artículo 381 de la antigua Ley. Sin embargo, en nuestra opinión, tratándose de un acuerdo que debe adoptar la Junta General, éste se halla sometido a las reglas generales de impugnación de acuerdos contenidas en los artículos 139 y siguientes de la Ley.

13. Sobre la distribución del haber social, con el artículo 420 se ha mejorado significativamente el anterior artículo 378, ordenándose la forma de distribución y las normas que se deben seguir, establecidas por la Ley, el Estatuto, el pacto social y los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad, estableciendo además normas a tenerse en cuenta, relativas al pago de las cantidades que les corresponden a cada accionista una vez que se hayan satisfecho las obligaciones con los acreedores o consignado el importe de sus créditos.

14. Finalmente, se ha establecido como novedad que, bajo responsabilidad solidaria de los liquidadores, pueden realizarse adelantos a cuenta del haber social a favor de los socios, y que las cuotas no reclamadas deben ser consignadas en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional sin señalar plazo. Sobre esto último, el artículo 382 de la Ley anterior establecía un plazo para la reclamación de 90 días y la obligación de consignarlos en el Banco de la Nación.

IV. EXTINCIÓN

1. Se ha incorporado como novedad en el trámite de extinción:

a. En vez de un simple recurso con firmas legalizadas, el artículo 421 precisa que se trata de una solicitud presentada mediante recurso.

b. Que la persona a la que se le encargue la custodia de los libros puede ser distinta a los liquidadores.

c. Que si algún liquidador se niega a firmar la solicitud, igualmente ésta se presenta por los demás liquidadores acompañando copia del requerimiento con la debida constancia de inscripción.

Finalmente, con el artículo 422, se han incluido normas especiales de responsabilidad de los liquidadores frente a los acreedores impagos, omitiendo citar a los acreedores impagos de las Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada, lo cual constituye una omisión de la Ley. Ahora bien, en el caso específico de las sociedades anónimas, los supuestos acreedores impagos pueden accionar contra los liquidadores después de la extinción de la

sociedad y únicamente dentro de un plazo de caducidad de dos años, si la falta de pago se ha debido a éstos por culpa o dolo.

Antes de pasar al tema relativo a las Sociedades Irregulares, consideramos relevante y oportuno señalar que, respecto a la disolución, liquidación y extinción de las sociedades, a la fecha coexisten dos procedimientos, el primero regulado en la Ley General de Sociedades, y el segundo regulado en la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo 845, cuyos objetivos, fines y propósitos no son materia de la presente exposición.

No obstante lo expuesto, consideramos necesario no sólo señalar las diferencias fundamentales de ambos regímenes, sino evaluar la posibilidad de su unificación en un régimen único. Como quiera que ya hemos comentado en líneas generales el régimen de la actual Ley General de Sociedades, y sobre todo sus cambios más importantes en relación con la Ley anterior, señalaremos a continuación los lineamientos principales del procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de Reestructuración Patrimonial, los cuales son los siguientes:

1. El nombramiento del liquidador de la sociedad lo hace la Junta de Acreedores.
2. Se requiere de la inscripción de un Convenio de Liquidación dentro de los 20 días hábiles siguientes a la realización de la Junta de Acreedores, el mismo que debe ser elaborado preliminarmente por el liquidador.
3. De no cumplirse con la suscripción del convenio dentro del plazo citado, la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi podrá asumir la conducción del proceso y nombrar a un liquidador.
4. Dentro de los cinco días hábiles siguientes de celebrado el convenio, el liquidador deberá solicitar su inscripción en el Registro Público pertinente. Dentro del mismo plazo, el Liquidador deberá presentar copia del convenio de Liquidación ante el Juez, Arbitro o Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, según sea el caso, que conoce de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial, seguidos contra el insolvente.
5. La sola presentación del Convenio de Liquidación pondrá fin a las acciones judiciales, arbitrales y administrativas, incluidas las ejecutivas y coactivas, así como a las ventas extrajudiciales, que tengan por objeto el cobro de créditos cualquiera fuere su estado.

6. El Convenio de Liquidación podrá versar sobre la liquidación de los bienes del insolvente, la condonación de parte de sus deudas, la ampliación del plazo de sus obligaciones, la constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y liquidación de los bienes de la empresa.

7. El Convenio de Liquidación válidamente suscrito, será válido y obligatorio no sólo para la empresa, el liquidador y los acreedores que lo hubieran suscrito, sino también para todos los demás acreedores aunque no hayan asistido a la Junta o se hayan opuesto a dicho convenio.

8. En cuanto a los efectos automáticos de la celebración del Convenio de Liquidación, éstos son, entre otros, la indivisibilidad entre el patrimonio del insolvente y sus acreedores, la privación por parte de los Directores, Gerentes y otros Administradores del insolvente, de administrar los bienes de éste, y la administración de la sociedad por el liquidador designado por la Junta para tal efecto.

9. Efectuada la inscripción del Convenio de Liquidación, podrá solicitarse la nulidad de los gravámenes, transferencias y demás actos y contratos, celebrados a título gratuito u oneroso, que afecten el patrimonio del insolvente y que hayan sido celebrados por éste dentro de los seis meses anteriores a la fecha de dicha inscripción.

10. Es aplicable a la terminación del proceso de liquidación lo establecido en el artículo 419 y siguientes de la Ley General de Sociedades.

Respecto a las principales diferencias con el proceso de disolución y liquidación regulado por la nueva Ley General de Sociedades, éstas son las siguientes:

1. La nueva Ley General de Sociedades regula en su artículo 407 ya comentado anteriormente, las causales específicas por las cuales procede la disolución de la sociedad, la misma que debe ser adoptada en Junta General de Accionistas. En la Ley de Reestructuración Patrimonial la disolución requiere la adopción del acuerdo por la Junta de Acreedores, y la causal está relacionada únicamente con su estado económico.
2. En el procedimiento de la nueva Ley General de Sociedades no existe fase previa, en cambio, en la Ley de Reestructuración Patrimonial, se requiere la declaración, por parte de la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi o sus entidades delegadas, del estado de insolvencia.

3. En la nueva Ley General de Sociedades los liquidadores deben ser nombrados en número impar, mientras que la Ley de Reestructuración Patrimonial señala la designación de un sólo liquidador.

4. En el procedimiento de la nueva Ley General de Sociedades no existe la suscripción de convenio, mientras que en la Ley de Reestructuración Patrimonial el proceso de liquidación se da inicio con la suscripción del referido convenio.

5. En cuanto a los efectos, en la nueva Ley General de Sociedades, las acciones judiciales se mantienen durante el proceso de liquidación, mientras que en la Ley de Reestructuración Patrimonial todos los procesos judiciales culminan con la suscripción del Convenio de Liquidación.

6. Sobre el resultado de la liquidación, la responsabilidad con los acreedores se limita a la responsabilidad limitada de los accionistas, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la declaración judicial de quiebra, mientras que en la Ley de Reestructuración Patrimonial, en el caso de que los bienes sociales no alcancen para la cancelación de las deudas pendientes, el liquidador deberá solicitar obligatoriamente la declaración judicial de quiebra.

Las diferencias anteriormente señaladas no son las únicas pero de por sí son suficientes para distinguir las particularidades de cada uno de los procedimientos de disolución, liquidación y extinción.

Atendiendo a condiciones de carácter económico, al volumen de los patrimonios en juego y a la existencia o no de acreedores hábiles, en nuestra opinión se torna imposible la unificación de ambos en un solo procedimiento.

Además, siempre será necesaria la coexistencia de ambos regímenes alternativos que deben mantenerse y aplicarse separadamente, y de manera excluyente uno del otro, debiéndose optar por alguno de ellos no en función a las sumas de los créditos impagos sino en función a la cantidad y calidad, y sobre todo en relación a sus requisitos.

V. SOCIEDADES IRREGULARES

La Ley anterior se ocupaba de este tema en el Título Único de la Sección Quinta del Libro Tercero, entre los artículos 385 al 397. Si bien existe similitud en muchas de sus normas, se han introducido en la nueva Ley importantes innovaciones que detallamos a continuación:

1. El artículo 423 hace una importante distinción cuando señala las causales de irregularidad, y

podría decirse que introduce por primera vez dos diferentes sociedades irregulares; las primeras, que podríamos llamar sociedades irregulares de hecho, que serían aquellas que no se han constituido e inscrito conforme a la Ley, o cuando dos o más personas actúan de manera manifiesta como sociedad sin haberla constituido e inscrito; y los segundos, que llamaríamos sociedades irregulares de derecho, que, como veremos más adelante, cuando menos han celebrado el pacto social.

En cuanto a las primeras, estamos frente a las sociedades informales que realizan actividades económicas sin haber iniciado siquiera el proceso de constitución social, inclusive con la clara intencionalidad de no hacerlo nunca, sin embargo, contratan con terceros con la apariencia de una sociedad. A estas sociedades se les llama también Sociedades Irregulares de Origen, asumiendo plena y total responsabilidad personal, solidaria e ilimitada quienes son los partícipes de esa sociedad informal.

Respecto a las Sociedades Irregulares de Derecho, el artículo 423 distingue seis diferentes supuestos, siendo los cuatro primeros acertadas novedades legislativas:

- a. Cuando transcurren 60 días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de Escritura Pública de Constitución.
- b. Si han transcurrido 30 días desde que la Asamblea designó al o los firmantes para otorgar la Escritura Pública sin que éstos hayan solicitado su otorgamiento. Este supuesto se puede presentar únicamente en el proceso de constitución por oferta a terceros regulado en el artículo 56 y siguientes de la Ley, ya que el artículo 66 dispone que dentro de este plazo la persona o personas designadas para otorgar la Escritura Pública deben hacerlo con sujeción a los acuerdos adoptados por la Asamblea.
- c. Cuando transcurren más de 30 días desde que se otorgó la Escritura Pública de Constitución sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro, plazo que coincide con el artículo 16 de la Ley.
- d. Cuando transcurren 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro.
- e. Cuando la sociedad se ha transformado sin observar las disposiciones de la Ley, causal que sí estaba incluida dentro del artículo 385 de la anterior Ley.

f. Cuando la sociedad continúa en actividad, no obstante haber incurrido en la causal de disolución prevista en la Ley, el pacto social o el Estatuto, causal que también se encontraba prevista en el artículo 385 de la anterior Ley.

2. Se ha regulado de manera sistemática, cambiándose el orden a los temas referidos, a las sociedades irregulares y, en ese sentido, antes de normar la forma cómo se regularizan o disuelven las sociedades irregulares, se puntualizan en el artículo 424 los efectos que se derivan de la irregularidad y en el artículo 425 la obligación de los socios de aportar.

En efecto, el artículo 424 precisa que los administradores, representantes y en general quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular, son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y en general por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. Esta norma está referida a las irregularidades producidas por causales sobrevinientes que afectan al futuro de sociedades debida y formalmente constituidas, debiéndose destacar que la redacción ahora es más técnica, ya que habla de “contratos y actos jurídicos” en lugar de “operaciones practicadas”.

Ahora bien, para las sociedades irregulares de origen, la responsabilidad recae en los socios.

Finalmente, en este artículo 424 se precisa que las responsabilidades establecidas en el mismo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros, pudiendo inclusive los afectados, por la vía del proceso abreviado, plantear simultáneamente sus pretensiones.

En cuanto a las obligaciones de aportar a que se refiere el artículo 425, se precisa que los socios están obligados a efectuar los aportes y las prestaciones a que se hubieren comprometido en el pacto social o en acto posterior, en todo lo que sea necesario para cumplir el objeto social, o en el caso de liquidación de sociedad irregular, para cumplir obligaciones contraídas con terceros. La Ley anterior, en su artículo 388 no se refería a estas últimas obligaciones y únicamente consideraba como fuente de las obligaciones «el contrato».

Respecto a las demás normas referidas a las sociedades irregulares, contenidas entre los artículos 426 y 432, tienen que ver con la regularización o disolución de la sociedad irregular, con el ejercicio del derecho de separación, que también estaba contemplado en el artículo 386 de la Ley anterior, y con su administración y representación.



ESCUELA DE GRADUADOS PUCP

Maestrías en Derecho

con mención en:

Política Jurisdiccional

Derecho Constitucional

Derecho Internacional Económico

Derecho Civil

INFORMES E INSCRIPCIONES

Escuela de Graduados, campus PUCP. Telf.: 460 2870, anexo 200.



Pontificia Universidad Católica del Perú

Toda la vida adelante.

Av. Universitaria, cdra. 18, San Miguel. URL=<http://www.pucp.edu.pe>

CUARZO

Igor Sobrevilla Donayre

Notario de Lima

Av. Benavides 4628, Vista Alegre, Santiago de Surco

Telefax: 448-5999

Tel(s): 274-0891 4449-3343 438-4018 438-4198

EL FINANCIAMIENTO EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE VALORES: VENTAJAS, DESVENTAJAS Y PERSPECTIVAS

Sergio Salinas Rivas
Master en Derecho por la Universidad de Yale
Master en Economía por la Universidad del Pacífico
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de las empresas de obtener capitales para ampliar el marco de sus operaciones, diversificar sus inversiones e incrementar su producción ha traído como lógica consecuencia la aparición de distintas modalidades de financiamiento empresarial, circunstancia que permite la existencia, junto al tradicional crédito bancario, de mecanismos tan novedosos en nuestra experiencia como la titulización de activos o los ADRS. Entre los mecanismos que permiten la captación de fondos por las empresas cabe resaltar la colocación de valores -tales como bonos o acciones sin derecho a voto- en el mercado, lo que en teoría debe permitir la canalización directa de los recursos del inversionista al empresario y obtener de esa manera financiamiento a tasas más bajas que las del sistema bancario.

El doctor Sergio Salinas analiza en el presente artículo las principales características del financiamiento empresarial a través de valores, recurriendo para ello a la experiencia de mercados más desarrollados y al estudio de las normas vigentes en el Perú; a su vez, señala las ventajas y desventajas de este tipo de operaciones, que dependerán en última instancia de la situación de cada empresa. Consideramos que este trabajo reviste especial importancia en la coyuntura actual, pues nuestras empresas, ante el crecimiento del mercado, recurren cada vez con mayor frecuencia a la emisión de valores para conseguir el financiamiento indispensable para sus operaciones.

Durante 1997, el monto total de las emisiones de valores por oferta pública en el mercado peruano superó los mil millones de dólares, en 1996 la cifra fue de poco más 600 millones y en 1995 de 360 millones aproximadamente¹. Las proyecciones de las principales casas de bolsa indican que esta tendencia se va a mantener durante los próximos años, esperándose el paulatino ingreso de nuevas empresas al mercado con el objeto de captar recursos para el financiamiento de sus inversiones.

Esta tendencia es también consistente con la práctica internacional. Si se analiza el comportamiento del mercado de valores en otros países de la región que han aplicado programas de liberalización y de reformas estructurales orientadas al desarrollo de una economía de mercado como mecanismo de asignación de recursos (caso de Chile, México o Argentina), puede observarse que en todos ellos el mercado de capitales ha sido una variable en el desarrollo progresivo.

La importancia del mercado de valores en la actividad económica de un país es pues cada día mayor. Más aún, en el mundo globalizado de hoy es posible transar valores electrónicamente en distintas partes del mundo sin moverse de su escritorio; y es también posible obtener financiamiento de cientos o miles de individuos simultáneamente en distintos mercados a través de una oferta pública de valores. En este contexto, resulta clara la necesidad de contar con una regulación ágil, transparente y sencilla para

¹ Cifras según el Registro Público del Mercado de Valores de la CONASEV.

promover en nuestra economía el aprovechamiento de todas las oportunidades que ofrece el mercado de valores para el desarrollo de inversiones productivas.

El objetivo del presente artículo es mostrar las principales ventajas y desventajas asociadas a esta fuente de financiamiento, así como destacar algunos aspectos legales que a juicio nuestro merecen revisión.

En la segunda sección del presente artículo planteamos las principales ventajas y desventajas que ofrece la emisión de valores para las empresas y sus accionistas. En la sección tercera, se presentan las principales modalidades de colocación, incluyendo una comparación entre ellas; en la cuarta sección se describe muy sucintamente el proceso usual a seguir para efectuar una colocación de valores; en la sección quinta se discuten los principales mecanismos de fijación del precio de los valores de oferta primaria; en la sección sexta se analizan las principales características y modalidades de los contratos de colocación y aseguramiento (*underwriting agreements*); en la séptima se discuten los principios básicos de un sistema de responsabilidad por la información proporcionada a los inversionistas; y en la sección octava se detallan las principales consecuencias para el emisor de la salida al mercado. Finalmente, en la sección novena se presenta una reflexión a modo de conclusión

2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

En primer lugar, una advertencia: Los accionistas deben realizar un cuidadoso análisis de las ventajas y desventajas de salir al mercado a través de una colocación de valores, pues en algunos casos los costos asociados, tanto directos como indirectos, pueden ser demasiado pesados de soportar respecto de los probables beneficios del esfuerzo. Esto es particularmente cierto en el caso de una oferta pública de acciones, pues normalmente revertir la decisión de abrir el capital de la empresa resulta bastante costoso².

A continuación reseñamos algunas de las principales ventajas y desventajas del financiamiento a través de la emisión de valores.

a. Ventajas

Entre las principales ventajas que ofrece a la empresa la salida al mercado podemos resaltar las siguientes:

Financiamiento (capital de riesgo o deuda).- La emisión de valores es, en última instancia, una alternativa de financiamiento para las empresas. De hecho, uno de los principales beneficios derivados del desarrollo del mercado de valores para la sociedad en su conjunto es la generación de una fuerte competencia en la oferta de recursos prestables con el financiamiento bancario tradicional, lo que finalmente beneficia al tomador de fondos al generar una disminución de las tasas de interés.

El mercado de valores permite la canalización directa de los fondos del inversionista al empresario, sustituyendo la participación del intermediario financiero por la del intermediario bursátil. Dado que las comisiones bursátiles -parte de los costos de transacción del mercado de valores- son usualmente menores que el *spread* bancario, podría esperarse, en principio, que el financiamiento a través de la emisión de valores pueda obtenerse a tasas eventualmente más bajas que las del sistema bancario.

Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El costo financiero de una emisión depende del riesgo asociado al tipo de colocación, al tipo de instrumento a emitir, a las condiciones que se ofrezcan a los inversionistas, a las condiciones financieras y perspectivas de la empresa, etc. De hecho, para una empresa sólida que puede acceder al crédito bancario a tasas preferenciales, o que puede acceder directamente al crédito internacional a tasas internacionales, una colocación de valores puede ser una alternativa relativamente más cara. Corresponde a la gerencia financiera de la empresa comparar el costo de una emisión versus la tasa de interés bancario relevante y tomar una decisión.

Imagen.- El público generalmente identifica una empresa con valores cotizados en bolsa con un negocio grande, sólido y próspero. En tal sentido, una oferta pública de valores puede ayudar a generar una imagen empresarial positiva, tanto a nivel de clientes como de proveedores e, incluso, en el propio sistema bancario.

En efecto, puede esperarse que la mayor visibilidad y transparencia de la información sobre la empresa le permita a ésta obtener una serie de beneficios en el futuro, tales como: i) mejorar su imagen comercial; ii) mejorar la posición del producto que vende en el mercado; iii) mejorar su capacidad para contra-

² Para ello sería necesario, por ejemplo, efectuar una Oferta Pública de Compra por Exclusión o, en su caso, una Oferta Pública de Adquisición. Este tipo de transacciones destinadas a la "reconcentración", si cabe la expresión, de la propiedad de la empresa, son conocidas en la práctica internacional como "*going private transactions*".

tar y retener empleados eficaces (ofreciéndoles inclusive opciones de compra de acciones, derechos sobre las ganancias de capital, etc.³); iv) reducir costos financieros para inversiones futuras.

De hecho, luego de efectuar una oferta pública de valores, la comunidad financiera y, en particular, las principales casas de bolsa del mercado se dedican a efectuar análisis periódicos de la empresa y los valores, lo cual ayuda a reducir la percepción de riesgo de la empresa.

Liquidez.- Una oferta pública de valores permite aumentar la liquidez de los títulos de la empresa, en la medida que aumenta su volumen y frecuencia de negociación. Una mayor liquidez es un atributo importantísimo para los inversionistas, pues les facilita la posibilidad de "monetizar" su inversión; es decir, "salir" de la empresa cuando se sienten insatisfechos con la marcha de los negocios sociales⁴. En tal sentido, una mayor liquidez de los valores debe traducirse en menores costos financieros para la empresa.

Valuación.- Una de las principales ventajas de una oferta pública de valores es que permite una mejor valuación de los mismos. De hecho, bajo condiciones iguales puede esperarse que los valores materia de negociación pública normalmente mantengan precios mayores a aquellos que no lo son. Esto se debe principalmente a la disponibilidad de mayor información sobre la marcha de los negocios sociales y al mayor interés de los analistas de las casas de bolsa de la plaza.

b. Desventajas

Las principales desventajas usualmente asociadas a una emisión de valores son las siguientes:

Dilución y Pérdida de control⁵.- Sin duda, una de las preocupaciones prioritarias de los propietarios o administradores- de la empresa al acordar una

emisión de acciones con derecho de voto o de bonos convertibles en acciones es la dilución⁶ y eventual pérdida de control de la empresa⁷.

La dilución puede ser de dos tipos: dilución de la propiedad o dilución del precio de mercado de la acción.

La dilución de la propiedad ocurre si el antiguo accionista no suscribe las acciones de nueva emisión materia de la oferta. Un ejemplo simple puede ilustrar el punto: supongamos que un accionista A tenía 500 acciones comunes de un total de 5,000 emitidas por la sociedad y, por tanto, controlaba el 10% de los votos y tenía derecho al 10% de las utilidades sociales. Si la sociedad acordase aumentar su capital y emitir otras 5,000 acciones y el accionista A no suscribe ninguna de ellas, su participación en el capital social se reducirá a sólo 5%, a pesar de que no ha vendido una sola acción. Una oferta de acciones suficientemente grande puede producir un efecto dilutorio significativo sobre los actuales propietarios en la empresa y, eventualmente, generar una pérdida de control.

Este problema es especialmente relevante para los accionistas principales de corporaciones de cierta envergadura, sobre todo considerando que la nueva Ley General de Sociedades ha introducido un nuevo tratamiento al derecho de suscripción preferente en el caso de sociedades anónimas abiertas, permitiendo que la Junta de Accionistas acuerde no otorgar este derecho para el respectivo aumento de capital⁸. La emisión de los certificados de suscripción preferente, libremente negociables, permitía a los accionistas protegerse en alguna medida contra este riesgo⁹.

Más aún, una difusión de la propiedad entre un gran número de accionistas, si bien puede reducir el impacto sobre el control societario, dados los problemas de organización colectiva y de información asimétrica¹⁰ típicos en estos casos, podría exponer a

³ La mejor imagen de la empresa atrae profesionales de mayor nivel, y la cotización bursátil permite el diseño de esquemas de compensación basados en indicadores más certeros de la calidad de la gestión, como es el precio de mercado de la acción.

⁴ Hirshman, Albert. *Exit, Voice and Loyalty*. Ed. 1985.

⁵ *The Ernst & Young Guide to Taking your Company Public*. January, 1997.

⁶ Ver Ross, Westerfield & Jordan. *Principles of Corporate Finance*, pp. 432.

⁷ *Idem*.

⁸ Ver artículo 259 de la nueva Ley General de Sociedades.

⁹ El accionista que decidiera no suscribir el aporte tendría derecho a transferir su certificado de suscripción preferente para "compensar" la dilución de la propiedad que sufre.

¹⁰ Para una mayor discusión sobre este tipo de problemas, revisar Easterbrook, Frank & Fischel, *Daniel Mandatory Disclosure and the Protection of Investor*. *Virginia Law Review* 669 (1984).

la empresa a una eventual adquisición hostil en el mercado (a través de una OPA, por ejemplo¹¹). Por otra parte, la retención de al menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la empresa puede eliminar el riesgo de pérdida de control, aunque sólo en el corto plazo, pues emisiones subsecuentes para atender nuevas necesidades de financiamiento implicarían al final del día la pérdida real del control.

Sin embargo, existen diversas formas de atenuación del problema de dilución de la propiedad. Una primera estrategia evidente es, por ejemplo, la emisión de deuda en lugar de acciones, o de acciones sin derecho de voto¹², o con voto limitado, o de acciones ordinarias con diferente contenido de derechos políticos (por ejemplo, acciones con derecho a elegir un determinado porcentaje de miembros del directorio), etc. Cualquiera de estas alternativas puede minimizar el riesgo de dilución de propiedad y pérdida del control de la empresa. En realidad, caben diferentes fórmulas o combinaciones legales posibles, dependiendo de las características de la emisión y de los requerimientos de los accionistas de la empresa. Sin embargo, debe tenerse presente que finalmente será el propio mercado el que "evalúe" a la administración de la empresa, determinando qué tipo de valores pueden ser finalmente colocados entre los inversionistas.

La dilución del valor de la acción en detrimento de los antiguos accionistas, por su parte, tiene que ver con dos aspectos: el precio de salida del título, y la rentabilidad del proyecto de inversión financiado con la emisión. Expliquemos el primer caso: supongamos que una empresa está planeando aumentar el capital por emisión de 100,000 nuevas acciones de un valor nominal de 10 soles cada una; para simplificar asumamos también que su capital social actual es de 1 millón de soles dividido también en 100,000 acciones comunes de un valor nominal de 10 soles cada una.

Consideremos ahora que el patrimonio neto de la sociedad es mayor que el capital social¹³ (digamos 1,2 millones de soles); en este caso el valor real de la acción antes de la emisión (patrimonio neto/núme-

ro de acciones) es de 12 soles (1,200,000/100,000). Por lo tanto, los nuevos accionistas deberán suscribir acciones con una prima de 2 soles sobre el valor nominal para reflejar el mayor valor de la empresa. Si no se pagase la prima, el valor real de la acción luego de la emisión sería igual a 11 soles (2,200,000/200,000), con lo que se produciría una dilución de la riqueza de los antiguos accionistas en favor de los nuevos.

No obstante lo anterior, muchas veces es necesario efectuar un pequeño descuento en el precio de salida de la colocación para hacer más atractivo para el inversionista adquirir las acciones en la oferta en lugar de hacerlo en el mercado secundario, por lo que el riesgo de una pequeña dilución para los antiguos accionistas siempre existe¹⁴.

La otra causa de dilución del valor de la acción se explica por las expectativas de la inversión, a realizar por el emisor con los recursos captados a través de la colocación de los valores. Por ejemplo, asumiendo que la teoría de los mercados eficientes¹⁵ se cumple, puede esperarse que si el valor presente neto (VPN) de la inversión planeada es positivo, el precio de mercado por acción (o, alternativamente, el valor total de la compañía) aumente después de la emisión, porque el mercado espera que la rentabilidad de la empresa aumente. Si el VPN es negativo, por el contrario, el mercado descontará hoy dichas "pérdidas esperadas" vía una reducción del precio de mercado de la acción. En tal sentido, en este caso la dilución del valor de las acciones para los antiguos accionistas no es un efecto en sí de la emisión sino de la calidad de la gestión de los recursos captados.

Pérdida de privacidad.- Otra de las desventajas asociadas con la emisión de valores es la relacionada a la pérdida de privacidad en el manejo de la empresa.

Esta pérdida de privacidad normalmente proviene de dos aspectos: i) la existencia de reglas de información y transparencia en la mayor parte de legislaciones bursátiles de países que cuentan con un mercado de valores desarrollado, y; ii) el sometimiento al

¹¹ Estas prácticas se conocen en el mercado norteamericano como *hostile takeovers*.

¹² La nueva Ley de Sociedades recientemente aprobada contiene un marco regulatorio más completo sobre este tipo de acciones.

¹³ Asumamos, sólo para efectos del ejemplo, que el patrimonio neto es un indicador cercano del valor real de la empresa.

¹⁴ No estamos considerando aquí el hecho de que eventualmente el precio de mercado de la acción puede no reflejar correctamente su valor real (por ejemplo, por problemas de liquidez o similares).

¹⁵ Esta teoría sugiere que los precios de mercado de los valores reflejan ya toda la información relevante disponible sobre los mismos. Para una mayor explicación de esta teoría, ver Malkiel, Burton, *From a random walk down Wall Street*. Ed.1990

análisis continuo de los principales bancos de inversión del mercado encargados de su seguimiento.

Algunos emisores consideran que la obligación de proveer permanentemente de información al mercado y el propio hecho de ser objeto de un análisis continuo por parte de los analistas bursátiles resulta una carga incómoda y una limitación a su libertad de gestión que no están dispuestos a asumir.

En efecto, la legislación comparada usualmente obliga a las empresas con valores registrados a proporcionar periódicamente información al órgano regulador y al mercado. Generalmente, dicha información se refiere tanto a aspectos financieros (estados financieros auditados y no auditados, etc), como no financieros (remoción de directores, discusión de la administración sobre la marcha de los negocios sociales, etc.), así como a hechos de importancia¹⁶ que puedan afectar la decisión de invertir de un inversionista¹⁷. Por otra parte, la "vigilancia" de los analistas bursátiles puede resultar muchas veces fastidiosa para la Administración, pues dificulta la implementación de políticas de inversión o expansión empresarial. Ilustremos el caso con un ejemplo hipotético: supongamos que la Administración de una empresa A (que cotiza en bolsa) ha decidido adquirir una empresa B, cuyo giro de negocios es distinto. Sin embargo, dicha adquisición es considerada inapropiada por algunos de los principales analistas bursátiles, pues entienden que es una diversificación innecesaria que no se traducirá en un aumento de la rentabilidad de la empresa. Conocidas las negociaciones para la adquisición se produce una incómoda reducción del valor de los títulos de la empresa, que genera un cuestionamiento por parte de los principales inversionistas de la empresa A. El resultado final es que se frustra la adquisición.

Sin embargo, un enfoque empresarial más pro-competitivo podría llevarnos a una conclusión totalmente diferente: someter a la empresa a la disciplina del mercado genera, en el mediano plazo, efectos positivos sobre ella misma y sus accionistas. Por ejemplo, aún aceptando que este monitoreo permanente puede resultar algunas veces molesto para la Administración, desde el punto de vista

económico cumple una función positiva, pues funciona como una suerte de "alarma de mercado" contra decisiones ineficientes de la Administración de una empresa. Más aún, si la Administración sabe leer las señales del mercado adecuadamente, es probable que pueda aprovecharlas en beneficio de la propia empresa. El mercado va a percibir cualquier cambio significativo en la marcha de la empresa, y, por lo tanto, va a descontar cualquier ineficiencia en la gestión de la empresa. Ello obliga a los administradores a mantener un estándar mínimo de eficiencia en su gestión; de lo contrario, la cotización de los títulos emitidos va a caer inmediatamente, con los consiguientes problemas frente a los accionistas y el incremento del riesgo de una adquisición hostil.

Adicionalmente, el cumplimiento de estas obligaciones de información obliga a los emisores a llevar un manejo ordenado y claro de sus cuentas y estados financieros. En este sentido, es probable que al final del día el resultado de la emisión de valores sea que los accionistas conozcan bastante mejor las debilidades y fortalezas de su empresa.

Expectativas de los accionistas.- Cuando una empresa se abre al público, normalmente se enfrenta con ciertas expectativas de los accionistas respecto de la marcha del negocio.

Los "accionistas rentistas"¹⁸ normalmente esperan una política de dividendos atractiva, mientras que la Administración usualmente prefiere una política de reinversiones más agresiva para asegurar la estabilidad a mediano plazo de la empresa. Esto genera un *trade-off* típico en las sociedades anónimas abiertas entre la política de dividendos y la política de reinversiones que muchas veces lleva a las administraciones a optar por una política de "dividendos suficientes"¹⁹, que permita mantener satisfechos a los inversionistas, pero sin arriesgar la estabilidad futura del negocio.

Al respecto, cabe tener presente un aspecto más: una política de reinversiones excesiva generalmente produce una reacción negativa del mercado, pues se asocia con un interés de la Administración en

¹⁶ Ver Reglamento de Hechos de Importancia de la CONASEV, aprobado mediante Resolución CONASEV 307-95-EF/94.

¹⁷ Algunas legislaciones, como la peruana, obligan a los emisores a contratar empresas de clasificación de riesgo para los valores representativos de deuda que emitan.

¹⁸ Ver Salinas, Sergio. "Las acciones sin voto y el desarrollo del mercado de capitales en el Perú". En *Ius et Veritas*, noviembre 1993.

¹⁹ Esto se conoce como la política de dividendos suficientes. Existe muy interesante literatura económica sobre el particular; por ejemplo, ver Jensen, Michael. "Takeovers: Their causes and consequences". 2 *Journal of Economic Perspectives*. 1988.

sobreinvertir en la empresa, en desmedro de los intereses de los propios accionistas, quienes eventualmente podrían obtener individualmente una mayor rentabilidad de las utilidades de la empresa.

Gastos.- Los gastos asociados a una emisión de valores usualmente son mayores que los de un financiamiento bancario típico²⁰. Entre los más importantes podemos citar: banco de inversión, que normalmente cobra un honorario de éxito (*success fee*) fijado como un porcentaje sobre el monto total de la colocación; asesores legales, que normalmente cobran una tarifa horaria; auditores externos; gastos de registro; impresión de los Prospectos de Colocación, etc.

Los gastos asociados a una oferta privada de valores usualmente son menores a los de una oferta pública, dado que no se requiere la inscripción del valor en el Registro²¹.

El siguiente cuadro resume las ventajas y desventajas de una emisión de valores:

CUADRO 1
Ventajas y desventajas de una emisión de valores

Ventajas	Desventajas
Fuente de Financiamiento	Pérdida de control/Dilución
Imagen	Visibilidad
Liquidez	Requerimientos de información
Valuación	Pérdida de privacidad

3. MODALIDADES DE COLOCACIÓN

Una vez tomada la decisión de efectuar una oferta de valores, es necesario definir la modalidad. La elección consiste, básicamente, en decidir entre efectuar una oferta pública o una oferta privada de valores²².

a. La Oferta Pública

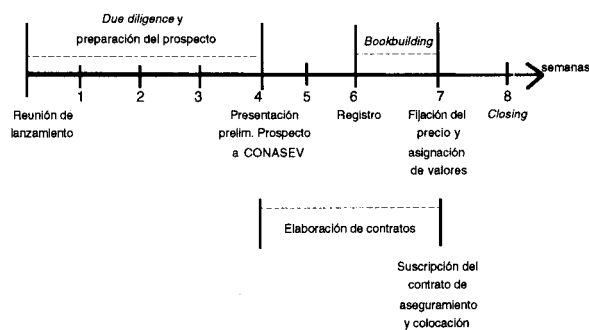
De acuerdo a lo señalado en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, constituye oferta pública de valores "la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general o a un segmento de éste, con el fin de realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios"²³.

La oferta pública de valores está sujeta al cumplimiento del requisito legal de inscripción previa del valor en el Registro Público de Valores que mantiene CONASEV. El procedimiento de inscripción incluye la satisfacción de una serie de reglas de información (*disclosure rules*) destinadas, principalmente, a procurar que los inversionistas cuenten con información suficiente, veraz y oportuna²⁴ sobre los valores materia de la oferta pública, a efectos de que tomen una decisión de inversión informada.

Este sistema de protección al inversionista es bastante común en todas las legislaciones bursátiles²⁵, y tiene su fundamento en la existencia de problemas de información asimétrica entre los inversionistas y los emisores que puede generar una asignación

CUADRO 2

Cronograma de Oferta Pública



²⁰ Nos referimos básicamente a los costos de transacción, no a los costos financieros.

²¹ Ver sección siguiente de este artículo.

²² El *Block Trade* es una modalidad adicional de colocación de valores que consiste en colocar a un solo inversionista o a un grupo reducido, la totalidad de la emisión. Sin embargo, esta modalidad parece tener más sentido tratándose de un socio estratégico o de un accionista que desee vender su participación en la empresa. Por lo demás, este tipo de adquisición podría estar sujeta al régimen de Ofertas Públicas de Adquisición.

²³ Ver artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

²⁴ Así lo señala expresamente el artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores peruana.

²⁵ Por ejemplo, ver artículo 28 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores de España; *Sections 6,7 y 10 de la Securities Act of 1933* de los Estados Unidos de Norteamérica; y también el capítulo I del Título II de la Ley del Mercado de Valores peruana.

ineficiente de recursos²⁶. Al mismo tiempo, un sistema de suministro de información contribuye al desarrollo de un mercado de valores transparente y de menor riesgo, reduciendo el costo del financiamiento a través de emisiones de valores²⁷.

El diagrama que se muestra en la página anterior ilustra el esquema que sigue una oferta pública de valores.

b. La Oferta Privada

Según lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley del Mercado de Valores, constituye oferta privada aquella no incluida en la definición de oferta pública de valores, y adicionalmente, siempre que no se utilicen medios masivos de difusión, también: i) aquella dirigida exclusivamente a inversionistas institucionales y, ii) aquella en la que el valor nominal o el valor unitario de colocación más bajo del valor mobiliario sea igual o superior a S/ 250,000.

La oferta privada de valores no está sujeta a las disposiciones previstas en la Ley del Mercado de Valores, según disposición expresa del artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores y, por lo tanto, no es necesario registrar el valor en la CONASEV ni preparar el Prospecto de Colocación²⁸. En consecuencia, son aplicables a las ofertas privadas de acciones, las disposiciones legales societarias pertinentes sobre aumento de capital²⁹; constitución por oferta a terceros³⁰; o emisión de obligaciones³¹; según corresponda. Ahora bien, desde el punto de vista de política legal estimamos indispensable para el desarrollo del mercado definir, por la vía reglamentaria, un "puerto seguro" (*safe harbour*), que permita a los emisores determinar con certeza cuándo una oferta

es considerada como privada por el organismo regulador, de manera que se asegure la legalidad de la colocación. Al respecto, pueden diseñarse diversos parámetros de referencia, como por ejemplo, el tamaño de la emisión, el número máximo de personas a quienes se dirige la oferta, etc.

El tratamiento diferenciado de las ofertas privadas respecto de las ofertas públicas tiene su justificación en la presunción de que los inversionistas institucionales (también denominados inversionistas sofisticados) tienen un grado de experiencia y conocimiento del mercado de valores que hace innecesaria la protección legal. El establecimiento de dicho sistema de protección en estos casos impondría sobre la actividad económica costos de transacción que no generarían mayores beneficios para los agentes.

La inaplicación del sistema de protección al inversionista en estos casos es también la razón por la cual normalmente los valores adquiridos mediante oferta privada están sujetos a restricciones respecto de su transferencia: sólo pueden ser transferidos a otros inversionistas institucionales, excepto previa inscripción del valor en el Registro. Sobre este punto vale la pena destacar el tratamiento impropio de la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 5 inciso a), al limitar el periodo de restricción a doce meses, lo que, *contrariu-sensu*, significa que vencido este plazo los valores pueden ser recolocados a cualquier tercero³², lo cual resulta incongruente con el propio sentido de la restricción.

El tratamiento diferenciado entre oferta pública y privada es común en la legislación comparada³³. En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, la Regla 144 contempla la excepción al registro de

²⁶ Para una mayor discusión de este punto puede revisarse: Easterbrook & Fischel, *Op.cit.*; Coffee & Klein, "Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System". En Romano, Roberta: *Foundations of Corporate Law*.

²⁷ La escasez de información es una variable importante para los inversionistas, que usualmente se refleja en una menor valoración de los valores.

²⁸ Similar tratamiento se aplica a este tipo de ofertas en la legislación norteamericana. Ver Regla 144, emitida por la *Securities and Exchange Commission* (SEC). Es interesante anotar que, a diferencia de lo previsto en la legislación norteamericana, en la ley peruana no se establece el caso de la oferta privada como una excepción a la aplicación de las normas sobre información y registro al órgano regulador, sino que se establece como regla general que sus disposiciones no les alcanzan. Por lo tanto, ninguna parte de la Ley les es aplicable, y no solamente aquella referida a la obligación de inscripción previa del valor en caso de su oferta al público.

²⁹ Ver artículo 212 de la Nueva Ley General de Sociedades.

³⁰ Ver artículos 56 a 69 de la Nueva Ley General de Sociedades.

³¹ Ver artículos 304 a 332 de la Nueva Ley General de Sociedades.

³² Ver artículo 5 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores.

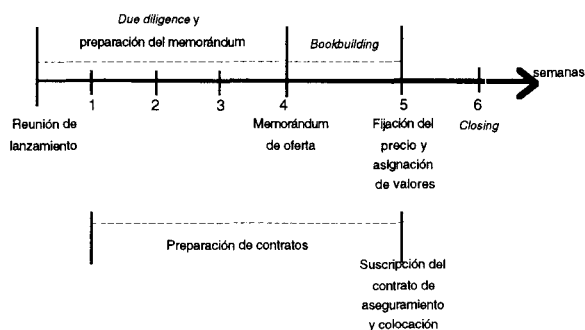
³³ Ver artículos 6 y 7 del Real Decreto 291/1992.

ofertas dirigidas exclusivamente a inversionistas institucionales calificados (QIB's³⁴) residentes; y la Regulación S autoriza a dirigir la oferta a inversionistas institucionales no residentes en los Estados Unidos de Norteamérica.

El diagrama que se presenta a continuación ilustra el esquema que sigue una oferta privada de valores:

CUADRO 3

Cronograma de Oferta Privada



c. Comparación entre Modalidades

¿Cómo decide el emisor si le conviene realizar una oferta pública o una privada? Sin duda, hay muchos factores en juego, y probablemente el emisor deberá discutir en cada caso particular con su banquero de inversión y sus asesores legales qué modalidad seleccionar.

A continuación exponemos algunos de los principales aspectos a tomar en cuenta al momento de tomar la decisión:

Tiempo.- La realización de una oferta pública usualmente toma más tiempo que una oferta privada, pues hay que cumplir una serie de trámites regulatorios (inscripción del valor, elaboración del Prospecto de Colocación, etc.), que no son exigibles en el segundo caso.

En el caso peruano, se estima que la preparación de una oferta pública -incluyendo registro del valor, prospecto de colocación, etc.- puede tomar entre un

mes y medio a dos meses, dependiendo de la disponibilidad de la información a presentar a la CONASEV³⁵. La oferta privada, en cambio, puede realizarse en plazos mucho más cortos (entre 20 a 30 días). En este caso, sin embargo, es siempre recomendable preparar un Memorándum de Oferta que, sin tener la calidad legal de Prospecto de Colocación³⁶, sirva como instrumento de venta y que, además, contenga como mínimo la información exigida por la Ley General de Sociedades. Asimismo, igualmente se requiere analizar la empresa para preparar la historia de la compañía que se va vender a los inversionistas (*equity story*) y, aunque no es imprescindible, es recomendable que se realice un *due diligence* contable-financiero y legal, para efectos de dar mayor transparencia al valor y maximizar su precio de colocación.

Costo.- Normalmente, una oferta privada resulta menos costosa, pues no se incurre en los gastos de inscripción del valor en el Registro. Adicionalmente, el *due-diligence* requerido para preparar el Memorándum de Oferta no requiere ser tan exhaustivo como el requerido para preparar un Prospecto de Colocación, lo que reduce los costos de asesoría legal, banco de inversión y auditoría contable. Adicionalmente, al tratarse de un número reducido de potenciales inversionistas, el esfuerzo y costo de *marketing* de la colocación es también bastante menor.

Liquidez.- Una oferta pública normalmente genera una mayor liquidez del valor, fundamentalmente por dos razones:

i) se maximiza el universo de demandantes iniciales del valor, al estar dirigida tanto a inversionistas institucionales (*Qualified Institutional Buyers* - QIB's) como a minoristas (*retail*). En el caso de la oferta privada, por el contrario, la colocación se circunscribe a los inversionistas institucionales.

ii) la negociación del valor colocado mediante oferta pública se realiza mediante un mecanismo centralizado de negociación, al cual acceden gran cantidad de demandantes y ofertantes del valor, lo que facilita una mayor negociabilidad de los valores. En cambio, los valores colocados mediante oferta pri-

³⁴ Las siglas provienen del inglés *Qualified Institutional Buyers*.

³⁵ En la actualidad resulta difícil hacer un estimado, pues es necesario esperar a la dación del nuevo Reglamento de Ofertas Públicas de Valores, que determinará los nuevos requisitos y procedimientos a seguir para la inscripción.

³⁶ Esto no significa que no exista responsabilidad por el contenido del dicho documento, sino únicamente que la misma se rige por la legislación societaria y no por la Ley del Mercado de Valores.

vada no cotizan en bolsa³⁷, sino que se transan regularmente en el mercado privado *over-the-counter* (OTC), es decir fuera de un mecanismo centralizado de negociación.

En las ofertas privadas, la menor liquidez del valor en el mercado secundario posterior a la colocación se traduce en un castigo en el precio de colocación del valor.

Visibilidad. Las ofertas públicas de valores le otorgan una mayor visibilidad al emisor: por un lado, la realización de la oferta pública requiere una amplia difusión de la misma; por otro, los valores materia de oferta pública se cotizan en bolsa y son objeto de seguimiento por parte de los analistas de los principales bancos de inversión de la plaza donde se negocian los valores. En las ofertas privadas, en cambio, los valores colocados no cotizan en bolsa ni tampoco se realiza mayor difusión de la oferta por su propia naturaleza privada.

El siguiente cuadro presenta una comparación entre las modalidades:

CUADRO 4
Comparación de modalidades

Oferta Pública	Oferta Privada
Mayor costo	Menor costo
Amplia liquidez	Liquidez reducida
Mayor visibilidad	Menor visibilidad
Mayor tiempo de preparación	Menor tiempo de preparación
	Menores requisitos de información

4. EL PROCESO DE COLOCACIÓN

El proceso de colocación comienza, en realidad, mucho antes de iniciar los trámites para el registro de los valores. Debe realizarse, con la debida antelación, un planeamiento cuidadoso de la operación, evaluando la conveniencia o no de salir al mercado, la oportunidad para hacerlo y la preparación de la empresa que pueda ser necesario efectuar.

La preparación de la empresa, por ejemplo, puede ser una tarea costosa en términos de tiempo y dinero, pero es imprescindible efectuarla a fin de asegurar una adecuada recepción por el mercado de los valores a ofertar. Podría ser necesario iniciar un proceso de reestructuración organizativa de la empresa, particularmente en el caso de empresas familiares, a fin

de adecuarla a los estándares exigidos por el mercado (particularmente si se piensa efectuar una colocación internacional). También puede requerirse adecuar los estatutos de la empresa al marco regulatorio aplicable a las sociedades anónimas abiertas -si se decidiera emitir acciones-; o rediseñar el régimen de compensación del Directorio o de la Administración; o eliminar restricciones estatutarias a la libre transferencia de las acciones, etc.

Este trabajo debe hacerse en coordinación con los asesores legales, contables y financieros de la empresa, razón por la cual es sumamente importante contratarlos oportunamente.

a. Selección del equipo de trabajo

Además de los propios ejecutivos del emisor, el actor más importante en una colocación de valores es, probablemente, el banco de inversión que se encargará de estructurar y liderar la operación. Por ello, es necesario ser muy cuidadoso en esta selección.

No existe una "regla mágica" para seleccionar al banco de inversión. Los criterios a tomar en cuenta varían en función al tipo de operación a realizar, al sector en el que opera el emisor, y hasta a la naturaleza o tipo de organización del emisor. No obstante, pueden aventurarse algunos criterios generales que deberá satisfacer el banco de inversión seleccionado: conocimiento del sector en el que opera el emisor; capacidad de liderazgo de un sindicato de colocadores; grado de compromiso con la operación, tanto a nivel país como de equipo de trabajo; capacidad de distribución; reputación en el mercado; entre otros.

Es recomendable que el emisor destine algunos recursos a "conocer" el mercado de banca de inversión: el *ranking* de los bancos de inversión varía significativamente según el sector de que se trate, tipo de operación, regiones, etc. Es probable que un banco de inversión tenga una gran experiencia en emisiones de empresas eléctricas, por ejemplo, pero poca en emisiones del sector financiero; por lo tanto, conoce menos las preocupaciones de los *fund managers* que van a comprar la emisión y va a tener más dificultades al momento de desarrollar el *equity story* de la compañía.

Las principales funciones que debe exigirse al banco de inversión son, en primer lugar, que asuma el liderazgo de la operación a realizar (rol de Coordi-

³⁷ El registro en CONASEV de valores que no son objeto de oferta pública es opcional, de acuerdo al artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores.

nador Global), comprometiendo recursos financieros suficientes para asegurar la colocación (*underwriting commitment*); estructurar la operación misma; organizar y liderar el sindicato de colocadores que se requiera para efectuar la colocación; encargarse, junto con los asesores legales seleccionados, de la elaboración del Prospecto de Colocación y demás documentación que se requiera para efectuar la oferta; realizar las auditorías que sean necesarias para la operación, etc.

Dependiendo del tamaño de la emisión, la venta de las acciones puede realizarse a través de una o dos entidades colocadoras, o requerir la conformación de un sindicato de entidades colocadoras. Si la oferta se va a realizar tanto en el mercado local como en el mercado internacional, el sindicato de colocadores debe incluir un sindicato para cada uno de los tramos que componen la oferta. Usualmente la designación de las entidades integrantes del sindicato se efectúa a propuesta del respectivo Coordinador Global, en función de las características y condiciones de la oferta. Es preferible que el emisor únicamente ejerza un derecho de veto de aquellas entidades con las que por alguna razón no desee trabajar y dejarle el encargo de conformación del sindicato al propio Coordinador Global, pues éste debe asumir la responsabilidad principal de la colocación.

La selección de los asesores legales y de la firma contable normalmente corresponde al emisor. Hay que tener presente que la oferta pública requiere que tanto abogados como contadores revisen minuciosamente la empresa, por lo que es necesario que cuenten con la absoluta confianza del emisor.

b. Selección del instrumento a emitir

La selección del instrumento a emitir depende de diversos factores, tales como las necesidades financieras a cubrir, niveles de endeudamiento del emisor, monto de la emisión, problemas de dilución, características del mercado adonde se va a dirigir la oferta, etc.

Por ejemplo, si la empresa tiene un nivel de apalancamiento financiero relativamente alto puede ser conveniente emitir acciones en lugar de obligaciones. Por el contrario, si existe un fuerte riesgo de dilución de la propiedad de los actuales accionis-

tas, la emisión de deuda o de acciones sin voto puede ser recomendable. Si se pretende efectuar una colocación internacional, alguna modalidad de *Depositary Receipts*³⁸ podría ser necesaria. La elección del instrumento puede también variar según se requiera un financiamiento de corto o de largo plazo. En cualquier caso debe tenerse presente la percepción del mercado respecto de la emisión, pues de nada sirve elegir un instrumento que satisfice las preocupaciones de los accionistas si no se genera demanda suficiente por los mismos.

En general, se puede distinguir entre instrumentos representativos de deuda, e instrumentos representativos del capital. En el primer caso, la Ley del Mercado de Valores peruana distingue entre instrumentos de largo plazo (mayores a 1 año) a los que denomina bonos (bonos convertibles, bonos subordinados, bonos corporativos, etc.), e instrumentos de corto plazo (letras, pagarés, papeles comerciales, etc.). Los valores representativos del capital se denominan acciones, y pueden ser de distinto tipo, de acuerdo a lo señalado en la legislación societaria: acciones sin voto, acciones ordinarias, acciones ordinarias con distinto contenido de derechos (acciones con mayor participación en el directorio, o con mayor participación en las utilidades, por ejemplo).

c. Oferta Local, Oferta Internacional y/o Oferta Combinada

La elección de las plazas donde se efectuará la colocación depende también de varios factores. Un primer factor obvio es el tamaño de la colocación: una colocación de volúmenes grandes probablemente sea difícil de colocar íntegramente en el mercado local, por la poca profundidad que éste aún posee³⁹. En tales casos, resulta necesario realizar la oferta en los mercados internacionales, o realizar una oferta combinada de mercados nacionales o internacionales.

Un segundo factor es la imagen que la empresa desea proyectar: en un mundo globalizado una empresa que cotiza sus acciones en el mercado internacional puede mejorar su posicionamiento comercial a nivel continental e, inclusive, a nivel mundial. Sin duda, la visibilidad que adquiere una empresa a través de una colocación internacional de valores puede ser la puerta de entrada de sus productos a mercados más exigentes que el local. En tal

³⁸ Por ejemplo, ADR's (*American Depositary Receipts*); GDR's (*Global Depositary Receipts*); o DDR's (*Debenture Depositary Receipts*).

³⁹ La capitalización bursátil actual de la bolsa limeña es de aproximadamente 16,000 millones de dólares (incluye acciones del trabajo y comunes), según el boletín diario de la Bolsa de Valores de Lima correspondiente al 6 de abril de 1998.

sentido, la estrategia comercial -y no sólo financiera- de la empresa es sin duda un factor importante a considerar al momento de tomar esta decisión.

Un tercer factor a considerar es el grado de dilución que estén dispuestos a aceptar los actuales accionistas (si se decide emitir acciones): es probable que en un mercado más desarrollado sea posible colocar las acciones entre un número mayor de inversionistas, dispersando así efectivamente el accionariado, mientras que una colocación doméstica de regular tamaño implica una concentración indeseada del accionariado en algunos inversionistas institucionales o grupos económicos. De nuevo, la poca profundidad del mercado constituye una limitante coyuntural pero importante para la estructuración de operaciones de financiamiento a través del mercado de valores.

Naturalmente, otro factor a considerar son los costos. En la actualidad los costos de una colocación internacional son significativamente mayores a los asociados a una colocación interna⁴⁰.

d. El Cronograma de la Operación

Probablemente uno de los aspectos cruciales para el éxito de una colocación radica en la elaboración inicial de un buen cronograma de trabajo de la operación. Una oferta de valores involucra la actuación simultánea y coordinada de distintos actores: por ejemplo, mientras los asesores legales trabajan en la elaboración del Prospecto y de los contratos de colocación y aseguramiento, el banco de inversión debe ir trabajando en el *due diligence* de la empresa, de manera que se logre terminar el Prospecto de Colocación a tiempo para la ejecución del *roadshow* y de la estrategia de distribución de los valores.

Por otro lado, no se debe olvidar que la emisión muy probablemente competirá con otras emisiones y es necesario estar preparado para aprovechar cualquier "ventanita" que se presente para entrar al mercado en un buen momento. Un cronograma de la operación permanentemente actualizado es un instrumento de trabajo fundamental para mantener el grado de coordinación requerido entre todas las partes involucradas, a fin de estar listo para asegu-

rar una buena "ubicación" en el calendario de emisiones programadas para el respectivo año.

e. El Registro

Conforme a la legislación actualmente vigente (Reglamento de Ofertas Públicas⁴¹ y LMV), para realizar una oferta pública de valores se requiere la inscripción previa del valor en el Registro de Valores de la CONASEV. La mayoría de legislaciones de las principales plazas financieras del mundo exige similar requisito, lo que debe tomarse en cuenta en caso de optarse por realizar una oferta internacional de valores.

En el Perú, el procedimiento de inscripción del valor requiere la presentación a CONASEV de una serie de información, que podemos dividir en dos partes: i) documentación relativa al emisor y a la emisión misma (escritura de constitución social, copia del acuerdo de emisión, estados financieros, etc.) y ii) elaboración de un Prospecto de Colocación.

El Prospecto de Colocación.- El Prospecto de Colocación es el documento que contiene toda la información relevante para el potencial inversionista respecto de la empresa emisora de las acciones, las características de la oferta y, en general, cualquier otro aspecto que pudiera influir en la decisión de un inversionista⁴² de adquirir o no las acciones materia de la oferta.

El contenido mínimo del Prospecto de Colocación está previsto en el Reglamento de Ofertas. Si bien la legislación aplicable a cada mercado puede variar, existe una cierta uniformidad a nivel comparado en cuanto a los aspectos que deben ser cubiertos en el Prospecto. Entre ellos destacan los siguientes: descripción de los factores de riesgo que pueden afectar la inversión; comentario de la administración del emisor sobre la marcha de los negocios sociales; marco regulatorio aplicable a las actividades que realiza la empresa; resumen de los estados financieros, incluyendo notas explicativas, etc.

La elaboración del Prospecto de Colocación corresponde, generalmente, a la empresa, los bancos de inversión líderes de la colocación, los auditores y los

⁴⁰ En la actualidad, sin contar las comisiones de colocación, una oferta pública internacional puede costar entre 1,5 y 2 millones de dólares, mientras que una local probablemente cueste la décima parte.

⁴¹ Conforme ha sido anunciado por las autoridades de la CONASEV, dicho reglamento viene siendo objeto de revisión, a fin de adecuarlo a la nueva ley del Mercado de Valores y a las prácticas internacionales habituales para estas operaciones.

⁴² Esta definición está contenida en el artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores, referido a la calificación de hechos de importancia.

abogados domésticos e internacionales -tanto de la empresa como de los bancos de inversión- e implica la realización de una exhaustiva auditoría legal y financiera de la empresa (*due diligence*).

En caso la colocación se efectúe en los mercados internacionales, deberá presentarse un Prospecto de Colocación a los organismos reguladores de los mercados financieros en los cuales se realice la oferta, elaborado conforme a la legislación vigente en tales plazas.

La Presentación Preliminar.- Es una práctica recomendable que se efectúe una presentación preliminar de la documentación relacionada con la oferta al órgano regulador, a fin de recoger extraoficialmente sus observaciones al mismo. De esta manera, es posible ahorrar costos y tiempo al emisor al presentar, oficialmente, una versión que ya recoge gran parte de las observaciones formuladas.

Debe observarse que, tratándose de una oferta internacional, debe registrarse también el ADR, si lo hubiera, para lo cual es necesario suscribir el contrato de depósito correspondiente (*Deposit Agreement*) con la entidad depositaria seleccionada. La función de los depositarios en los Estados Unidos de Norteamérica está regulada por la *Trust Indenture Act*⁴³. Adicionalmente, si se decidiera efectuar una colocación en diversos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, será necesario cumplir con presentar cierta información y obtener ciertos registros conforme a la regulación estatal correspondiente⁴⁴.

f. La Promoción de la Oferta (*Roadshow*)

No olvidemos que finalmente se trata de vender un producto a los inversionistas. Por ello, el éxito de una oferta de valores depende en gran medida de la eficacia de la campaña de promoción de la misma que se lleve a cabo.

La promoción de la oferta normalmente se realiza a través de la organización de un *roadshow*. El *roadshow* no es otra cosa que la realización, por parte de los principales ejecutivos del emisor (debidamente asesorados por el banco de inversión líder), de una gira por las principales plazas financieras en donde se pretenda colocar las acciones, en la que los potencia-

les inversionistas tienen la oportunidad de conocer a los ejecutivos de la empresa y de formular cualquier duda o cuestionamiento que tengan sobre la marcha de los negocios sociales⁴⁵. Por ello, es fundamental la participación de los principales ejecutivos de la empresa, y de su habilidad para "vender" la empresa depende en gran medida el éxito de la colocación.

El *roadshow* normalmente es organizado por los Coordinadores Globales de la colocación, y dependiendo de las características de la oferta, puede realizarse tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Desde el punto de vista legal, es importante tener presente que en muchos mercados existen reglas sobre condicionamiento del mercado, que prohíben la publicidad de la oferta antes de la inscripción del valor. El objetivo de tal norma es proteger al inversionista evitando que se "caliente" indebidamente el mercado⁴⁶, cuando aún no existe información completa sobre la oferta.

En los Estados Unidos, por ejemplo, la regulación vigente sanciona la realización de publicidad relativa a la oferta antes de que su inscripción sea declarada efectiva por la SEC con la suspensión temporal de la oferta por un periodo de tiempo (*"cooling off period"*), hasta que se desvanezca el efecto de la publicidad indebida sobre el público inversionista.

Dado que la Ley del Mercado de Valores peruana parece recoger la legislación norteamericana, resulta útil describir muy sucintamente dicho esquema. La legislación norteamericana divide en tres partes el periodo de colocación: periodo pre-solicitud de inscripción, periodo pre-registro, y periodo post-registro. El siguiente cuadro resume las reglas aplicables en cada periodo:

CUADRO 5

Periodo	Regla	Sanción
Pre-solicitud	No publicidad, no venta	Suspensión de la Oferta
Pre-registro	Publicidad, no venta	Suspensión de la Oferta
Post-registro	Publicidad, venta	

⁴³ Ver *Federal Securities Laws: Selected Statutes, Rules and Forms*. Ed 1996.

⁴⁴ Estas leyes estatales son conocidas como "blue sky laws".

⁴⁵ Estas presentaciones pueden consistir en reuniones generales con los inversionistas o reuniones individuales con los principales de ellos.

⁴⁶ Esto se conoce en la jerga norteamericana como "jumping the gun".

Sin embargo, la redacción de la ley peruana es confusa. Se señala que sólo puede realizarse publicidad preliminar y efectuar una precolocación (?) de los valores después de iniciado el trámite de inscripción del valor materia de la oferta pública. Si bien consideramos conveniente proteger al inversionista de recibir información que puede ser sesgada y generar una primera impresión respecto de la oferta, que luego podría ser muy difícil de modificar, la regla prevista en la Ley parece poco útil, pues el requisito de presentación de la solicitud puede cumplirse con la presentación de información mínima a CONASEV, con lo cual tendría ya derecho de efectuar publicidad preliminar y lograr calentar el mercado antes de tiempo e, inclusive, de efectuar una "precolocación" de valores. Por ello, resulta necesario diseñar en el nuevo Reglamento de Ofertas Públicas las normas necesarias para desincentivar este tipo de comportamiento por parte de los emisores. Probablemente, una obligación de suministrar a todos los inversionistas una nueva versión del Prospecto de Colocación, cada vez que éste sea modificado, sea suficiente para evitar este tipo de prácticas, pues impone costos importantes sobre el emisor.

5. MECANISMOS DE FORMACIÓN DE PRECIOS Y ASIGNACIÓN DE VALORES

Existen dos aspectos cruciales que aún no han sido tratados: la fijación del precio y la asignación de valores entre los inversionistas. Existen distintas modalidades de fijación del precio de salida de la emisión. A continuación presentamos las más usuales.

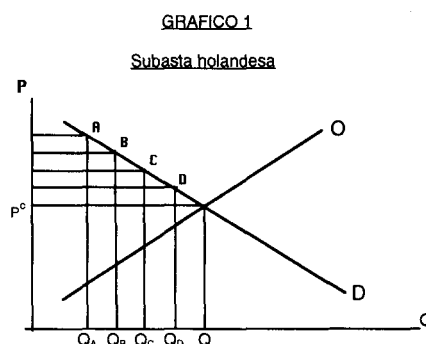
Precio Fijo.- En este caso, el emisor y los *underwriters* establecen el precio de los valores antes de efectuar la oferta propiamente dicha. Si bien esta modalidad permite salir al mercado con un precio conocido, lo que facilita la tarea de promoción de la oferta, tiene serias deficiencias por lo que es cada vez menos utilizada en la práctica internacional.

En primer lugar, esta modalidad elimina la flexibilidad necesaria para asegurar una colocación exitosa. Por ejemplo, si al término de la construcción del Libro de Demanda se observa que la demanda por los valores ha sido menor a la esperada, sería necesario reducir el precio para colocar los valores o, alternativamente, reducir el tamaño de la oferta, lo que convenga más al emisor; por otro lado, si se pide un aseguramiento a firme del *underwriter*, entonces es probable que el precio de aseguramiento se reduzca en la cantidad suficiente para reflejar el mayor riesgo asumido por los *underwriters* (pues no se

conoce todavía la demanda real de los inversionistas), lo que finalmente perjudica al emisor.

En la actualidad, el precio usualmente se fija después de conocida la demanda por los valores, de manera que refleje con mayor certeza su escasez relativa en el mercado.

La Subasta Holandesa.- Esta modalidad consiste en la construcción de un Libro de Demanda, en el que se registran las órdenes de compra de los inversionistas indicando precio y cantidad. Al finalizar el periodo de colocación se cierra el Libro de Demanda y se determina como precio de salida de la emisión aquel que equilibra demanda y oferta⁴⁷.



P^c es el precio de salida del valor, pues a ese precio oferta y demanda se equilibran. A dicho precio se asigna Q_A al inversionista A; $Q_B - Q_A$ al inversionista B; $Q_C - Q_B$ al inversionista C; así sucesivamente hasta colocar el íntegro de los valores materia de emisión.

En este caso los valores se asignan directamente a todos los que ordenaron comprar los valores a un precio igual o superior al precio finalmente fijado.

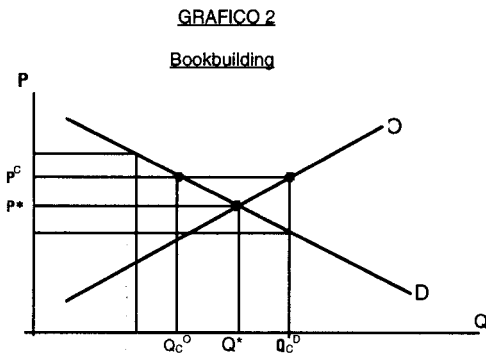
Si bien esta modalidad brinda una mayor flexibilidad respecto de la anterior, su desventaja es que está diseñada para colocar toda la oferta, lo que impide dejar demanda insatisfecha necesaria para asegurar un adecuado mercado secundario del valor.

Construcción del Libro de Demanda (Bookbuilding).- Otra alternativa para la fijación del precio y la asignación de los valores, actualmente más utilizada en los mercados internacionales, es la denominada simplemente construcción del Libro de Demanda o *bookbuilding*.

La mecánica es muy similar al caso anterior; sin embargo, en este caso el precio de salida se fija usualmente por debajo del precio de equilibrio de oferta y demanda, a fin de generar una sensación de escasez (demanda insatisfecha) que permita un com-

⁴⁷ En el lenguaje económico, este precio es el "precio vaciador" del mercado.

portamiento adecuado del precio del valor en el mercado secundario inmediato posterior a la oferta. Si bien esto puede significar menores ingresos para el emisor, la ventaja es que permite un adecuado *aftermarket*.



En este caso, el precio de salida de la emisión es P^c , por encima del precio vaciador del mercado P^* , con el fin de dejar demanda insatisfecha ($Q_c^D - Q_c^O$) y asegurar un adecuado *aftermarket*. La asignación de los valores a los inversionistas es selectiva.

Otra diferencia con la subasta holandesa es que la sobredemanda generada al precio fijado permite efectuar una mejor asignación de los valores entre los inversionistas, razón por la cual se anotan en el Libro de Demanda las intenciones -y no órdenes- de compra (precio y cantidad) de cada uno de los potenciales compradores.

Tanto en esta modalidad como en la anterior, el precio de salida se determina atendiendo a la demanda generada en cada uno de los tramos y subtramos de la oferta, y a las indicaciones de precio recogidas en el Libro de Demanda. El Libro de Demanda es generalmente administrado por los bancos de inversión líderes de la colocación en cada uno de los tramos (*bookrunners*).

Cabe anotar un aspecto muy importante para el emisor respecto de la asignación de los valores entre el público inversionista. Pueden distinguirse dos niveles de asignación. Un primer nivel de asignación tiene que ver con la distribución de los valores entre los distintos tramos que componen la oferta. Por ejemplo, tratándose de una oferta combinada en el mercado norteamericano y peruano, puede suceder que la asignación inicial de los valores entre cada tramo, indicada para efectos de promoción de la oferta, no se ajuste a la demanda finalmente obtenida en cada tramo: puede ser que la demanda local sea extremadamente fuerte y, por el contrario, la demanda levantada en el mercado norteamericano sea muy débil. Resultaría necesario, entonces,

reassignar los valores entre los distintos tramos a fin de optimizar la distribución de los mismos (*flowthrough*).

Adicionalmente, hay un segundo nivel de asignación de valores al interior de cada tramo. Es probable que algunos de los inversionistas demandantes sean especuladores que van a salir a vender muy rápidamente, aprovechando el descuento que normalmente debe ofrecerse en las ofertas de valores para generar una buena demanda, propiciando un comportamiento indeseado del precio del valor en el mercado secundario. O también puede ser posible que uno de los demandantes sea una empresa vinculada a un grupo económico competidor del emisor, que no sería recomendable como accionista o inversionista de éste. En general, el trabajo de asignación de los valores debe realizarse en conjunto entre el emisor y el banco de inversión que lidera la colocación.

6. LAS PRÁCTICAS DE ESTABILIZACIÓN DEL PRECIO

Muchas veces se piensa que la oferta de valores concluye con el pago del precio y la entrega de los valores. Sin embargo, una de las principales preocupaciones que debe tener presente el emisor es el comportamiento del precio del valor en el mercado secundario, luego de efectuada la colocación inicial. Lo último que quisiera el emisor es inversionistas insatisfechos porque el precio del valor ha caído mucho después de la oferta. Los inversionistas tendrían la impresión de haber sido engañados.

Existen diversas estrategias que permiten afrontar este problema. Sin embargo, debe señalarse que la primera regla para un adecuado mercado secundario posterior es una asignación correcta de los valores a los inversionistas de mediano y largo plazo y no a especuladores⁴⁸.

Otro mecanismo consiste en la realización de prácticas de estabilización del precio del valor. La más común de dichas prácticas es el otorgamiento de una opción de compra (llamada en el argot financiero *greenshoe*) de los valores a favor de los coordinadores globales al precio de salida del valor. Así, en caso de que el precio del valor en el mercado secundario suba por encima del precio de salida, los Coordinadores ejercen la opción de compra de los valores para venderlos y generar una presión a la baja y estabilizar el precio. Por el contrario, si el

⁴⁸ Otra estrategia común se ha adelantado ya en la sección anterior, y consiste en dejar demanda insatisfecha en la colocación para que exista actividad en el mercado secundario.

precio cae por debajo del precio de salida, los Coordinadores Globales deben salir al mercado a comprar, hasta lograr estabilizar el precio. Corresponde al banco de inversión líder de la colocación asumir el compromiso frente al emisor de gestionar el *aftermarket*, destinando para ello suficientes recursos. Este compromiso normalmente se extiende hasta 30 días después del cierre de la operación.

Luego de dicho plazo, los bancos de inversión usualmente se comprometen a mantener un mercado secundario activo a través del seguimiento del valor mediante un análisis continuo (*research*) por parte de sus propios analistas.

6. EL CONTRATO DE COLOCACIÓN Y ASEGURAMIENTO (UNDERWRITING AGREEMENT)

La relación entre el emisor y el banco de inversión se formaliza mediante la celebración de un Contrato de Colocación (*Placement Agreement*) o de un Contrato de Aseguramiento y Colocación (*Underwriting Agreement*), dependiendo de las características del compromiso asumido por el banco de inversión.

a. Clases de *Underwritings*: A Firme versus Mejores Esfuerzos

Existen dos modalidades de *underwriting*, principalmente: el "mejores esfuerzos" (*best efforts underwriting*); y el "a firme" (*firm commitment underwriting*).

***Underwriting* "mejores esfuerzos".-** Bajo esta modalidad, el *underwriter* se limita a realizar sus mejores esfuerzos por colocar la emisión (por eso el contrato es simplemente de colocación o *placement agreement*), sin asumir un compromiso de adquirir los valores en caso que la emisión no sea exitosa. En este tipo de *underwriting* es claro que es el emisor quien asume el riesgo de la colocación.

***Underwriting* a firme.-** En este caso, el *underwriter* se compromete a adquirir los valores materia de la oferta, para su posterior recolocación entre los inversionistas a quienes ésta se dirige. Técnicamente, en el *underwriting* a firme (o aseguramiento), el *underwriter* asegura al emisor que va a recibir el dinero de la colocación, pues se compromete a adquirir los valores él mismo, en caso de no existir inversionistas interesados. Por ello se señala que bajo esta modalidad el riesgo de la colocación se transfiere al *underwriter*.

Sin embargo, esto es relativo, pues depende de la sub-modalidad que a su vez adopte el *underwriting*

a firme: i) *overnight underwriting*, o; ii) *hard underwriting*.

En el *overnight underwriting*, bastante común en la práctica norteamericana, el contrato de *underwriting* se firma el día de cierre del Libro de Demanda, **una vez conocida la demanda real del mercado por los valores materia de la oferta**. En tal sentido, el *underwriter* no asume realmente el riesgo de la colocación (probabilidad de que no se genere demanda suficiente en el mercado), sino únicamente el riesgo del mercado (por ejemplo, caída de la bolsa, fluctuaciones significativas del tipo de cambio, quiebra del emisor, o eventos equivalentes que generen un desistimiento masivo de los inversionistas) comprendido entre el cierre del Libro de Demanda y la fecha de confirmación de las intenciones de compra y pago de los valores por los inversionistas.

Más aún, la mayor parte de los *underwriters* exigen la inclusión en el contrato respectivo de cláusulas resolutorias vinculadas a la aparición de hechos extraordinarios en el mercado (*market-out conditions*), que los liberen de su obligación de adquirir los valores. En la práctica, se trata de un aseguramiento *overnight*, pues al día siguiente de la fijación del precio y suscripción del respectivo contrato la mayor parte de las intenciones de compra son confirmadas por los inversionistas.

Por el contrario, tratándose del *hard underwriting*, más frecuente en el mercado europeo, el contrato se suscribe antes de efectuar el Libro de Demanda (por lo tanto, **sin conocer todavía la demanda real del valor**). El riesgo asumido en este caso por el *underwriter* incluye no sólo el riesgo de mercado antes referido, sino el riesgo de que la colocación no sea exitosa y deba comprar la emisión aún en el caso de que no haya inversionistas interesados. Dado que el riesgo en este caso es sustancialmente mayor su costo es también bastante mayor que el *overnight underwriting*.

Existen algunas otras modalidades de aseguramiento, como el aseguramiento parcial, en el cual se asegura al emisor únicamente un porcentaje de la colocación, o el llamado "*stand-by underwriting*", en el cual el *underwriter* se obliga a adquirir la emisión que no pueda ser colocada directamente a los inversionistas. Sin embargo, estas modalidades no son muy utilizadas: en el primer caso porque normalmente los bancos de inversión no desean dar una imagen de debilidad financiera a sus clientes; y en el segundo caso, porque en el fondo puede demostrarse que el *stand-by underwriting* es exactamente igual al *overnight underwriting*, aunque la forma legal de pactar el compromiso sea distinto. En

cualquiera de los dos casos, el *underwriter*, al final del día, asume el compromiso de comprar los valores que no puedan ser colocados directamente a los inversionistas.

Debe observarse también que, en algunos mercados, como el español, se estila también firmar un contrato preparatorio⁴⁹, equivalente a un compromiso de adquisición transitoria que se suscribe antes del inicio del período de colocación y regula las relaciones entre las distintas entidades aseguradoras y colocadoras que intervienen en la operación. Esta práctica, sin embargo, no es utilizada en el mercado norteamericano.

Por otra parte, conviene mencionar que, tratándose de una oferta combinada, es usual que se suscriba un contrato de intersindicación (*Intersyndicate Agreement*) entre las entidades integrantes de cada uno de los sindicatos de colocación constituidos para cada tramo de la oferta, que normalmente regula los trasvases y reasignaciones de los valores desde un tramo hacia otro tramo de la oferta

b. El Contenido del Contrato de Aseguramiento y Colocación

Pero, ¿en qué momento se suscribe este contrato? ¿Qué aspectos esenciales deben tenerse en cuenta al momento de negociar y estructurar el contrato correspondiente? En el caso del *overnight underwriting*, que es la fórmula mayormente utilizada en la práctica internacional, el contrato se suscribe una vez fijado el precio y el tamaño definitivo de la emisión.

El Objeto del Contrato.- El objeto principal del Contrato de Aseguramiento y Colocación es la adquisición transitoria de los valores materia de la oferta por parte del *underwriter*, para su posterior e inmediata recolocación entre el público a quien está dirigida la oferta⁵⁰.

La recolocación de los valores normalmente se efectúa inmediatamente. Es usual que el propio *underwriter* instruya al emisor para que los valores sean transferidos directamente a favor de los inversionistas, evitando así los costos de transacción asociados a una transferencia adicional.

Declaraciones y garantías.- Otras cláusulas típicas de un contrato de este tipo son las llamadas declaraciones y garantías. Es usual que el banco de inversión solicite la incorporación en el contrato de una serie de declaraciones y garantías manifestadas por el emisor respecto de la veracidad de la información contenida en el prospecto de colocación, incluyendo aspectos tales como estados financieros, datos de constitución del emisor, juicios pendientes, etc., y respecto de la validez legal de los acuerdos tomados en relación con la operación.

El objetivo de este tipo de estipulaciones es proteger al banco de inversión de eventuales responsabilidades que pueda asumir frente a los inversionistas en caso de información insuficiente o falsa⁵¹. De esta manera, en caso de que un inversionista interponga una demanda contra el *underwriter* basada en la falta de transparencia de la información proporcionada por el emisor, aquél puede exigir contractualmente a éste que lo mantenga indemne de cualquier perjuicio; es decir, que intervenga en el proceso para salvaguardar los intereses del *underwriter*.

Condiciones para el Cierre.- En el cierre se produce la transferencia definitiva de los valores a los compradores, y se recibe el pago del precio de venta de las mismas, una vez satisfechas todas las condiciones previstas para el efecto en el respectivo contrato.

Las condiciones de cierre usualmente pactadas son de dos tipos: i) presentación de una serie de documentos, tales como *comfort-letter* del auditor contable, opinión legal de los asesores legales del emisor, opinión de los asesores legales del banco de inversión, declaraciones de los principales funcionarios del emisor, etc, y; ii) no ocurrencia de ciertos eventos referidos a la situación de los mercados y/o del emisor, tales como inexistencia de cambios sustanciales en las plazas donde se va a efectuar la colocación de los valores, cambios en la situación económica y financiera de la empresa que afecten la rentabilidad de los valores, etc.

El plazo para el cierre de la operación depende de las prácticas habituales en cada mercado para la liquidación de transacciones⁵². En caso de incumplimiento de cualquiera de estas condiciones, que-

⁴⁹ Denominado también Protocolo de Aseguramiento.

⁵⁰ Por tal razón, el *underwriting agreement* es también denominado *purchase agreement* o *subscription agreement*.

⁵¹ En la mayor parte de legislaciones bursátiles se establece un sistema de responsabilidad por el contenido del Prospecto de Colocación que asigna, en mayor o menor medida, riesgos al banco de inversión. No obstante, como veremos en la siguiente sección, este tema ha sido pobremente tratado en la actual Ley del Mercado de Valores peruana.

⁵² Usualmente este plazo varía entre 3 y 5 días.

da resuelta la obligación del banco de adquirir los valores.

7. RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS INVERSIONISTAS

Uno de los aspectos legales más importantes de una emisión es el relacionado con la responsabilidad derivada de la colocación de los valores. Naturalmente, tratándose de inversiones la rentabilidad no está asegurada. Pero, ¿quién responde frente a los inversionistas en caso de que la información contenida en el prospecto sea falsa o incompleta? ¿o en caso de que los acuerdos tomados por el emisor respecto de la emisión de los valores sean nulos?. La transparencia del mercado requiere un sistema de responsabilidad que regule adecuadamente el comportamiento de los agentes en este tipo de transacciones.

El objeto del sistema de responsabilidad por el contenido del prospecto.- El objetivo de política legal buscado por un sistema de responsabilidad por el contenido del prospecto es generar los incentivos correctos para que los agentes adopten las acciones destinadas a asegurar que los inversionistas cuenten con información suficiente, veraz y oportuna sobre el emisor y sobre los valores mismos materia de la emisión antes de tomar la decisión de invertir.

El Análisis Económico del Derecho sugiere que, para lograr este objetivo, debe asignarse la responsabilidad por el contenido del Prospecto de Colocación a aquellos actores del mercado que puedan evitar al menor costo este tipo de infracciones.

En este sentido, es frecuente en la legislación comparada⁵³ que la responsabilidad por el contenido del prospecto recaiga principalmente en el emisor y en el banco de inversión líder de la colocación, y en menor medida en los expertos que participen en la operación y en los funcionarios del emisor que suscriban el documento. Sin embargo, el estándar de diligencia y el alcance de la responsabilidad de cada uno de ellos es diferente, en función del grado de certeza que pueden llegar a tener respecto de la información proporcionada.

El estándar de diligencia usualmente exigido al emisor es bastante alto. Normalmente no tiene defensa o causas eximentes de responsabilidad, pues se presume que debe conocer la empresa y los

valores materia de la oferta. Por lo tanto, la responsabilidad del emisor prácticamente se extiende a toda la información contenida en el Prospecto de Colocación.

La responsabilidad del banco de inversión, en cambio, admite la defensa de la diligencia debida. Ello es perfectamente justificable pues en realidad el banco de inversión no tiene por qué conocer con certeza la información proporcionada por el emisor. Lo que sí debe exigirse, entonces, es que haya efectuado todas las acciones ordinarias necesarias para asegurarse que la información contenida en el Prospecto sea correcta y suficiente.

En el caso de los expertos que participen en la operación, su responsabilidad se limita al ámbito de su competencia profesional. En estos casos, usualmente también se admite la defensa de la diligencia debida; es decir, la demostración de haber realizado una investigación suficiente de la empresa acorde con las circunstancias (por ejemplo, consultar cualquier aspecto dudoso con la Administración de la empresa, o con los funcionarios de los organismos regulatorios correspondientes, etc).

a. Sistema Americano (La Defensa de la Diligencia Debida - *Due Diligence Defense*)

En el sistema norteamericano, usualmente se exige la realización de una auditoría legal, contable y financiera del emisor, para demostrar la diligencia del banco de inversión (por ello este proceso se conoce comúnmente como *due diligence*).

El objetivo del *due diligence* es doble: por un lado, permite a los *underwriters* identificar las debilidades y fortalezas del emisor para tener una buena idea de lo que están vendiendo. Un buen análisis de la empresa es lo que va a sustentar la historia de venta que cada *underwriter* le contará a sus respectivos clientes. A su vez, los clientes descansan sobre la calidad del *due diligence* y del análisis realizado por los *underwriters*. El incentivo del *underwriter* para realizar un buen *due diligence*, es pues, bastante fuerte, pues esa seguridad es la que el inversionista va a tomar en cuenta al momento de decidir si invierte o no en el valor materia de la emisión, y en futuras emisiones lideradas por el mismo banco.

Un segundo objetivo de la auditoría es legal: preparar un documento que sirva de defensa y protección del *underwriter* y del propio emisor en caso de una

⁵³ Ver Sections 11 y 12 de la *Securities Act of 1933* (Estados Unidos); artículo 31 del Real Decreto 291/92 (España); y artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores (Perú).

posterior demanda judicial por responsabilidad frente a los inversionistas, conforme se ha explicado en el acápite anterior.

En el caso norteamericano, el inversionista que se sienta afectado puede reclamar al emisor o al banco de inversión correspondiente⁵⁴. El banco de inversión puede plantear en el proceso el *due diligence defense*, con lo cual la responsabilidad se traslada finalmente al responsable final de la falsedad u omisión⁵⁵.

El sistema de responsabilidad plasmado en la legislación española es similar. En este caso, el emisor responde por la información proporcionada al mercado⁵⁶, y también se exige la realización de un *due diligence* por parte de las entidades directoras⁵⁷. La legislación española señala expresamente que el emisor no puede oponer a los inversionistas de buena fe circunstancias o derechos derivados de las auditorías realizadas que no consten en el folleto informativo⁵⁸, con lo que se traslada la responsabilidad al auditor respecto de tales secciones del folleto.

En el fondo, la diferencia entre un sistema y otro es más de forma que de fondo. En tanto el responsable de las diferentes secciones siga siendo el mismo en ambos casos, la diferencia es simplemente de mecánica procesal. El efecto final sobre la calidad de la información proporcionada al inversionista debe ser el mismo.

c. Régimen previsto en el Perú: Necesidad de una mejor regulación.

El régimen previsto en la Ley del Mercado de Valores es bastante confuso y, en consecuencia, genera mayores costos de transacción a los agentes porque deben negociar por la vía contractual lo que debería estar zanjado a nivel regulatorio.

De acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, son responsables solidarios frente al inversionista tanto el estructurador de la operación como el emisor y los

funcionarios de la empresa. Sin embargo, y para empezar, el estructurador es una figura bastante inusual en la práctica de mercado, pues como hemos visto, el encargado de estructurar la operación es normalmente el banco líder de la colocación. Más propio resulta, entonces, asignar responsabilidad por el contenido del prospecto a los colocadores.

En segundo lugar, no parece muy razonable asignar responsabilidades sobre los funcionarios de la empresa, por varias razones: en primer lugar, por una razón práctica, pues la riqueza del funcionario es, con toda probabilidad, sustancialmente menor que la del emisor, por lo que se brinda mayor seguridad al inversionista haciendo responsable al emisor (quien además es quien recibe los beneficios de la transacción). En segundo lugar, normalmente el funcionario pedirá, como ocurre en los mercados internacionales, la contratación de un seguro contra cualquier riesgo de reclamaciones de los inversionistas, trasladando este costo al emisor y, peor aún, generando un incentivo perverso, pues al estar asegurado el nivel de precaución disminuye⁵⁹.

En tercer lugar, los funcionarios de todas maneras son responsables frente al emisor, conforme al Derecho común, por cualquier daño que éstos le causen por un ejercicio negligente de sus actividades, de manera que el incentivo para un comportamiento diligente de todas maneras existe.

Por otra parte, la redacción del artículo ha eliminado también la posibilidad del banco de inversión de interponer la defensa de diligencia debida, lo que resulta absolutamente injustificado considerando que no tiene cómo comprobar con certeza la veracidad de la información proporcionada por el emisor.

8. CONSECUENCIAS DE LA SALIDA AL MERCADO

¿Cuáles son las consecuencias para la empresa de efectuar una oferta pública de valores? ¿Qué obligaciones adicionales debe cumplir?

⁵⁴ Ver Sección 12 de la *Securities Act of 1933* (Estados Unidos).

⁵⁵ Debe tenerse presente que el sistema de protección del banco de inversión se complementa con las declaraciones y garantías del emisor contenidas en el contrato respectivo.

⁵⁶ Ver artículo 21, segundo párrafo, del Real Decreto 291/92.

⁵⁷ Ver artículo 18, numeral 3 del Real Decreto 291/92.

⁵⁸ Ver artículo 21, segundo párrafo, del Real Decreto 291/92.

⁵⁹ Este es un problema común a cualquier mecanismo de seguro como vía para reducir los riesgos asociados a la ejecución de actividades potencialmente dañosas.

Sin duda, la vida societaria de la empresa va a ser distinta luego de salir al mercado, particularmente en el caso de que abra su capital social. Entre las principales consecuencias a tener en cuenta al momento de decidir si efectúa o no una oferta pública de valores podemos indicar las siguientes: sometimiento a la disciplina del mercado, obligaciones de información periódica y relaciones con los inversionistas.

Disciplina del mercado.- Uno de los aspectos más importantes es que la empresa va a ser objeto de escrutinio público por los analistas de las casas de inversión. La teoría de los mercados de capitales eficientes sugiere que cualquier información sobre la empresa debe reflejarse en el precio de los valores cotizados, lo que puede ser a veces favorable y a veces incómodo para los emisores. Sin embargo, reiteramos nuestra apreciación de que la propia disciplina del mercado va a ayudar a mantener una buena gerencia de la empresa.

Obligaciones de Información.- Por otra parte, las empresas deben efectuar, una serie de reportes periódicos a la CONASEV respecto de la marcha de los negocios sociales.

Normalmente este tipo de reportes se refiere a estados financieros, memoria y hechos de importancia.

Relaciones con los inversionistas.- Los inversionistas esperan normalmente que la empresa les dé información relevante, tal como balances, etc., además de tener una línea abierta para que les respondan cualquier consulta o duda que tengan respecto de la marcha de los negocios sociales. Naturalmente, la obligación de la empresa hacia el inversionista depende del título emitido (bonos o acciones, por

ejemplo) y de las propias condiciones de emisión pactadas, pero es natural en los mercados establecer que quien pone su dinero en la empresa tiene derecho a obtener cierto trato especial. En tal sentido, una de las estrategias más comunes para esto es la creación de un departamento dentro de la empresa encargado de atender a estos inversionistas, lo que implica un flujo de recursos y sobre todo una política de apertura y diálogo. No hay nada peor para una empresa con valores cotizados en bolsa que llevarse mal con sus inversionistas.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La colocación de valores es una alternativa interesante de financiamiento empresarial. Sin embargo, en la actualidad existen pocos emisores en el mercado; sólo las grandes empresas aprovechan realmente las oportunidades que éste brinda, particularmente en la actual coyuntura en la que el exceso de demanda por instrumentos de inversión respecto de la oferta hace bastante atractivos los costos financieros de la captación (no olvidemos que el sistema privado de pensiones ha recibido durante 1997 un flujo de aportaciones mensuales cercano a 50 millones de dólares⁶⁰).

En tal sentido, es necesario corregir deficiencias en la regulación del procedimiento de colocación, tal como se ha indicado en este artículo. La necesidad de efectuar ajustes a la reglamentación vigente y, en su momento, a la propia Ley del Mercado de Valores, es aún más importante en estos momentos en que se observa una clara tendencia hacia un mayor desarrollo del mercado de valores peruano, y en el que puede darse una participación más activa de las empresas medianas y pequeñas en los próximos años.

⁶⁰ Fuente: Superintendencia de AFP's.

G A R C I A
C A L D E R O N
G H E R S I
V I D A L &
A S O C I A D O S
A B O G A D O S

LOS LIBERTADORES 350 - SAN ISIDRO

© 441-3605 441-3424 FAX: 442-6161

LIMA 27 - PERU

ELVITO A. RODRIGUEZ DOMINGUEZ

ABOGADO
NOTARIO DE LIMA

Jr. de la Unión 1083 (puerta calle)
LIMA

Telefax
428-2903

HORARIO
De Lunes a Viernes
9:00 a.m. a 6:00 p.m.
Horario Corrido

RÉGIMEN LEGAL DE OPERACIONES CON ACTIVOS FINANCIEROS

Luis Pizarro Aranguren
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

En nuestro país se constata la frecuente necesidad de las empresas de obtener liquidez en determinados momentos para permitir su desarrollo. Un mecanismo de generación de dinero consiste en la disposición de sus cuentas por cobrar u otros activos financieros, que en puridad son derechos de cobro a futuro que se transfieren a cambio de una suma dineraria. A estas transferencias se les ha llamado "operaciones con activos financieros".

En el presente artículo el autor realiza un análisis legislativo de las funciones y características de las operaciones que se pueden realizar con activos financieros; específicamente trata sobre las diferencias y el campo de aplicación del factoring, el descuento y la compra de cartera.

Concluye señalando que el articulado referido a estas figuras es deficiente, incurre en incoherencias terminológicas y conceptuales que pueden llevar a costosas confusiones. La legislación relativa a la materia debe darse teniendo como premisa la comprensión de las necesidades del mercado y de los intereses de los agentes económicos involucrados, de modo que resulte financieramente eficiente.

El presente artículo tiene como finalidad exponer, desde una perspectiva legal, las funciones y características de las operaciones que se pueden realizar con activos financieros, principalmente, (i) el *factoring*¹ (ii) el descuento; y, (iii) la compra de cartera.

La premisa que sustentó y alimentó nuestra inquietud para escribir algunas líneas sobre este tipo de operaciones proviene de constatar la necesidad de diversas compañías en el mercado de obtener liquidez inmediata para su desarrollo empresarial, utilizando sus cuentas por cobrar u otros activos financieros como fuente de generación de dinero.

Debemos aclarar, sin embargo, que el enfoque de nuestro análisis tiene ciertas limitaciones (fronteras), que nos hemos autoimpuesto para concentrar nuestra energía de estudio en la evaluación jurídica actual en el Perú de este tipo de transacciones. Por lo tanto, no serán materia importante de nuestro interés, en el presente trabajo, las diversas y complejas teorías que en la producción académica mundial se han formulado para distinguir la denominada "naturaleza jurídica" del *factoring*, el descuento o la compra de cartera. Mucho menos, obviamente, nos ocuparemos de descubrir el origen histórico de estos instrumentos financieros, esfuerzo interesante pero innecesario para nuestros fines.

Nuestra atención se focalizará en responder preguntas como las siguientes: conforme el régimen legal vigente, ¿quién puede adquirir activos financieros?, ¿qué tipo de activos financieros pueden transferirse?, ¿qué tipo de títulos o contratos pue-

¹ No existe una traducción exacta de la palabra anglosajona "*factoring*" al castellano, por lo tanto, la mantendremos como tal en el presente artículo.

den ser objeto de operaciones con activos financieros?, ¿cuáles son las diferencias vigentes en el sistema legal peruano entre un descuento, un *factoring* y una compra de cartera?, ¿qué consecuencias prácticas se derivan de cada operación para las partes que las formalizan? o ¿qué efectos y costos tributarios conllevan estas transacciones?

1. NECESIDADES FINANCIERAS: ¿QUÉ OCURRE EN LA REALIDAD?

Comenzaremos describiendo y descubriendo el origen en el mundo real de las operaciones con activos financieros: la necesidad de liquidez de las empresas.

Veamos algunas situaciones:

La empresa "Comando" vende automóviles al crédito, por lo tanto, tiene en sus activos cuentas por cobrar que suman las cuotas que sus clientes se han comprometido a pagarle en el tiempo. Por su parte, la empresa "Finance" es una compañía con recursos suficientes en su caja para prestarlos o invertirlos en el mercado obteniendo una ganancia o rentabilidad. Dada la necesidad de la empresa "Comando" de comprar (o importar) más autos para ampliar el volumen de sus ventas, se le presentan dos opciones: (i) buscar financiamiento de un tercero; o, (ii) utilizar sus cuentas por cobrar para obtener liquidez.

En el primer caso (recorrir a terceros), nuestra empresa "Comando" podrá recurrir a un banco (o cualquier otro intermediario financiero) para solicitarle un préstamo a cambio del pago de una tasa de interés compensatorio, o bien podrá dirigirse al mercado de capitales para colocar valores mobiliarios a cambio de una rentabilidad fija o variable².

En el segundo caso (usar sus cuentas por cobrar), podemos graficar, a su vez, diversas situaciones:

Desde el punto de vista del objeto de la transferencia, las cuentas por cobrar pueden estar instrumentadas en títulos valores (pagarés o letras de cambio, por ejemplo) o en simples contratos de venta de autos a plazos. En el primer supuesto, "Comando" tendrá que endosar los títulos a favor de "Finance", quien los adquirirá en propiedad. En

el segundo caso, ambas empresas tendrán que suscribir un contrato de cesión de derechos o de cesión de posición contractual³ para transmitir los activos financieros.

Desde el punto de vista de la garantía, "Comando" puede constituirse en fiador de los deudores cedidos; por lo tanto, en caso éstos incumplan los pagos con "Finance", ésta puede recurrir solidariamente también contra "Comando". Sin embargo, es perfectamente posible que la transferencia de los créditos de "Comando" a "Finance" se realice con plena y total desvinculación de "Comando"; por lo tanto, "Finance" sólo tendrá como deudores a las personas cedidas que fueron originales clientes de "Comando".

Desde el punto de vista de la cobranza, puede darse el caso de que "Finance" se encargue de cobrar directamente las cuotas de los deudores cedidos, en razón de su nueva condición de acreedor; pero no es extraño que "Finance" decida que la responsabilidad de la cobranza se mantenga en "Comando", dada la infraestructura ya establecida de una empresa que vende autos al crédito.

Desde el punto de vista de la situación de las deudas, es posible, también, que las obligaciones que se transfieren de "Comando" a "Finance" puedan ser deudas vencidas o deudas por vencer.

Desde el punto de vista de la contraprestación, "Finance" puede pagarle a "Comando" por el valor de las cuentas por cobrar que se transfieren, al contado o en cuotas.

Desde el punto de vista de la integridad de la relación jurídica que se transfiere, "Finance" puede adquirir solamente las cuentas por cobrar de "Comando", o bien ésta le puede transferir no sólo los derechos derivados de los contratos de venta de autos a plazos sino también las obligaciones y, en consecuencia, a partir de la transferencia, "Finance" asumirá un conjunto de responsabilidades con los antiguos clientes de "Comando", como la garantía de buen funcionamiento de los autos, por ejemplo. Desde el punto de vista del valor de los activos financieros, "Finance" puede pagarle a "Comando" el valor nominal de la cartera a la fecha de transferencia o valores inferiores o superiores.

² En este caso la empresa puede emitir cualquier tipo de título de deuda (bonos, pagarés, papeles comerciales, certificados, etc) o de capital (acciones comunes, acciones sin derecho a voto, participaciones, etc.) y colocarlos en el mercado en ofertas públicas o privadas. La colocación puede realizarse en el mercado local o internacional.

³ En el caso de la cesión de posición contractual tendrán que intervenir los clientes (deudores) de "Comando" expresando su consentimiento, a diferencia del caso de la cesión de derechos donde bastará la simple notificación fehaciente a los referidos clientes.

Desde el punto de vista de la integridad de la cartera, "Finance" puede comprar un conjunto determinado y detallado de cuentas por cobrar o una cartera flotante de deudas que "Comando" puede (o debe) ir sustituyendo.

Por último, desde el punto de vista de la estabilidad de la operación, "Comando" puede o no asumir un derecho de recompra de la cartera, en un plazo o bajo determinadas condiciones.

Ahora cambiemos la situación y describamos un segundo caso. Imaginemos a la "Universidad ALC", que el 1 de marzo de un año cualquiera tiene matriculados un número de alumnos X que pagarán durante ese ciclo (período académico) 5 cuotas mensuales de US\$ Y. En otras palabras, los funcionarios de "ALC" saben que a finales del mes de julio de ese mismo año recibirán un monto total (US\$ Z) producto de multiplicar X por 5 por Y.

Sin embargo, con la finalidad de hacer inversiones inmobiliarias en su campus, "ALC" requiere tener US\$ Z, o un monto cercano a esa cifra, el 1 de marzo y no el 31 de julio. Utilizando la misma lógica de nuestro ejemplo anterior, "ALC" podría solicitar un préstamo a un banco o financiarse en el mercado de capitales⁴. Sin embargo, también podemos pensar como posible una situación en la cual nuestra conocida empresa "Finance" le adquiera los derechos que "ALC" tiene como consecuencia de la admisión y matrícula de sus alumnos en el presente ciclo. En ese escenario, "ALC" recibe de "Finance" el 1 de marzo US\$ Z-C, y "Finance" recibirá US\$ Z pero a lo largo de los meses, conforme paguen los alumnos de "ALC". En nuestro ejemplo, C es el descuento que "ALC" tiene que hacerle a "Finance" para que la operación sea también un negocio para esta última.

Al igual que en nuestro ejemplo de la venta de autos al crédito, podemos ubicar varios supuestos y variantes diversas de situaciones entre "ALC" y "Finance" respecto de la cobranza a los alumnos, las garantías, las responsabilidades, etc., escenarios posibles de acuerdo entre las partes⁵.

Incluso podemos extremar nuestro mismo caso de financiamiento universitario y proyectar la misma operación a los ingresos que "ALC" recibirá de sus alumnos presentes y futuros no sólo en el ciclo donde se concretó la matrícula, sino también de ciclos futuros. En este caso, las partes tendrán que recurrir a un estudio estadístico que establezca verosimilmente cuántos ingresos por pensiones recibirá "ALC" en un plazo establecido.

Como es obvio, cuando aterrizamos en la realidad y construimos circunstancias reales podemos extender centenares de ejemplos que nos lleven a describir muchas situaciones análogas⁶.

Lo importante a esta altura del trabajo es rescatar las necesidades empresariales que están subyacentes en nuestros casos hipotéticos para verificar si el sistema legal tiene respuestas y estructuras adecuadas para satisfacerlas en forma eficiente y segura.

De las situaciones descritas advertimos que en el mercado existen diversas actividades económicas que sustentan su situación financiera sobre la base de flujos de dinero que reciben en el tiempo. Son sectores económicos que prestan servicios o venden bienes pero que no reciben un pago inmediato, por lo tanto, tienen derecho a cobrar en el futuro. Para los efectos del presente artículo denominaremos "activos financieros"⁷ a aquellos derechos y "operaciones con activos financieros" a las transferencias de esos derechos a otras empresas a cambio de liquidez inmediata⁸.

⁴ Actualmente, las universidades pueden recurrir al mercado de valores para financiarse como cualquier persona jurídica privada. Con la derogada Ley General de Sociedades, sólo las sociedades anónimas podían emitir obligaciones, norma felizmente derogada por la Ley 26887.

⁵ Un tema interesante que diferencia el caso de "Comando" y "ALC" es el hecho que en la primera situación "Comando" ya entregó los autos a los clientes (ya cumplió su obligación), mientras que "ALC" presta los servicios de enseñanza a los alumnos en el transcurso del tiempo, en la medida que éstos van pagando.

⁶ Otros casos típicos son las cuentas por cobrar de las empresas que administran tarjetas de crédito, los contratos de exportación o los flujos esperados de las empresas que prestan servicios públicos.

⁷ Frank Fabozzi, Franco Modigliani y Michael Ferri en su obra colectiva "Mercados e Instituciones Financieras" dicen que los "activos financieros son activos intangibles. Para los activos financieros el valor o beneficio típico es una obligación de dinero a futuro. (...) En el caso de un préstamo para comprar un automóvil, los términos establecen que el prestatario debe efectuar los pagos especificados al banco comercial a lo largo del tiempo. El flujo de efectivo para este activo está compuesto de los pagos especificados que debe hacer el prestatario"

⁸ Los mismos Fabozzi, Modigliani y Ferri afirman que "un principio económico básico es que el precio de cualquier activo financiero es igual al valor presente de su flujo de efectivo esperado, incluso si el flujo de efectivo no es conocido con certeza".

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: NO TODO ES FACTORING

En las situaciones detalladas en el punto anterior describimos, probablemente, la gran mayoría de casos de operaciones con activos financieros, en consecuencia, deberíamos atribuirle a cada una un concepto específico para desarrollarlo y una denominación legal para distinguirlas unas de otras. Sin embargo, esa tarea no resulta del todo sencilla, pues nos enfrentamos, en primer lugar, a un inconveniente de lenguaje: no existe homogeneidad entre los títulos (denominaciones) de las operaciones y el contenido de las mismas. Por ejemplo, resulta frecuente constatar que muchos agentes financieros consideran que el *factoring* es una operación genérica que tiene muchas modalidades y desean realizar *factoring* cuando en realidad su intención es hacer una operación que no se denomina de esa manera.

Una consecuencia más alarmante de este reparo lingüístico es que existen personas que quieren constituir empresas de *factoring* para realizar todas las modalidades de operaciones que describimos en el punto anterior del presente artículo, sin saber que en realidad, conforme al régimen legal peruano vigente, el *factoring* no representa más que a unas pocas de esas operaciones.

En conclusión, debemos tener extremo cuidado en atribuir un título a una operación cuyo contenido no necesariamente puede corresponder a dicha denominación.

Nuestra tarea a continuación consistirá en construir un esquema que nos permita distinguir realmente las diferencias prácticas entre el descuento, el *factoring* y la compra de cartera.

3. ESQUEMA DE OPERACIONES CON ACTIVOS FINANCIEROS: LA LGSF COMO INSTRUMENTO DE ACLARACION

Siendo operaciones de claro contenido financiero, nuestra primera fuente de análisis es la Ley del

Sistema Financiero (LGSF)⁹. Pues bien, teniendo en consideración que la LGSF establece estrictamente aquellas operaciones que pueden llevar a cabo las instituciones autorizadas para realizar intermediación financiera¹⁰, recurrimos al artículo 221 de esta norma, el mismo que establece el listado de operaciones que las instituciones financieras se encuentran autorizadas a realizar¹¹.

Pues bien, en el referido artículo encontramos tres menciones independientes de las operaciones que nos ocupan en el presente artículo:

El inciso 4 dice que las empresas podrán descontar y conceder adelantos sobre letras de cambio, pagarés y otros documentos comprobatorios de deuda. El inciso 10 dice que las empresas podrán realizar operaciones de *factoring*.

Finalmente, el inciso 26 dice que las empresas podrán celebrar contratos de compra o de venta de cartera¹².

Seguidamente, confrontaremos estas tres modalidades para distinguirlas.

3.1. Descuento vs. *Factoring*: la diferencia es la responsabilidad

Conforme hemos visto, según la LGSF el descuento tiene como objeto letras de cambio, pagarés y otros documentos comprobatorios de deuda.

Sin embargo, no existe ni en la LGSF ni en ninguna otra norma vigente que conozcamos una definición o alcance conceptual del *factoring*. Por lo tanto, nos valemos de la definición de "empresas de *factoring*", que conforme a la propia LGSF son empresas especializadas.

El inciso 8 del artículo 282 de la LGSF nos dice que la especialidad de la empresa de *factoring* consiste en la adquisición de facturas conformadas¹³, títulos valores y en general cualquier valor mobiliario representativo de deuda.

⁹ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley No. 26702), comúnmente denominada la Ley de Bancos.

¹⁰ Conforme el Anexo-Glosario de la LGSF "intermediación financiera" implica la actividad habitual consistente en la captación de fondos, bajo cualquier modalidad, y su colocación en forma de créditos o inversiones.

¹¹ Debe advertirse que no todas las empresas que forman parte del Sistema Financiero (empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, cajas rurales de ahorro y crédito, etc.) pueden realizar todas las operaciones descritas en el artículo 221. La posibilidad de realizar más operaciones dependerá del denominado "esquema modular", que es un conjunto de reglas que la propia LGSF ha previsto para que las instituciones financieras vayan accediendo a las mismas.

¹² Para efectos de nuestro artículo no nos corresponde abordar el tema de "las ventas de cartera" por parte de las instituciones financieras, no obstante la riqueza que representa, en tanto que sus funciones y finalidades no corresponden a la lógica de las operaciones con activos financieros. Por lo tanto sólo evaluaremos las compras de cartera.

¹³ El artículo 237 de la LGSF dice que la factura conformada es un título valor que representa bienes entregados y no pagados y que una vez firmada por el deudor constituye prenda flotante sobre los mismos bienes. Ejemplo: el distribuidor de licores entrega 10 cajas de

En nuestra opinión, las normas sobre descuento y *factoring* no han tenido una redacción adecuada, completa y compatible. No logramos comprender totalmente a qué se refiere la norma de descuento cuando dice "documentos comprobatorios de deuda" o cuando la norma de *factoring* dice "valor mobiliario representativo de deuda". Podríamos comenzar a elucubrar teóricamente las diferencias entre "documento" y "valor mobiliario" o entre "comprobatorio de deuda" y "representativo de deuda" y probablemente encontraríamos textos académicos muy ricos al respecto, sin embargo, asumimos la presunción que no existió coordinación entre la redacción de una norma y la otra, pero lo que parece claro, en medio de la oscuridad que proyecta la literalidad de los dos textos enfrentados, es que ambos hacen referencia a títulos valores.

En efecto, una letra de cambio, un pagaré, un documento comprobatorio de deuda, una factura conformada y un valor mobiliario representativo de deuda¹⁴, son títulos valores. Por lo tanto, el descuento y el *factoring* tienen en común el objeto de la operación: siempre se realizarán sobre títulos valores.

Ahora bien, hasta esta altura no hemos avanzado nada hacia nuestra finalidad última en el presente punto: encontrar la diferencia entre descuento y *factoring* en el sistema legal peruano.

Dado que, lamentablemente, la LGSF no nos aporta mayores elementos conceptuales para cumplir con nuestro objetivo, recurriremos a los textos modernos del estudio legal de las operaciones financieras para continuar diseñando nuestro esquema.

A manera de referencia, nos valemos del conjunto de ponencias resumidas en la publicación "Jornadas sobre *Factoring*"¹⁵, a "Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios" de Morales Casas¹⁶ a "Instrumentos de Financiamiento e Inversión"¹⁷ de Parada Daza, a "Nuevas Operaciones Mercantiles"¹⁸ de Sandoval López y a "Sistemas Financieros"¹⁹ de Martínez Neira.

De las lecturas citadas, encontramos como claros elementos distintivos entre el descuento y el *factoring* el criterio de responsabilidad, de "recurso" o garantía, por el cual, en una operación de descuento, quien transfiere el activo financiero no se desvincula de la obligación y responde frente al adquirente en caso del incumplimiento del cliente cedido; en cambio, en el *factoring* la transferencia se realiza de manera plena e irrevocable, generando como consecuencia la desvinculación del que cede el activo financiero de la obligación, en otras palabras, la relación obligatoria queda directa y exclusivamente establecida entre el deudor original y el adquirente del activo.

En nuestro ejemplo matriz, estaremos frente a una transacción denominada "descuento" cuando "Comando" transfiera a "Finance" un título valor pero "Finance" pueda dirigirse no sólo al deudor cedido sino también a "Comando", de tal manera que la responsabilidad o garantía de la operación se mantiene en "Comando". En cambio, reconoceremos un *factoring* cuando "Comando" transfiera a "Finance" un título valor y desde el momento de la cesión "Comando" sea irresponsable respecto al activo financiero, quedando "Finance" exclusivamente vinculado con el excliente de "Comando" y único deudor del crédito.

cerveza a la tienda "Chino", pero el dueño de la tienda le pagará al mencionado distribuidor 30 días después de recibir la mercadería. El dueño de la tienda le firma al distribuidor un título valor que se llama "factura conformada" por la cual se compromete a pagarle y las cervezas entregadas quedan en prenda flotante, lo que quiere decir que el dueño de la tienda podrá vender las cervezas a sus clientes pero deberá reponerlas constantemente para mantener siempre un stock que sirva de garantía ante el distribuidor. A la fecha de conclusión del presente artículo la factura conformada no ha sido reglamentada, el registro de prendas flotantes no se ha implementado y se mantienen dudas sobre la regulación de esta figura en la LGSF.

¹⁴ Tal vez el caso del "documento comprobatorio de deuda" sea el más difícil porque en términos generales no sólo los títulos valores son prueba de deuda, también podemos entender que un comprobante de pago o un contrato comprueban deuda. Sin embargo, con ánimo de encontrar una interpretación que salve la aparente incoherencia conceptual entre los conceptos de "descuento" y "*factoring*", vamos a entender, para nuestros efectos, que "documento comprobatorio de deuda" es una referencia no muy feliz de la LGSF a un título valor.

¹⁵ Edición del Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

¹⁶ MORALES CASAS, Francisco. Jurídica Radas Ediciones. Bogotá, 1994.

¹⁷ PARADA DAZA, Rigoberto. Editorial Jurídica Conosur. Santiago 1995.

¹⁸ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 1994.

¹⁹ MARTINEZ NEIRA, Nestor. Biblioteca Felabab. Bogotá, 1994.

En conclusión, en ambos casos estaremos frente a transacciones cuyo objeto son títulos valores, pero cuya diferencia consiste en la responsabilidad o no que mantenga quien cede el activo financiero.

No hay que perder de vista que nuestro trabajo consiste en intentar construir una estructura lógica y coherente en las operaciones con activos financieros en el Perú, por lo tanto, resultará natural que en otras legislaciones el *factoring* pueda realizarse sobre activos financieros que no se encuentran representados en títulos valores y que impliquen que mantiene la responsabilidad quien cede el crédito. De hecho, la mayoría de tratadistas especializados hacen mención a la diferencia entre “*factoring* con recurso” y “*factoring* sin recurso” de la siguiente manera:

- *Factoring* sin recurso: Donde el factor asume el riesgo en caso de insolvencia de los deudores cedidos, sin que dicho compromiso se haga extensivo al acreedor original o cedente.
- *Factoring* con recurso: Donde el riesgo del no pago de los valores es asumido directamente por el acreedor original, por tanto, si existe algún documento que no sea cancelado por parte del cedido, entonces el factor exige al cedente que asuma el pago del valor cedido.

Para decirlo en otros términos, lo que hemos entendido nosotros como descuento u operaciones con activos financieros donde la responsabilidad o garantía de cumplimiento se mantiene en la empresa que cede el crédito, es denominado por buena parte de la doctrina como “*factoring* con recurso”. Por otro lado, lo que comprendemos como *factoring* u operaciones con activos financieros donde la responsabilidad o garantía de cumplimiento se transmite absolutamente al deudor cedido se denomina “*factoring* sin recurso”.

Como consecuencia, en el Perú, según la regulación vigente no existe el “*factoring* con recurso”, y siempre que se haga referencia a ese título tendremos que traducir que se está hablando de un descuento. Finalmente, creemos que el problema se reduce a cuestiones terminológicas que debieron evitarse con una redacción más cuidadosa de los artículos pertinentes de la LGSF, pero que nos vemos obligados a aclarar, pues las consecuencias de la regulación bancaria y financiera pueden resultar, como vere-

mos más adelante, sensiblemente diferentes en uno u otro caso.

3.2. *Factoring* y descuento versus compra de cartera: la diferencia es el tipo de activo financiero

Habiendo llegado a la conclusión, por un lado, de que lo que asemeja al *factoring* y al descuento es que ambas operaciones tienen como objeto títulos valores y, por el otro, que la diferencia central entre ellas es la responsabilidad (recurso o garantía), conviene averiguar cómo terminamos de construir nuestro esquema de transacciones sobre activos financieros en el Perú con las denominadas “compras de cartera”, que, como dijimos antes, son otra operación que las empresas financieras pueden realizar conforme lo dispone el inciso 26 del artículo 221 de la LGSF. El tema, que no deja de ser a su vez una cuestión de aclaración terminológica que proyecta una serie de consecuencias prácticas, puede solucionarse fácilmente afirmando que en el caso de las transacciones llamadas “compra de cartera”²⁰ el activo financiero no está representado por un título valor, como lo exige la LGSF para el caso del descuento y el *factoring*, sino por contratos, de tal manera que llamaremos “*factoring*” o “descuentos” a la operación por la cual “Comando” transfiere a “Finance” las letras de cambio aceptadas o los pagarés girados por los clientes de la primera empresa, mientras que entenderemos que la transacción es “compra de cartera” cuando “Comando” transfiera a “Finance” los derechos derivados de los contratos de venta de autos a plazos.

Sin embargo, nos queda un punto pendiente de definir para poder comprender totalmente la independencia conceptual de nuestras tres operaciones: ¿Qué ocurre con el criterio de la responsabilidad (recurso o garantía) en el caso de las compras de cartera?

Teniendo en consideración que no existen elementos legislativos, teóricos ni prácticos que atribuyan a las compras de cartera la transmisión o no de responsabilidad, ni razones prácticas, corporativas o financieras que justifiquen que nosotros establezcamos alguna distinción, entendemos que esta modalidad de operaciones con activos financieros puede realizarse con o sin responsabilidad del cedente o, para ser más estrictos, con los textos académicos y la jerga bancaria, no existe impedimento para reconocer la existencia de compras de cartera con recurso o sin recurso.

²⁰ Obviaremos en este momento el hecho de las diferencias que puedan existir si la operación es sobre uno o algunos créditos específica y claramente diferenciados o si se trata de “una cartera” como conjunto o colectivo determinable de créditos.

Por lo expuesto, nada impedirá a “Comando” y “Finance” acordar una transferencia de cartera de créditos en la cual “Comando” se desvincule de la responsabilidad de cumplimiento de sus clientes o bien la mantenga.

3.3. Conclusión aclaratoria

Luego de recorrer precisiones terminológicas y conceptuales llegamos a construir la siguiente estructura respecto de las operaciones con activos financieros:

Operaciones

- (i) Descuento
- (ii) *Factoring*
- (iii) Compra de Cartera

Criterios

- (i) Tipo de activo financiero
 - Títulos valores
 - Créditos no representativos en títulos valores
- (ii) Responsabilidad/Garantía/Recurso
 - Con recurso
 - Sin recurso

Estructura

Descuento = Título valor + con recurso
Factoring = Título valor + sin recurso
Compra de cartera = (No) título valor + con o sin recurso

4. LOS LÍMITES DE LAS OPERACIONES CON ACTIVOS FINANCIEROS

Teniendo como premisa el hecho de que las instituciones que realizan intermediación financiera coloquen dinero que previamente ha sido entregado en la condición de “ahorro”, la regulación bancaria establece un conjunto de medidas de protección de dichos fondos para garantizar su disposición a favor de los clientes pasivos (ahorristas) de estas empresas.

En este contexto, la LGSF establece como criterio esencial de protección del ahorro la obligación de los intermediarios financieros de diversificar sus operaciones, imponiéndoles un conjunto de límites y prohibiciones²¹.

Para graficar la situación con un ejemplo extremo, una empresa bancaria no puede concentrar el otorgamiento de sus créditos en una empresa o conjunto de empresas vinculadas, pues la concentración de riesgo perjudicaría potencialmente los depósitos entregados en ahorro a dicho banco.

En consecuencia, los intermediarios financieros deben calcular el grado de exposición de sus clientes y las empresas vinculadas a ellos para no generar infracciones sancionables por exceder los límites impuestos en la LGSF²²

Para apreciar la importancia de los límites operacionales en el desarrollo de la actividad de las instituciones financieras, volvamos a nuestro ejemplo inicial:

Si “Comando” transfiere un conjunto de cuentas por cobrar a “Finance” (empresa que para este ejemplo consideraremos como un banco, aunque más adelante apreciaremos que no resulta exclusiva de los bancos la posibilidad de realizar operaciones con activos financieros), el tema de los límites puede enfrentarnos a dos escenarios distintos:

Situación A: Si “Comando” cede integral o absolutamente los créditos a “Finance”, sin otorgar ningún tipo de garantía en caso de incumplimiento de los deudores, “Finance” tendrá tantas relaciones crediticias en su partida de cuentas por cobrar como personas cedidas. Por lo tanto, el riesgo de “Finance” se atomizará en cada una de las referidas deudas, en consecuencia, los límites operacionales establecidos en la LGSF se medirán en la relación de “Finance” con cada deudor cedido y no con “Comando”.

Situación B: Si en el mismo supuesto entre las dos empresas, “Comando” se constituye en garante de sus clientes frente a “Finance”, el riesgo de la transacción se entenderá entre “Comando” y “Finance” y, por lo tanto, los límites operacionales se deberán entender entre estas dos empresas.

Aplicando la estructura de operaciones con activos financieros, la Situación A puede representar un caso de *factoring* o de compra de cartera sin recurso, mientras que la Situación B un descuento o compra de cartera con recurso.

²¹ Conforme lo dispone la LGSF el cálculo de los límites tiene como parámetro de medición el denominado “patrimonio efectivo” de la institución financiera.

²² A manera de referencia, el artículo 206 de la LGSF establece que “Las empresas del sistema financiero no pueden conceder a favor o por cuenta de una misma persona, natural o jurídica, directa o indirectamente, créditos inversiones o contingentes que excedan el equivalente al diez (10%) de su patrimonio efectivo”

Tal vez recién se pueda comprender cabalmente la importancia de las distinciones terminológicas y conceptuales desarrolladas líneas arriba, pues el tema de los límites operacionales puede significar el punto clave para medir el éxito y la expansión de este tipo de transacciones.

Queda claro que en el caso de un *factoring* o compra de cartera sin recurso los límites permiten realizar operaciones más significativas, pues la atomización del riesgo es muy clara; en cambio, en el descuento y la compra de cartera con recurso el campo de acción de los agentes financieros es más limitado por la concentración de riesgo y la consiguiente restricción de límites.

5. ¿CÓMO JUEGA LA COBRANZA?

Hasta ahora hemos conjugado, en nuestra búsqueda de un entendimiento integral de las operaciones con activos financieros, dos criterios básicos: (i) la existencia o no de títulos valores; y (ii) el traslado o no de responsabilidad del cedente de los créditos. Nuestro resultado ha sido una definición diferenciada de las tres operaciones y, la consecuencia inmediata, la aplicación de los límites operacionales. Sin embargo, puede darse el caso de que las partes acuerden, en cualesquiera de las tres operaciones que nos ocupan, que la cobranza se mantenga en la empresa que transfiere los activos financieros o se traslade a la empresa que los adquiere.

El tema consiste en comprender si la ubicación de la cobranza (en "Comando", en "Finance" o en un tercero) es un hecho financiero relevante y, en consecuencia, jurídicamente considerable para la estructura de este tipo de operaciones.

A nuestro entender, la cobranza es un aspecto operativo y accesorio que no debe modificar las consideraciones expuestas en los puntos anteriores, toda vez que constituye la realización de actividades que no generan riesgo financiero alguno. Si "Comando" transfiere plenamente sus cuentas por cobrar a "Finance" y, en consecuencia, "Finance" asume exclusivamente el riesgo de incumplimiento de los deudores cedidos, resultará indiferente que "Finance" faculte a "Comando", dada su experiencia y conocimiento de los clientes, a mantener la cobranza, pues si "Comando" no logra el objetivo, el riesgo siempre será de "Finance". En otras palabras la actuación de "Comando" como cobrador es me-

ramente operativa, es un compromiso de medios y no de resultados, de tal forma que hubiera podido corresponder en cualquiera, en "Comando", "Finance" o un tercero.

Lamentablemente, a la fecha de entrega del presente artículo, se encuentra vigente la Circular 1974-95 emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros, que establece que en caso exista un encargo de cobranza en una operación con cartera, se entenderá que los efectos corresponden al de un descuento. Dicho en buen romance, la norma supone que el encargo de cobranza establece un riesgo financiero entre el cobrador (cedente) y el adquirente del activo financiero, aún en el caso de que no exista garantía alguna por la transferencia.

Estamos convencidos de que una norma reglamentaria integral respecto de las operaciones con activos financieros, que debe emitir en el futuro la Superintendencia de Banca y Seguros, corregirá el error conceptual de la Circular mencionada.

6. ¿QUÉ RELACIÓN EXISTE ENTRE FACTORING Y FACTURAS? ALGUNOS APUNTES TRIBUTARIOS.

El primer referente mental que puede provocar la palabra "*factoring*" es su vinculación con la factura y que, por lo tanto, éste es el documento natural de transferencia en una operación de este tipo.

Sin embargo, más allá de coincidencias lingüísticas, creemos que el *factoring* y las operaciones con activos financieros en general, tienen muy poca relación con las facturas.

Una factura, es un comprobante de pago que debe cumplir una serie de requisitos estrictamente formales para dejar constancia contable y tributaria del pago de ventas o prestaciones de servicios. La factura no guarda relación directa con el crédito que genera la operación comercial que justifica su emisión. Tampoco es un título valor capaz de ser transferido y mucho menos un documento que incorpore un derecho de pago de tiempo²³. Por lo tanto, la factura no es ni representa un activo financiero.

Sin embargo, una vez más, lamentablemente, debemos constatar un error legislativo relacionado con nuestro tema, que prueba la tremenda confusión, o

²³ En virtud a lo dispuesto por el Código Tributario y el Reglamento de Comprobantes de Pago vigentes, la factura debe mantenerse en conservación del contribuyente como constancia de operaciones generadoras de obligaciones tributarias.

poca comprensión, de las operaciones con activos financieros.

Cuando los agentes económicos planean ejecutar una nueva operación corporativa o financiera, las decisiones empresariales pasan por un elemental criterio de enfrentamiento entre beneficios versus costos, de cuyo resultado dependerá la eficacia de su implementación. En este contexto, el costo tributario de una transacción debe ser el menor posible para lograr el atractivo financiero final. En otras palabras, el más acabado y sofisticado esquema contractual y mercantil de una operación con activos financieros, resultará inútil si los costos por pagos de tributos encarecen la operación, en tal medida que resulte más beneficioso recurrir al tradicional préstamo bancario.

A la fecha, la única referencia tributaria vigente respecto de las operaciones con activos financieros la encontramos en la Quinta Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley del Impuesto General a las Ventas²⁴, que establece literalmente que “las operaciones de *factoring* tienen el carácter de prestación de servicios financieros a cambio de los cuales el factor recibe una comisión y la transferencia en propiedad de facturas...”. Cuáles son las ideas que se desprenden de esta norma:

(i) La norma sólo regula las operaciones de *factoring*, lo que puede llevar a una de dos hipótesis:

- a. El legislador tributario identificó *factoring* como género de todas las operaciones con activos financieros, obviando las diferencias de la LGSF; o,
- b. El legislador tributario sólo tuvo la intención de regular al *factoring* y no creyó pertinente normar los efectos tributarios del descuento y las compras de cartera.

(i) La norma define a la operación de *factoring* como “una prestación de servicios”, en la medida que quiere considerarla como un hecho imponible del Impuesto General a las Ventas. En efecto, el IGV grava la transferencia de bienes tangibles y la prestación de servicios; por lo tanto, en la medida que las cuentas por cobrar y los demás activos financieros son intangibles, si se considerara que una operación de este tipo constituye “venta”, se escaparía de los alcances del tributo, por lo tanto, la norma la califica

como “servicio” para poder considerarla como hecho gravable.

(ii) Sin embargo, la disposición tributaria que comentamos incurre en el error de configurar la existencia de un *factoring* cuando se produce la “transferencia en propiedad de facturas”, lo cual nos resulta incomprensible, pues como hemos adelantado, las facturas no se transfieren en propiedad²⁵.

En conclusión, lejos de lo que podría suponerse, la escasa regulación tributaria actualmente vigente no tiene ningún efecto, incluso podríamos afirmar que bien podría no existir.

7. ¿QUIÉNES PUEDEN HACER OPERACIONES CON ACTIVOS FINANCIEROS?

En nuestro repetidas veces mencionado ejemplo, “Comando” es una empresa con activos financieros y con necesidad de liquidez y “Finance” es una empresa que utiliza su exceso de liquidez para adquirir los activos financieros de “Comando”.

Si nos preguntamos respecto a la condición legal de “Finance”, podremos advertir una de dos posibilidades: (i) es una empresa autorizada especialmente para realizar operaciones con activos financieros por parte de alguna institución u organismo estatal, el mismo que supervisa su actuación, imponiéndole una serie de límites, formalidades, restricciones y prohibiciones; o (ii) es una empresa libremente constituida que no tiene más control que el que pudiera corresponderle a cualquier sociedad mercantil en el mercado.

Debemos partir de una premisa conceptual: la finalidad de la existencia de instituciones estatales que autoricen y supervisen las operaciones financieras es la necesidad de proteger el ahorro del público, pues dado el mecanismo de intermediación financiera, las operaciones que realizan las empresas financieras utilizan, precisamente, los fondos de sus captaciones de ahorro para colocarlos.

Con la lógica expuesta podríamos concluir que, en tanto las empresas que estiman conveniente realizar operaciones de adquisición de activos financieros no recurren a fondos del ahorro del público para financiar sus operaciones, no deberíamos entender

²⁴ Decreto Legislativo 821

²⁵ Una interpretación benévola que podemos realizar es que cuando la norma se refiere a “factura” se debe entender a “factura conformada”, que como hemos apreciado antes es un título valor que sí puede ser objeto de operaciones de cartera. Sin embargo, sospechamos que el legislador tributario no llegó a un nivel tan avanzado de sofisticación de este tipo de operaciones y si hubiera querido hacerlo hubiera expresado claramente su posición consignando “factura conformada” en lugar de “factura”.

justificado que algún órgano estatal tenga que autorizar y supervisar a este tipo de empresas.

Veamos qué ocurre en el Perú. Conforme al régimen legal vigente, en el país las operaciones con activos financieros pueden ser realizadas por: (i) directamente por una empresa bancaria, una empresa financiera o cualquier otra empresa de operaciones múltiples que por el esquema modular acceda a la posibilidad de realizar este tipo de transacciones; (ii) una subsidiaria²⁶ de una empresa de operaciones múltiples; y (iii) una empresa especializada en *factoring*.

Estas tres posibilidades nos generan dos reflexiones:

La primera es que podemos comprender que en el caso de un banco (o cualquier empresa de operaciones múltiples) y en el de las subsidiarias, en razón de la actividad de intermediación financiera que implica la protección del ahorro, se entienda que las operaciones con activos financieros deban ser supervisadas por algún órgano estatal (en nuestro caso la Superintendencia de Banca y Seguros); sin embargo, no nos queda claro por qué se considera como parte del sistema financiero, con todas las regulaciones, formalidades, restricciones, límites, prohibiciones y, eventualmente, sanciones, que ello implica, a una empresa especializada cuyo objeto exclusivo es adquirir activos financieros. En otras palabras, si los fondos requeridos para la adquisición de los activos financieros provinieran del ahorro del público -que no es el caso, pues estas empresas especializadas se encuentran impedidas de captar ahorros- nos parecería racional la necesidad de supervisión bancaria. Sin embargo, es perfectamente posible que un grupo de inversionistas estime conveniente constituir una empresa para dedicarse a comprar activos financieros e invertir capital propio para tal fin, sin que tenga que intervenir el Estado, pues en este caso no hay nada ni nadie para proteger.

La segunda idea que queremos puntualizar tiene que ver, nuevamente (y lamentablemente), con el problema terminológico que hemos expuesto líneas arriba sobre esta clase de operaciones. Si la LGSF nos dice que se pueden constituir “empresas espe-

cializadas en compra de cartera”, y no existe ninguna referencia legal a “empresas especializadas en descuento” y “empresas especializadas en compra de cartera”, deberíamos concluir que los únicos sujetos que pueden realizar descuento y compra de cartera son los bancos (y cualquier otra empresa de operaciones múltiples) y las subsidiarias de éstos. Dicho en otros términos, y aplicando nuestras propias conclusiones expuestas, quienes constituyan una empresa especializada en *factoring* sólo podrán adquirir títulos valores en operaciones sin recurso, o para decirlo en negativo, no podrán realizar operaciones con activos financieros que no estén representados en títulos valores ni transacciones con recurso (garantía o responsabilidad).

Ahora bien, en nuestra opinión, resulta inexplicable la restricción anotada, la misma que es originada por una confusión terminológica y conceptual de las operaciones con activos financieros. Debería entenderse como natural, y la ley no debería constituirse en una traba para ello, crear una empresa que se dedique, en general, a brindar diversos servicios relacionados con operaciones cuyo objeto sean activos financieros: títulos valores, contratos y flujos predecibles en el tiempo, con o sin recurso, con o sin encargo de cobranza, con o sin contraprestaciones ejecutadas, con pago a plazos o al contado, etc.

8. TITULIZACIÓN DE ACTIVOS FINANCIEROS

Los procesos de titulización²⁷, constituyen otra modalidad de operaciones con activos financieros que de manera intencional hemos aislado de nuestro análisis pues (i) su estructura no sólo se limita a la transferencia de los activos, y porque (ii) articula la adquisición de los activos financieros con una colocación de títulos en el mercado de valores. En otras palabras, su riqueza y complejidad justifican la elaboración de un artículo independiente al presente.

Utilicemos, por última vez, nuestro tantas veces referido caso de “Comando” y “Finance” para obtener liquidez, pero “Finance” obtiene los recursos para pagarle a “Comando” como resultado de un proceso de colocación de títulos en el mercado de valores. En este caso, el respaldo y garantía para los

²⁶ La LGSF señala que las subsidiarias de las empresas del sistema financiero tienen las características siguientes: (i) La participación de la empresa en el capital accionario de la subsidiaria no puede ser inferior a las 3/5 partes del capital social; (ii) El conjunto de las inversiones en subsidiarias no puede ser mayor al 40% del patrimonio de la empresa; (iii) Excepcionalmente, a pesar de tratarse de una sociedad anónima, no es exigible la pluralidad de accionistas; (iv) Los directores y trabajadores de la matriz o empresa principal pueden serlo a su vez de la subsidiaria, y, (v) Se admite la celebración de contratos entre la principal y la subsidiaria que le permitan contar con la colaboración y soporte de la primera en las áreas administrativa, informática y otros campos afines.

²⁷ La palabra “titulización” resulta de la traducción del término en inglés “*securitization*”. En otros países de habla de “*securitización*” o “*bursatilización*”.

inversionistas que adquieren los títulos que coloca "Finance" son, precisamente, las cuentas por cobrar que "Comando" les transfirió. Es más, los recursos que utiliza "Finance" para pagarle a los inversionistas su capital y la rentabilidad de los títulos, proviene de la propia cobranza de las indicadas cuentas por cobrar²⁸.

En consecuencia, podemos concluir que en una operación de titulización encontramos la combinación de (i) una transferencia de activos financieros, a la cual se le podrán aplicar todos nuestros análisis sobre el descuento, el *factoring* y la compra de cartera, y (ii) una colocación de títulos en el mercado de valores para financiar la referida transferencia.

9. IDEAS FINALES

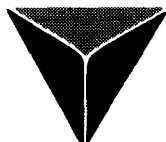
Lo que hemos pretendido provocar al escribir el presente artículo es muy simple: las operaciones con activos financieros, tan importantes en las planificaciones corporativas en nuestros tiempos, tienen diversas modalidades y matices, dependiendo de las características propias de los negocios, del mercado y de la negociación entre las partes.

Lamentablemente, la regulación contenida en la LGSF sobre este tipo de operaciones, y que se proyecta, incluso, en la escasa normatividad tributaria sobre la materia, es deficiente, pues incurre en incoherencias terminológicas y conceptuales y, en consecuencia, en limitaciones inexplicables y confusiones costosas.

La solución probablemente pase por la necesidad de modificar el texto de la LGSF para regular adecuada y orgánicamente todas las operaciones con activos financieros y/o esperar que la Superintendencia de Banca y Seguros, en ejecución de sus atribuciones, reglamente con flexibilidad y pragmatismo las indicadas transacciones para salvar las incoherencias y oscuridades.

El mensaje final es claro y simple: la regulación legal de las operaciones financieras no puede tener como fuente la elucubración teórica, la legislación comparada o las discusiones de laboratorio jurídico; se requiere entender las necesidades del mercado y procesar los intereses de los agentes económicos en normas claras, abiertas, predecibles, seguras y financieramente eficientes.

²⁸ Existen diversas modalidades y variantes de la titulización de activos. Ahora bien, en términos generales, "Finance" puede (i) adquirir directamente las cuentas por cobrar de "Comando" y formar un patrimonio autónomo, independiente jurídicamente de las demás cuentas de sus estados financieros; o (ii) se pueden transferir a una empresa cuyo único objeto es adquirir las cuentas por cobrar y emitir los títulos respaldados con los referidos activos financieros.



SAYBOLT

SAYBOLT PERU LTD.
BULK CARGO SURVEYORS

AV. LA ENCALADA 1615 OFIC. 305
SURCO
P.O. BOX 1507, LIMA 100 - PERÚ
(FRENTE A LA EMBAJADA DE U.S.A.)
TELF.: 437-2140 / 437-5278 FAX: 437-5255
(MÁS DE 200 OFICINAS PROPIAS EN EL MUNDO)

SERVICIOS DE INSPECCION
CARGAS Y DESCARGAS DE HIDROCARBUROS Y DERIVADOS
CARGAS Y DESCARGAS DE PRODUCTOS A GRANEL
ANALISIS DE LABORATORIO

J. ANTONIO VEGA ERAUSQUIN

ABOGADO - NOTARIO PÚBLICO

Av. Sáenz Peña 214
Callao
Correo Electrónico:
notavega@amauta.rcp.net.pe

Teléfonos : 465-3948/429-2114
469-0324/429-3490
Fax: 453-2266

¿CÓMO Y POR QUÉ HACER UNA OPERACIÓN DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS?

Jorge Lazo*
Abogado
Universidad de Lima

Fátima de Romaña**

La utilización de activos es un mecanismo alternativo de financiamiento que consiste en transformar activos ilíquidos o de lenta rotación en valores mobiliarios que son ubicados en el mercado de capitales, para así obtener dinero en efectivo y adelantar ganancias futuras. Como resultado de la experiencia exitosa de la titulación de activos en otros países, el legislador consideró oportuno regular los aspectos generales aplicables a los procesos de titulación de activos en el nuevo texto de la Ley de Mercado de Valores, dictándose además el Reglamento de los Procesos de Titulación de Activos (Resolución CONASEV 001-97-EF). El autor del presente artículo pretende precisar las características básicas de la operación de titulación de activos, así como identificar las ventajas que ofrece como alternativa tanto de financiamiento como de inversión dentro del mercado de capitales.

Durante los últimos años uno de los procesos de mayor auge que se viene dando en la economía mundial es el relativo a la "desintermediación financiera", que se origina como consecuencia de la evolución del mercado de valores, como una alternativa para obtener financiamiento o capitales de inversión al menor costo posible y en forma directa, reduciendo el costo que representa la intermediación bancaria.

El desarrollo del mercado de valores ha dado lugar a una sofisticación cada vez mayor de los instrumentos que se ofrecen a los inversionistas en general y más aún a los denominados inversionistas institucionales, quienes demandan mejores niveles de rentabilidad y de seguridad para su inversión. Como bien apunta el tratadista argentino Silvio Lisoprawski, "el gran atractivo que sufren las economías, reside en la diversificación de los instrumentos de inversión. Con ello se genera progresivamente un cambio en el rol tradicional de la banca local, en lo que al monopolio del financiamiento se refiere."¹

Simultáneamente al crecimiento del mercado de valores, las necesidades de financiamiento o de obtención de liquidez sin incrementar los pasivos de los agentes que intervienen en las distintas actividades de la economía se han incrementado o responden a nuevas situaciones, como son el crecimiento de las ventas a plazo o el auge del crédito de consumo.

* El autor es asociado del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados y fue el encargado de la primera operación de titulación bajo la actual Ley del Mercado de Valores (Fideicomiso de titulación de Ferreyros S.A.A. con intervención de Citicorp Perú Sociedad Tituladora).

** La coautora es asistente del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados.

¹ LISOPRAWSKI, Silvio. Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 13.

Dentro del contexto antes descrito, surgió con éxito en mercados más desarrollados el proceso de titulización de activos, que tiene distintas denominaciones en los países en los cuales es utilizado; así en los Estados Unidos, Japón y Europa por lo general se le conoce como "securitización", en México como "bursatilización", y en Colombia se le denomina "titularización".

En los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema encontró su principal soporte en los llamados mercados secundarios de títulos hipotecarios y, posteriormente, se amplió a la transformación directa de activos líquidos de las empresas en títulos de poco riesgo, sobre la base de títulos de crédito homogéneos, de montos predecibles y de corta duración.

Asimismo, resultó de indudable apoyo al sistema de titulización la constitución de los denominados "Government National Mortgage Association", que permitieron reducir el riesgo de la operación por el respaldo de los créditos y la garantía que en sí significaban.

Hacia finales de 1996, el mercado de títulos respaldados por activos (*asset backed securities*) supone casi el 70 por ciento de las emisiones de renta fija privada, representando un valor aproximado de 1.3 billones de dólares.

En España, el antecedente es la Ley 19 de 1992, que regula lo concerniente a los llamados "Fondos de Titularización Hipotecaria", que permiten estructurar en una misma operación de titulización, emisiones de valores de características distintas en cuanto al reparto de la rentabilidad y el riesgo, sobre la base de *ratings* de riesgos emitidos por una sociedad calificadora de riesgos.

Con relación a países como Francia e Inglaterra, su principal aplicación radica en los llamados "mercados secundarios de créditos hipotecarios".

Ante el éxito de la aplicación del sistema de titulización de activos en los mercados financieros norteamericano y europeo, el mercado latinoamericano comenzó a introducirse en el tema, siendo objeto de regulación en países como México, Colombia, Venezuela y Chile.

De los países mencionados, resulta conveniente precisar que Colombia ha regulado el sistema sobre la base del contrato de fideicomiso (o fiducia) y la constitución de **patrimonios autónomos** que respaldan la emisión de los títulos y se encuentran fuera del alcance de la llamada "prenda general", que respalda las obligaciones contraídas en virtud del desarrollo de las actividades propias de la em-

presa, debiéndose destacar que la modalidad aplicada es la de *Pass Through*.

Finalmente, en el caso chileno la titulización de activos ha sido desarrollada mediante las llamadas sociedades de quiebra remota.

Como resultado de la experiencia exitosa de la titulización de activos en otros países, con ocasión del cambio de la Ley del Mercado de Valores el legislador consideró oportuno regular los aspectos generales aplicables a los procesos de titulización de activos en el nuevo texto de la Ley del Mercado de Valores -Decreto Legislativo 861- y se dictó adicionalmente el Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos (aprobado mediante Resolución Conasev 001-97-EF).

Desde esta perspectiva, y dado que la titulización de activos puede convertirse en un instrumento atractivo para los distintos agentes que intervienen en nuestra economía local, consideramos oportuno precisar, a través del presente artículo, las características básicas de la operación, e identificar las ventajas que ofrece como alternativa tanto de financiamiento como de inversión dentro del mercado de capitales.

I. ASPECTOS GENERALES

Desde una perspectiva financiera, algunos definen a la titulización de activos como la unificación y empaquetamiento de préstamos para su transformación en valores mobiliarios. Otros, por su parte, señalan que la titulización de activos es el mecanismo que tiene por objeto acelerar el ciclo del flujo de distintos negocios, utilizando como base diversos activos agrupados, y creando con ellos estructuras convenientemente aisladas para que aseguren un grado suficiente de garantías a las fuentes de financiamiento, que se alcanzarán mediante la colocación de títulos valores o participaciones en el flujo de fondos producidos por esos activos subyacentes.

Desde una perspectiva jurídica, en la doctrina española se define a la titulización de activos como "el proceso en virtud del cual un sujeto (acreedor originario) que ostenta una posición jurídica acreedora (actual o potencial) respecto de otro u otros sujetos (deudores) que deben hacer frente al pago de su deuda en uno o varios momentos futuros, cede (cedente) aquel derecho de crédito de manera onerosa mediante una compraventa a otro sujeto, con personalidad jurídica o sin ella, pero dotado, en todo caso, de autonomía patrimonial (cesionario), quien integra aquel crédito en su patrimonio y emite valores negociables con la garantía del derecho o derechos de crédito cedidos, valores que serán

adquiridos por inversores, preferentemente institucionales.”²

En términos generales, podemos decir que la titulización de activos es el proceso que permite convertir los flujos de fondos originados por activos ilíquidos o de lenta rotación, previamente estructurados o empaquetados, en valores mobiliarios negociables, para su colocación a terceros inversionistas mediante oferta pública o privada con la garantía que ofrecen los activos subyacentes y su flujo de fondos asociado.

II. ESTRUCTURA BÁSICA

El proceso de titulización de activos se inicia, en términos abstractos, cuando una empresa denominada **entidad originadora** transfiere todo o parte de sus activos ilíquidos a un tercero, a efectos de reemplazarlos por activos de mejor rotación, con la finalidad de obtener un mayor nivel de liquidez como consecuencia de un mejor flujo de fondos.

De esta forma la empresa que transfiere dichos activos obtiene recursos de disponibilidad inmediata que podrá utilizar en el desarrollo de proyectos de inversión, como parte de su capital de trabajo, o para mejorar su imagen financiera y su capacidad de pago.

Dentro del esquema de la operación, el tercero que adquiere los activos, denominado **entidad emisora**, procede a la emisión de los valores mobiliarios respaldados con el flujo de los fondos derivados de los derechos incorporados en dichos activos, para colocarlos a terceros inversionistas.

Adicionalmente, puede intervenir una sociedad encargada de la administración y/o cobranza del flujo generado por las cuentas por cobrar, a quien se denomina **sociedad administradora**.

III. MODALIDADES DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

En la práctica, la titulización de activos se realiza bajo una serie de modalidades, entre las que destacan: (i) el denominado *Pass Through*, (ii) los *Asset Back Bonds*, y (iii) el mecanismo de *Pay Through*.

Resulta necesario precisar que, como consecuencia del rápido desarrollo de las técnicas financieras y las necesidades y requerimientos propios de los agen-

tes que intervienen en el proceso de titulización, cada una de ellas tiene a su vez variaciones que ocasionan operaciones de titulización con características particulares.

A efectos de tener una mejor comprensión del proceso de titulización de activos, pasamos a exponer las principales características de cada una de las modalidades antes indicadas.

Modalidad de *Pass Through*

La modalidad de *Pass Through* implica la transferencia efectiva de los activos materia de titulización (debido a que los bienes salen del balance de la entidad originadora) en favor de la entidad emisora, la que a su vez los incorpora en un patrimonio autónomo, contra el cual ésta emite los títulos que serán adquiridos posteriormente por los inversionistas.

Toda vez que se requiere la constitución de un patrimonio autónomo, el vehículo de transferencia bajo esta modalidad será el contrato de fideicomiso, entendido como aquel contrato por el cual una persona natural o jurídica (denominada fideicomitente) transfiere o afecta ciertos bienes de su propiedad en favor de un tercero (denominado fiduciario) con la finalidad específica de cumplir con un encargo determinado (en el caso de la titulización, el encargo será la emisión de los valores mobiliarios para su colocación a terceros).

Resulta importante señalar que, con la creación del patrimonio autónomo, se logran dos objetivos importantes:

- a. Asignar un número determinado de activos (identificados) al pago del principal e intereses de los valores emitidos.
- b. Que los bienes transferidos no se incorporen al patrimonio de la empresa adquirente, sino que adquieran una personería jurídica propia cuya titularidad es ejercida por el adquirente.

De esta forma, los bienes sólo responderán por las obligaciones emitidas con el respaldo de éstas, y no por las derivadas de las actividades propias de la empresa o sociedad que las adquiere.

En consecuencia, los títulos negociados gozan de un mayor respaldo para los inversionistas.

² TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pág. 279.

Modalidad de emisión de *Asset Back Bonds*

Esta modalidad tiene como característica principal la emisión de bonos o cualquier otro título de deuda por parte de la propia entidad originadora con el respaldo de determinados bienes que integran su activo.

Los fondos de los activos que respaldan la emisión de los títulos de deuda, no son dedicados específicamente al pago de los intereses y la amortización del principal de los mismos, sino que provienen de los ingresos generales de la propia entidad originadora, razón por la cual se requiere bajo esta modalidad garantías adicionales a los propios activos.

Bajo esta modalidad los activos no se transfieren ni se transforman, sino que son utilizados para respaldar una emisión de pasivos, de forma tal que no salen del balance de la originadora, como ocurre bajo la modalidad de *Pass Through*.

Modalidad de *Pay Through*

Mediante la modalidad de *Pay Through*, sí se produce una transferencia de los activos de la entidad originadora, pero los títulos emitidos respaldados por el flujo de fondos materia de la operación, figuran como deuda en el balance de la entidad originadora.

Uno de los mecanismos que se utilizan como consecuencia de la modalidad de *Pay Through* son las llamadas sociedades de propósitos especiales. Estas sociedades se constituyen como sociedades anónimas cuyo único objeto social resulta ser la compra de activos con la finalidad de realizar una emisión de títulos respaldados con los mismos, a efectos de colocarlos mediante oferta pública o privada a terceros inversionistas.

La propia entidad originadora podría constituir una sociedad anónima, como único accionista, en favor de la cual realizará la transferencia de los activos. De esta forma la llamada entidad originadora reemplaza sus activos de lenta rotación por acciones de la sociedad de propósitos especiales.

Por su parte, el balance de la sociedad de propósitos especiales no tendrá más activos que los que le fueron transferidos por la entidad originadora y como pasivos las cuentas por pagar en favor de los terceros inversionistas que adquieran los títulos emitidos como parte del proceso de titulización.

IV. ACTIVOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE TITULIZACIÓN

En la actualidad, los principales activos objeto de titularización son las carteras de crédito o de cuen-

tas por cobrar, flujos predecibles de caja de las empresas, proyectos de desarrollo inmobiliario, bienes de exportación y créditos hipotecarios.

Como se puede observar de su definición general, la titulización de activos constituye una alternativa importante para el manejo financiero de los agentes económicos, e incorpora en el mercado un nuevo instrumento de inversión atractivo tanto para inversionistas institucionales como para inversionistas en general.

Resulta importante anotar que, desde un punto de vista financiero, la titulización de activos se debe realizar sobre la base de activos que cumplan con los siguientes requisitos básicos:

- a. Deberán ser capaces de generar un flujo de fondos matemática y estadísticamente predecible que permita tener un esquema o programa de pagos de los valores emitidos;

En este sentido, se requiere de cierta regularidad de los flujos derivados de los activos materia de titulización. Por tal motivo, normalmente escapan a un proceso de titulización las cuentas por cobrar que tienen un carácter eventual y que no forman parte de las operaciones involucradas en el giro propio de la empresa.

- b. Que los créditos derivados de los activos cuenten con la mayor documentación posible, de forma tal que el tercero que los adquiera pueda cobrarlos sin ninguna limitación.

Asimismo, dicha información le permitirá a la entidad emisora calcular en forma exacta el interés fijo que va a reeditar el título emitido sobre el respaldo de los activos titulizados.

- c. Asimismo, será importante que los derechos o créditos que formen parte de los activos transferidos sean homogéneos, con un índice de siniestralidad apropiado, y con retornos superiores a los activos titulizados.

V. TÍTULOS QUE PUEDEN SER EMITIDOS COMO RESULTADO DE UNA TITULIZACIÓN

Con relación a los títulos que pueden ser emitidos en virtud de un proceso de titulización, se debe indicar que en la práctica internacional se emiten por lo general títulos con contenido crediticio, de participación o títulos mixtos.

La razón de esta variante de títulos radica en la posibilidad de los activos que pueden ser objeto del proceso de titulización.

Es así como títulos con contenido crediticio que constituyen instrumentos de inversión de renta fija, son apropiados para la titulización de activos tales como carteras de crédito; en cambio la titulización de proyectos inmobiliarios, por la impredecibilidad de las utilidades que confieren tales operaciones, requiere un título que exprese una alícuota sobre los resultados de la misma y no una renta fija.

Con relación a los títulos mixtos, los mismos tienen por finalidad reducir el riesgo de inversión sobre la base de activos de difícil predecibilidad.

VI. GARANTÍAS QUE RESPALDAN LA EMISIÓN DE LOS TÍTULOS OBJETO DE TITULIZACIÓN

Toda vez que la titulización de activos involucra una emisión de valores mobiliarios que serán colocados por oferta pública en el mercado de valores –para lo cual requieren necesariamente una clasificación de riesgos-, conviene al momento de estructurar una titulización contemplar los riesgos estructurales que puedan impedir que el flujo de los fondos llegue hasta los inversionistas o suscriptores de los títulos.

Por esta razón, en forma complementaria a la garantía que ofrecen los activos objeto de titulización, existen una serie de mecanismos orientados a otorgar garantías adicionales a la operación, tales como:

- El llamado *realce* o "*enhancement*", por el cual la entidad emisora o un tercero otorgan garantías adicionales a los activos titulizados, tanto reales (prenda o hipoteca), como por documentos de crédito tales como una carta de crédito, letras de cambio o pagarés.
- El llamado "*overcollateralization*" o "sobrecolateralización", que es el mecanismo por el cual se establece un margen entre el valor de los activos objeto de titulización y el valor de los títulos emitidos en razón de la misma. Este margen deberá ser proporcional al índice de siniestralidad o del riesgo derivado de la acreencia originada en los activos titulizados.
- El exceso de flujo de caja o *spread account*, que es el mecanismo por el cual se establece un margen diferencial o excedente entre el rendimiento generado por los activos titulizados y la tasa de interés que se le ofrezca al inversionista.
- Emisión subordinada: mediante la emisión de valores subordinados al pago de los valores principales se logra trasladar de alguna forma

los riesgos de incobrabilidad de las cuentas por cobrar, y se cubre un eventual déficit con el *spread* originado por la diferencia de tasas de las cuentas por cobrar y el que reeditarán los valores emitidos con el respaldo del patrimonio fideicometido.

VII. VENTAJAS QUE OFRECE LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

Como se puede apreciar de lo expuesto hasta este momento, la titulización de activos se ha convertido en un mecanismo financiero utilizado con éxito en una serie de países tanto de Europa como de América, hecho que obedece a los beneficios que en términos generales ofrece este mecanismo.

Entre las principales ventajas que ofrece la titulización de activos, tenemos las siguientes:

1. Permite a las empresas que cuentan con activos ilíquidos, mejorar sus índices financieros y la cotización de sus títulos representativos del capital social.
2. La posibilidad de obtener un índice previsible de interés por los créditos colocados a terceros, equiparándose con los que cobran las entidades del sistema financiero nacional en las operaciones de crédito.
3. Permite equiparar las tasas de interés, en especial en lo relativo al financiamiento bancario, toda vez que los bancos colocan capital a una tasa fija y obtienen financiamiento a una tasa de interés flotante.
4. Se obtiene un mayor nivel de liquidez, que derivará en una mayor capacidad de inversión y crecimiento de las empresas.
5. El menor costo que representa para las empresas obtener recursos financieros.
6. Un uso más eficiente del capital.
7. Un crecimiento adecuado de sus carteras.
8. Un mejor retorno para los inversionistas en relación al riesgo de su inversión.
9. Posibilita el "*spread*" o ganancia por diferencial entre la tasa de crédito.

Dentro de este esquema de beneficios, los bancos y financieras adquieren un instrumento que les permite lograr mejores niveles de liquidez, de forma tal

que pueden ampliar el desarrollo de sus operaciones básicas así como modificar la ecuación del patrimonio técnico a activos ponderados por su nivel de riesgo.

Asimismo, los bancos y financieras adquieren una participación activa en el desarrollo del producto financiero, puesto que están en la posibilidad de actuar como entidades emisoras sobre la base del fideicomiso bancario regulado en nuestra legislación.

Otro sector que puede obtener beneficios de la titulización de activos es el sector exportador, que se encontraría en la posibilidad de titular sus créditos por exportaciones, que generalmente son instrumentados mediante la emisión de los llamados *commercial papers*, ofreciendo a los exportadores la posibilidad de acceder a un financiamiento a un costo inferior al riesgo país, lo que tiene una especial relevancia para las empresas latinoamericanas; en general, por el historial regional en materia de control de cambios.

La posibilidad de titular flujos predecibles de caja, respaldados en relaciones contractuales de largo plazo, le otorga una alternativa de financiamiento y de liquidez a las distintas empresas de servicios, como las empresas de telecomunicaciones, las de transporte aéreo, entre otras; así como a las empresas orientadas al suministro de bienes sobre la base del derecho de pago que se origina en los contratos que respaldan la operación.

VII ASPECTOS RELATIVOS A LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS EN LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

De acuerdo a la Ley, podrán ser objeto de titulización todos aquellos recursos líquidos, toda clase de bienes y derechos y la esperanza incierta a la que hace referencia el artículo 1409 del Código Civil. De esta forma podrán ser objeto de titulización, entre otros, carteras de crédito o de cuentas por cobrar, flujos predecibles de caja, proyectos de desarrollo inmobiliario, bienes de exportación, y créditos hipotecarios. No obstante lo indicado, será necesario esperar el reglamento correspondiente a efectos de establecer claramente las características particulares que deberán tener los activos objeto de titulización.

Por otra parte, los mecanismos que nuestra legislación permite para desarrollar operaciones de

titulización son el de (i) *pass through*; y, (ii) el de *pay through*, en este último caso bajo la modalidad de constitución de sociedades de propósitos especiales.

1. Mecanismo de *Pass Through*.-

Esta operación, denominada por la Ley del Mercado de Valores como fideicomiso en titulización, involucra una operación de fideicomiso en la cual los activos se transfieren en favor de un fiduciario a efectos de que se integren a un patrimonio autónomo, que únicamente podrá ser utilizado con la finalidad específica de servir de respaldo de una emisión de valores mobiliarios³ para ser colocados en el mercado local o internacional por oferta pública o privada.

La transferencia de los activos deberá realizarse mediante endoso (en el caso de los títulos valores) o mediante cesión de derechos.

Asimismo, resulta conveniente señalar que podrán actuar como fiduciarios en esta operación las empresas debidamente autorizadas a operar como tales por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), a las que nuestra legislación denomina empresas titulizadoras.

Las empresas titulizadoras deberán constituirse como sociedades anónimas y obtener tanto una autorización de organización como una autorización de funcionamiento que deberán ser expedidas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). En el caso que la empresa titulizadora sea una subsidiaria de un banco múltiple o empresa financiera, corresponde a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) emitir la autorización de organización.

2. Mecanismo de *Pay Through*.-

Este mecanismo será desarrollado mediante la constitución de las denominadas sociedades de propósitos especiales.

De acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, las sociedades de propósitos especiales son aquellas sociedades anónimas cuyo único objeto social será la adquisición de determinados activos que serán utilizados como respaldo de una emisión de valores mobiliarios para ser colocados en el mercado local o internacional, por oferta pública o privada.

³ Los valores mobiliarios que resulten de un proceso de titulización de activos podrían ser tanto de renta fija, de renta variable, o de una combinación de ambas modalidades.

Se debe indicar que en el caso de que el total de las acciones de dicha sociedad sean de titularidad del originador, el vehículo es denominado de propiedad totalmente subsidiaria (*Wholly owned subsidiary*) y cada órgano colegiado deberá estar integrado cuando menos por una persona independiente a la sociedad originadora.

Asimismo, la sociedad de propósitos especiales no podrá solicitar su declaración de insolvencia sin

contar con el voto aprobatorio de la persona independiente no vinculada del órgano colegiado que corresponda.

En el caso de que los valores mobiliarios que resultan de un proceso de titulización fueran objeto de oferta pública en el mercado local, la nueva Ley del Mercado de Valores señala que obligatoriamente deberán ser sometidas a un proceso de clasificación de riesgo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE ABOGADOS

Mario Castillo Freyre
María Isabel Vásquez Villacorta

Avenida Arequipa 2327
Lince - Lima

Teléfono - Facsímil
422-6152

B.A.S.A.R.

Artículos de oficina
Nacionales e importados

AV. JOSE PARDO 672, OFICINA 301, MIRAFLORES
TELEFONO: 446-0205 FAX: 446-1062

ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO

NOTARIA

OSCAR LEYTON ZARATE

Lun. a Vie. : 9.00 am. a 1.00 pm.
2.00 pm. a 6.00 pm.
Sábado : 9.00 a 1.00 pm.

Av. Aramburú 810 - Surquillo
Teléfonos: 441-9350 - 441-4178 - 441-9276
Fax: 422-0193

EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y EL TRUST ANGLOSAJÓN: APUNTES PARA UNA INDAGACIÓN COMPARATIVA¹

Stefano Cavanna
Colaborador del
Instituto de Derecho Privado
de la Universidad de Génova

1. NOCIÓN Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso en sentido lato, según la definición del Código Civil italiano de 1865, abrogado por el nuevo Código Civil de 1942, consiste en cualquier disposición que obliga de cualquier modo al heredero o al legatario a conservar los bienes objeto de la disposición testamentaria para entregarlos, a la muerte del testador, a otra persona.

La institución, de origen feudal, respondía a la *ratio* de vincular a los herederos a una línea de transmisión predeterminada por el *de cuius* con la finalidad de mantener compacto el patrimonio en las subsiguientes generaciones².

El moderno Derecho italiano concede a este antiguo instituto un espacio verdaderamente restringido.

El actual ordenamiento, en efecto, persigue la finalidad de conciliar armónicamente dos principios fundamentalmente opuestos.

De un lado debe ser reconocida la relevancia determinante de la voluntad del *de cuius* de decidir el destino *post mortem* del propio patrimonio, aunque eventualmente éste quede fuera de la familia; y por otro lado, es necesario impedir que el ejercicio equivocado por parte del *de cuius* de su facultad de disposición *post mortem* prive a los familiares

Mucha controversia genera la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, institución que regula de manera restringida el moderno Derecho italiano, pues en la actualidad se disciplina fundamentalmente como sustitución fideicomisaria; es decir, como el nombramiento como heredero de un pariente interdicto (instituido) que gozará de los bienes en vida, debiendo a su muerte restituirse dicho patrimonio al ente que haya prestado efectivamente asistencia al incapaz. El doctor Stefano Cavanna describe y analiza las características de la sustitución fideicomisaria, poniendo de relieve sus puntos de contacto con la figura del trust anglosajón.

¹ La presente traducción fue realizada por Johan Otoyá Calle, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y Hugo Sifuentes Doménack, miembro de THEMIS – Revista de Derecho. Agradecemos la valiosa colaboración del doctor Juan Espinoza Espinoza al cedernos el presente artículo para su publicación y por colaborar con nosotros en la realización de la presente traducción.

² TRIMARCHI P. *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè. Milano. 1983, p. 885.

supérstites de cualquier expectativa tutelada en relación a los bienes que forman parte del ámbito familiar en sentido lato.

Para impedir que el primer interés prevalezca sobre el segundo, el legislador ha previsto la disciplina de la sucesión necesaria y, para evitar la elusión de las reglas de la *pars legitima*, ha sido establecida la prohibición de disponer *post mortem* del propio patrimonio fuera de las formas del testamento, con la consiguiente nulidad de todo lo pactado, lo acordado o lo contratado con eficacia después de la muerte de quien transfiere el bien, como deja entrever la reciente jurisprudencia sobre el tema del mandato *post mortem*³. En este marco se inserta la prohibición general del fideicomiso, al menos en la forma en la que ha estado tradicionalmente concebido⁴.

El Derecho Sucesorio no considera más al patrimonio de la familia como una entidad en sí misma, para mantenerlo íntegro a través de los siglos, sino que lo considera en función al mantenimiento de todas las

personas pertenecientes a la familia. En ese sentido, la reforma del Derecho de Familia de 1975⁵ ha modificado la naturaleza misma del fideicomiso, admitiéndolo sólo y exclusivamente si es justificado por la voluntad de garantizar los necesarios cuidados al interdicto instituido⁶.

En esencia, la sustitución fideicomisaria consiste hoy en el nombramiento como heredero de un pariente interdicto (instituido), el cual gozará de los bienes en vida. A su muerte el patrimonio será devuelto a la persona o al ente que haya prestado efectivamente asistencia al incapaz (sustituido).

La doctrina y la jurisprudencia identifican tres elementos constitutivos: la doble llamada (no conjunta o alternativa pero sí sucesiva), el orden sucesivo y la obligación del instituido de conservar para "restituir" los bienes luego de la muerte.⁷

Bajo este último aspecto el interdicto, aún teniendo el goce más completo y la libre administración del

³ Tribunal de Milán, 18.04.1974. En: *Giur. Comm.* 1975. II, p. 694, con nota de Carnevali. *Negozio fiduciario e mandato post mortem*.

⁴ IUDICA. *Fondazioni, fedecomesserie, trust e trasmissione della ricchezza familiare*. En: *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. 1994. II, p.77.

⁵ Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151.

⁶ En el artículo 692, último párrafo, del Código Civil italiano, se prevé que "En cualquier otro caso la sustitución es nula", lo que revela el carácter excepcional del fideicomiso, instituido tolerado sólo por la presencia de restringidas circunstancias juzgadas por el legislador como socialmente merecedoras de reconocimiento jurídico.

El texto completo del artículo 692 del Código Civil italiano señala: "*Sostituzione fedecommissaria*."

Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare o restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 interverrà la pronuncia d'interdizione.

Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.

La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal reggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. È anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato degli obblighi di assistenza.

In ogni altro caso la sostituzione è nulla.

("Sustitución fideicomisaria).

Cualquiera de los padres o de los otros descendientes en línea recta o el cónyuge del interdicto pueden instituir respectivamente al hijo, al descendiente, o al cónyuge con la obligación de conservar o restituir a su muerte los bienes que constituyen la legítima, en favor de la persona o de los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado al interdicto.

La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad, si se encuentra en las condiciones de habitual enfermedad demente, tales que hacen presumir que en el término indicado por el artículo 416 se producirá la declaración de interdicción.

En el caso de pluralidad de personas o entes a los que se refiere el primer párrafo, los bienes son atribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual los mismos han cuidado al interdicto.

La sustitución no tiene efectos en el caso en el cual la interdicción haya sido negada o el relativo procedimiento no se haya iniciado dentro de los dos años a partir de la obtención de la mayoría de edad del menor, enfermo demente de manera habitual. Tampoco tiene efecto en el caso de la revocación de la interdicción o respecto a las personas o a los entes que hayan violado las obligaciones de asistencia.

En cualquier otro caso la sustitución es nula).

⁷ PERLINGERI P. (*a cura di*). *Coilice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Zanichelli. 1991. II, p. 509.

En jurisprudencia de Casación del 15 de julio de 1985, n. 4137. En: *Riv. Not.*, donde se ha afirmado que "la atribución (a cargo del primer instituido de un *modus* consistente en erigir una fundación) y el previsto pasaje de la herencia (en la hipótesis en la cual la fundación no surja y sin que el incumplimiento del *modus* pueda dar lugar a la resolución de la disposición testamentaria) a otro instituido, pero sólo después de la muerte del primer instituido que en tanto se encuentra como usufructuario de los bienes hereditarios, se ubican plenamente en el esquema del doble orden sucesorio, típico de la sustitución fideicomisaria, vedada en los límites del artículo 692 Código Civil italiano, en cuanto las dos instituciones de heredero, a favor, respectivamente, del primer instituido y del sustituido, están destinadas a producir efectos

patrimonio, está sujeto a un vínculo de naturaleza real en lo que se refiere al poder de disposición de los bienes. Él no puede, en consecuencia, alienar algún bien, salvo que sea a través del excepcional procedimiento previsto en el artículo 694 del Código Civil italiano⁸.

Para definir los restantes derechos y obligaciones del instituido, el artículo 695 del Código Civil italiano remite a la disciplina del usufructo. En particular se considera que el interdicto debe usar la diligencia del buen padre de familia en el goce y la administración de los bienes⁹, aunque en doctrina haya incertidumbre acerca del grado de culpa apto para provocar la responsabilidad del sustituido.

En el caso que se verifique la violación de las obligaciones del instituido, se considera que el sustituido puede exigir al juez la sustitución del tutor e intentar una acción personal en contra del tutor, conforme a los principios de la responsabilidad por hecho ilícito.¹⁰

Otro aspecto interesante está referido a la legitimación procesal. Según el artículo 693 del Código Civil italiano, al tutor del instituido le corresponde la legitimación procesal activa y pasiva en todas las acciones relativas a los bienes objeto del fideicomiso, comprendida la reivindicación¹¹.

El artículo 695 del Código Civil Italiano está dedicado a los acreedores personales del instituido. Esta norma establece la imposibilidad de someter, por parte de sus acreedores personales, a ejecución forzada el derecho del instituido sobre los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria. Estos últimos podrían valerse solamente de los frutos de los bienes, nunca sobre el capital.

Los bienes de la sustitución fideicomisaria representan, entonces, un patrimonio separado¹², aunque sea parcialmente. En efecto, si es verdad que el capital es insensible a las pretensiones de los acreedores del instituido, en dirección opuesta esto no constituye un límite a las pretensiones de los acreedores hereditarios, los cuales, a diferencia del caso de herencia beneficiada, podrán satisfacerse sobre los otros bienes del instituido, salvo la posibilidad de este último de aceptar el fideicomiso con beneficio de inventario.

A la muerte del interdicto el sustituido, con la aceptación, se subroga al instituido en la titularidad de las situaciones jurídicas transmisibles que corresponden al testador¹³. El sustituido tendrá el derecho de solicitar la entrega de los bienes, de solicitar el equivalente en dinero de las cosas ilícitamente alienadas, y por otro lado, como habíamos visto, el resarcimiento por los daños causados por la mala gestión de parte del tutor¹⁴.

En particular, según la doctrina tradicional, del principio de la doble llamada se deriva que "las vocaciones hereditarias son inmediatas a favor del instituido y del sustituido, mientras que las delaciones son respectivamente inmediatas y sucesivas."¹⁵

Según parte de la doctrina¹⁶, el sustituido ostentaría la titularidad previamente a la muerte del interdicto, de los mismos derechos espectantes que corresponden al instituido a término final.

Otros autores consideran al sustituido heredero del interdicto, y no del testador¹⁷.

una sucesivamente a la otra, el sustituido es llamado indirectamente a la sucesión y entra, por voluntad del *de cuius*, no en lugar del primer instituido sino sucesivamente a éste", ver también Casación del 17 de mayo de 1984, n. 3049. En: *Mass.* 1984.

⁸ CASULLI V.R. y G.V. *Voz. Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*. En: *Novissimo Digesto*, apendice VII. Torino. 1987, p.470.

⁹ RICCA L. *Fedecommissario*. 129. NATOLI U. *L'amministrazione dei beni ereditari*. Milano. Giuffrè. 1947 - 1949. II, p.64.

¹⁰ BENEDETTI. En: *Commentario*. I, 2, p. 898.

¹¹ GIANNATASIO. *Delle successioni*. Torino. 1971, p.373.

¹² RICCA. *Op.cit.*, p.128.

¹³ PERLINGIERI. *Op.cit.*, p. 471.

¹⁴ CASULLI. *Op.cit.*, p. 471.

¹⁵ CICU A. *Il testamento*. Milano. 2 ed. Giuffrè. 1951, p. 220.

¹⁶ PIRAS S. *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*. Milano. Giuffrè. 1952, p. 47.

¹⁷ BRUNELLI G. y ZAPULLI C. *Il libro delle successioni e donazioni*. En: *Commento al nuovo Codice Civile italiano*. Milano. Sel. 1940 - 1943. II, p. 469.

Otros consideran al sustituido heredero del testador, pero no inmediatamente, sino sucesivamente a la muerte del instituido.¹⁸

2. NATURALEZA JURÍDICA

Mucha controversia genera, naturalmente, la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de este singular instituto, sobre todo después de la reforma del año 1975.

En general, el argumento se afronta por la doctrina que ubica como punto de referencia la posición jurídica del instituido y del sustituido.

Como habíamos visto, el primero de ellos está obligado a conservar y "restituir" a su muerte los bienes. Además, la doctrina dominante¹⁹ reconoce sobre las cosas objeto del fideicomiso un verdadero y propio vínculo de destinación de naturaleza real a favor del sustituido. Ello conseguiría, según parte de la doctrina²⁰, que el interdicto no podría válidamente disponer de los bienes: el acto realizado por el tutor del instituido, estando este último privado de un poder relativo, a falta de autorización, sería inválido por falta de legitimación, sin la posibilidad de un saneamiento sucesivo.

En otros términos, en el caso del fideicomiso, nos encontramos ante una especie de titularidad limitada *ex lege* sea en el contenido, estando presente el vínculo de destinación, sea en la duración, tratándose de una verdadera y propia titularidad temporalmente limitada a la vida del interdicto.

Sobre la base de estas observaciones, la doctrina dominante²¹ reputa al instituido como titular de una propiedad temporal, a la cual la ley misma pondría el término final para la primera institución, que es el término inicial para la segunda.

Una minoría establece²², en cambio, que rigiendo el principio "*semel heres semper heres*", la propiedad del

interdicto no sea estructuralmente temporal, sino superpuesta a condición eventual.

En fin, es de señalar la corriente doctrinal²³ que individualiza en el fideicomiso una hipótesis de titularidad fiduciaria caracterizada por la obligación de conservar y restituir las cosas. Pero es claro que, si se considera, según la doctrina tradicional, que la denominada "relación fiduciaria" haga surgir un mero vínculo obligatorio, no podríamos asimilar a ésta el fideicomiso que está, por el contrario, caracterizado por un vínculo de naturaleza real.²⁴

3. FIDEICOMISO Y TRUST.

Una vez examinadas las características sobresalientes de la sustitución fideicomisaria, se evidencian los puntos de contacto entre este instituto y el *trust*.

Seguramente el aspecto más relevante en esta materia está constituido, según la doctrina predominante, por la previsión *ex lege* de una especie de titularidad potencialmente ya limitada, en la duración y en el objeto, desde el momento de su surgimiento.

Nos referimos, naturalmente, a la prohibición impuesta por ley (*ex artículo 694 del Código Civil italiano*) al instituido de disponer libremente de los bienes a falta de específica autorización de la autoridad judicial.

Como hemos visto, la violación de esta norma imperativa genera la invalidez del acto, aunque hasta ahora es objeto de discusión si tal invalidez debe ser más propiamente calificada como anulabilidad²⁵ o como nulidad radical²⁶.

El vínculo de destinación resulta también de la tutela del patrimonio fideicomisario con respecto a los acreedores personales del interdicto, los cuales, como hemos referido, no pueden accionar sobre el capital.

¹⁸ CASULLI V.R. y G.V. *Op.cit.*, p. 471.

¹⁹ Cfr. TALAMANCA. *Successioni testamentari*. Bologna. ZANICHELLI. 1965, P. 379. CASULLI V.R. *Op.cit.*, p. 983.

²⁰ TALAMANCA M. *Op.cit.*, p. 379.

²¹ PIRAS S. *Op.cit.*, p. 37. BARBERO D., LISEZZE A., FLORIDIA G. *Il sistema del diritto privato italiano*. Torino. Utet. 1965, p. 1181.

²² NATOLI U. *Op.cit.*, p. 44.

²³ TALAMANCA M. *Op.cit.*, p. 297, con amplia bibliografía.

²⁴ RICCA L. *Fedecomessa*, p.120.

²⁵ DE ROSA A. *La tutela degli incapaci*. Milano. Giuffrè. 1973, p. 193, nota 224.

²⁶ GANGI C. *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*. Milano. Giuffrè. 1947 - 1948. II, p.314.

El fideicomiso está, por consiguiente, mucho más cerca del *trust* que del concepto tradicional de negocio fiduciario. En efecto, mientras tradicionalmente se establece que la fiducia (confianza) genera un mero vínculo obligatorio para el fiduciario, la ley tutela, en cambio, al sustituido estableciendo un vínculo de naturaleza real en la cabeza del instituido.

Tienen importantes elementos en común el fideicomiso y el *trust*, tanto que el instituto del *civil law* representa un caso único de propiedad "unitaria". En efecto, siguiendo a la doctrina dominante, el fideicomiso es una noción distinta a la del usufructo, no obstante la referencia a su disciplina en cuanto le sea aplicable (artículo 693 del Código Civil italiano), por lo que parece evidente la circunstancia según la cual, a diferencia del usufructo, en la sustitución fideicomisaria la nuda propiedad y el goce de las cosas se reúnen en cabeza del mismo instituido, mientras el poder de libre disposición es excluido *ex lege*, sin que sea correlativamente atribuido a otro sujeto, salvo en la especial circunstancia en que es autorizado por la autoridad judicial.

Si es verdad que, en estos términos, *trust* y fideicomiso son asimilables bajo algunos aspectos relevantes, es necesario, sin embargo, establecer que diferencias sustanciales y estructurales se pueden distinguir entre estos dos institutos.

En primer lugar, sería útil establecer que el *trustee* no se puede considerar como un heredero o legatario en sentido técnico, porque, aunque ellos son titulares con amplios poderes de gestión y administración sobre el bien, generalmente no obtienen ninguna ventaja económica de su posición, de manera que cuando esto sucede, la compensación es percibida como un corresponsivo a la obra de administración realizada por él y no como consecuencia de un derecho personal sobre el disfrute del capital.

En segundo lugar, en el *trust* no existe necesariamente el "orden sucesivo de llamada", vale decir, que la sustitución se da entre *trustee* y *beneficiary*. En efecto, a menos que la figura del *beneficiary* no coincida con la del *remainderman*, el *trustee* no tiene la obligación de transferir el bien al beneficiario. El beneficiario, de hecho, hereda inmediatamente los derechos propios del *de cuius* y no en un segundo momento del *trustee*.

Podemos, entonces, afirmar en forma clara y precisa que en el *trust* no coexisten por lo menos dos de los requisitos constitutivos del fideicomiso. No existe el orden sucesivo, como habíamos visto, y no podemos hablar de la "doble llamada" sobre el mismo bien, porque en el *trust* sólo el beneficiario es quien hereda del *settlor*, mientras el *trustee* (que puede ser además una sociedad especializada en este género de operaciones) desarrolla un rol de simple administrador²⁷.

Desde otro punto de vista, es necesario considerar que el fideicomiso, sobre todo después de la reforma italiana del Derecho de Familia del año 1975, es un instituto estrictamente creado para proteger y dar asistencia al interdicto, considerando además que con la citada reforma, la regla general es la nulidad radical de la sustitución fideicomisaria, salvo la hipótesis excepcionalmente admitida en el Código Civil italiano.

Se trata, en esencia, de un instituto susceptible de limitadas aplicaciones, rígidamente predeterminado en todos los aspectos más relevantes de la disciplina positiva. Éste encuentra entonces el fundamento más que en la voluntad del testador, en las normas imperativas de la ley, faltando aquellas características de ductibilidad y elasticidad típicas del *trust* anglosajón.

Por otro lado, se debe tener presente además que para el funcionamiento completo del fideicomiso es necesariamente inderogable la circunstancia objetiva de la protección y asistencia del interdicto por parte del sustituido.

Ahora bien, el hecho de que la sustitución fideicomisaria dependa de un evento incierto y legal, hace que ésta reproduzca una característica que no es análoga a todos los *trustee*, sino a una particular especie de ellos, es decir los *settlements* que atribuyen al *trustee* un *life estate*.

Todavía, no obstante la postura verdaderamente limitada del fideicomiso respecto a las infinitas potencialidades aplicativas del *trust*, y no obstante las incongruencias ontológicas entre estos dos institutos, se necesita admitir que la sustitución fideicomisaria representa un fenómeno digno de atención.²⁸

²⁷ BERNARDI P. *Il trust nel diritto internazionale privato*. En: *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*. Università de Pavia. 1957, p. 100.

²⁸ En materia de comparación entre el *trust* y el ordenamiento italiano, en el ámbito de la conservación en el tiempo del patrimonio familiar, ver POGGIANI *Il trust e le fondazioni*. En: *Il trust: aspetti civilistici e fiscali. Atti del convegno tenutosi in Milano el 5-6 de julio 1994*. Edición Il sole 24 ore.

En la práctica podríamos considerar al fideicomiso como una parcial "apertura" del legislador italiano frente a una noción de propiedad que no es más, según la concesión derivada del *Code Napoleon*, necesariamente incondicionada e ilimitada, sino entendida funcionalmente desde su inicio.

Se debe señalar que la Corte de Casación, en el año 1984²⁹, confirmó la sentencia de mérito de segundo grado que ha admitido, no obstante las resistencias por parte de la doctrina, que la disposición fideicomisaria admitida en un Estado extranjero puede tener eficacia en Italia, en cuanto no contraríe a las normas de orden público, sino solamente a normas meramente "prohibitivas".

En particular la Corte, considerando que si bien todas las normas de orden público son imperativas,

pero no que las imperativas deban ser por fuerza de orden público, ha afirmado que el fideicomiso constituido según la normativa de un país extranjero, no está en contraposición con alguno de los "*fundamenta iuris*"; por el contrario, el hecho de que el legislador italiano lo haya previsto, aún con restringidos límites en el ámbito subjetivo y objetivo, permite al fenómeno crear ciudadanía, reconocimiento y eficacia en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano.

Sentencias de tal calidad constituyen, sin duda, una novedosa apertura en relación a un instituto como es el fideicomiso, generalmente considerado como supuesto de hecho sin aplicación y confinado a angostísimos espacios en el ámbito del ordenamiento italiano, pero que bajo ciertos aspectos es interesante y singular desde el punto de vista científico.

²⁹ Casación Civil del 15 de marzo de 1984, n. 2215. En: *Giur. It.* 1984, I, 1, p. 1368 con nota contraria de AZZARITI G. *Efficacia in Italia di sostituzione fedecommissaria disposta da cittadino di altro Stato ove en viene fatta ammissione*. App. Trento, 24 de abril de 1982. En: *Giur. di merito*, 1982, p. 352.

MERCADO ELÉCTRICO PERUANO: PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE OPERACIÓN Y SISTEMAS DE PRECIOS

Roberto Santivañez
Bachiller en Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

El mercado eléctrico peruano es un tema que ha recibido escasa atención por los estudiosos de nuestro Derecho, a pesar de su evidente importancia para diversos sectores de la economía nacional. Tal vez uno de los motivos principales para este desinterés sea la complejidad inherente a la materia, que incluso puede desalentar cualquier tentativa de análisis jurídico. Sin embargo, el autor del presente artículo se dedica precisamente a analizar los aspectos más relevantes de nuestro mercado eléctrico, tales como los sistemas eléctricos interconectados, sus actores y la operación económica de los mismos. Resulta especialmente importante el tratamiento brindado al sistema de precios en el mercado eléctrico peruano, sistema que opera sobre la base de un principio general en virtud del cual existe régimen de libertad de precios para los suministros u operaciones que pueden efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados para aquellos suministros que lo requieren por su naturaleza.

Con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley 25844, en adelante, junto con sus normas modificatorias, interpretativas y ampliatorias, referida como la “Ley”) y su reglamento (Decreto Supremo 09-93-EM, en adelante junto con sus normas modificatorias, interpretativas y ampliatorias, referida como el “Reglamento”), se produjo un cambio sustantivo en los principios y reglas para el desarrollo de operaciones y actividades en el sector eléctrico peruano. El sistema propuesto por la Ley se apartaba de forma radical de aquel desarrollado por la Ley General de Electricidad.

Dicho cambio se ubica dentro de un contexto global de reformulación de los marcos regulatorios para la actividad eléctrica que viene siendo implementado en diferentes naciones, con el propósito de establecer modelos que permitan la operación eficiente y competitiva de los sistemas o mercados eléctricos. El modelo implementado en el Perú tiene sus antecedentes más próximos en el modelo chileno, el cual a su vez sigue al modelo argentino, teniendo al modelo británico, implementado a principios de los años ochenta, como su antecedente remoto más representativo (por ello, en adelante, toda referencia al modelo peruano se entiende tributaria de sus antecesores, no pretendiéndose indicar que determinadas características o elementos sean propios o exclusivos de dicho modelo).

Con la finalidad de establecer condiciones para un mercado eficiente y competitivo el sistema peruano se basa, a grandes rasgos, en (i) la segmentación de las tres principales actividades (generación, transmisión y distribución) que se desarrollan en el mercado, (ii) la especialización de las empresas eléctricas en cada una de estas actividades, (iii) un régimen

de libertad de precios para los suministros que pueda efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados para aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran; (iv) la interconexión de los sistemas eléctricos y (v) la administración privada de la operación de los sistemas interconectados bajo principios de eficiencia (minimización de costos y garantía de calidad en el suministro de electricidad).

Para graficar la reestructuración de la actividad eléctrica, resultante de los cambios introducidos por la Ley, resulta útil tomar el caso de Electrolima. Bajo el sistema anterior de la Ley General de Electricidad, Electrolima desarrollaba operaciones de generación (producción de electricidad), transmisión (transporte de electricidad) y distribución (suministro a usuarios de servicio público) calificando en lo que se conoce como "empresa eléctrica integrada" (*integrated power utility*). Promulgada la Ley y dentro de los actos previos a su privatización, Electrolima fue reestructurada y rescindida en diferentes empresas sobre la base de sus unidades de negocio; la actividad de generación fue asignada a EDEGEL, la de distribución fue asignada a diferentes empresas siendo las más importantes EDELNOR (zona norte de Lima Metropolitana) y EDELSUR (hoy Luz del Sur, zona sur de Lima Metropolitana), mientras que la transmisión fue asignada a las nuevas empresas de distribución y generación, escindidas a partir de Electrolima, y a ETECEN (empresa creada a partir de las unidades de negocio de transmisión de ELECTROPERU) en un proceso paralelo.

La asignación de actividades de transmisión a empresas de distribución y generación no es contraria al principio de segmentación y especialización de las actividades eléctricas propuesto por la Ley: las empresas de distribución y generación pueden realizar actividades de transmisión en Sistemas Secundarios de Transmisión más no en el Sistema Principal de Transmisión según la definición y clasificación que será explicada más adelante.

I. LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS INTERCONECTADOS

Los sistemas eléctricos interconectados (en adelante "Sistemas Interconectados" o en singular como

"Sistema Interconectado") se constituyen en el medio por excelencia para la operación e interacción eficiente y competitiva de los diferentes actores involucrados en la actividad eléctrica, resultando ser el natural soporte material del mercado eléctrico¹.

Un Sistema Interconectado puede ser descrito como una gran red que integra empresas de generación, de transmisión, de distribución y clientes libres², mediante la cual se realiza el intercambio y transporte (sistemas de transmisión) de electricidad desde los puntos de producción o inyección (centrales de generación) hasta los puntos de consumo o retiro (sistemas de distribución y clientes libres). El cuerpo principal de dicha red esta compuesto por los sistemas de transmisión, los cuales comprenden líneas de transmisión y subestaciones que interconectan las centrales de generación (puntos de inyección de electricidad) con los sistemas de distribución y los clientes libres (puntos de retiro de electricidad).

Un sistema interconectado es comparable a una gran piscina con múltiples puntos de ingreso o inyección de agua y múltiples puntos de salida o retiro de agua. Siguiendo esta comparación, las empresas de generación inyectan agua al sistema, las empresas de distribución y los clientes libres retiran agua del sistema y las empresas de transmisión se encargan de transportar el agua de un punto a otro.

La descripción detallada de los componentes de los Sistemas Interconectados es la siguiente:

1. Centrales de Generación

Las centrales de generación son principalmente de dos clases, hidráulicas o térmicas. Es importante identificar la naturaleza diferente de ambas formas de generación eléctrica, puesto que ello fundamenta tratamientos regulatorios, operacionales y comerciales diversos, que serán desarrollados a lo largo del presente artículo. En nuestro país no se han desarrollado comercialmente otras formas de producción de electricidad tales como la generación geotérmica (calor y presión del subsuelo), eólica (fuerza del viento), o nuclear (fisión atómica), razón por la cual el presente trabajo se refiere únicamente a la generación hidroeléctrica y termoeléctrica.

¹ En el Perú existen dos Sistemas Interconectados, el Sistema Interconectado Centro Norte y el Sistema Interconectado Sur, los cuales se espera unificar para el año 2001 cuando entre en operación la línea de transmisión Mantaro - Socabaya recientemente licitada. Existen también sistemas aislados en zonas remotas del territorio peruano, en los cuales no se presentan condiciones de competencia y su poca trascendencia respecto del modelo peruano ha determinado que no sean incluidos en el presente artículo.

² Los clientes libres son aquellos cuya demanda máxima de consumo es superior a 1 MW (Megawatt o Megavatio) o su equivalente 1,000 KW (Kilowatts o kilovatios), por lo cual no son considerados clientes de servicio público de electricidad.

Las centrales hidroeléctricas son aquellas que desarrollan el aprovechamiento de aguas (caídas, embalses, etc.) para la producción de electricidad, por ejemplo la Central Hidroeléctrica de Mantaro. Las centrales termoeléctricas son aquellas que transforman la energía calorífica de los combustibles (diesel, residual, gas natural, carbón, etc.) en electricidad, por ejemplo la Central Termoeléctrica de Ventanilla.

Las centrales de generación están compuestas por una o más unidades de generación, por ejemplo, la Central Termoeléctrica de Ventanilla esta conformada por cuatro unidades (turbinas de ciclo combinado en este caso) de generación, las cuales pueden ser de diferentes tecnologías y dimensiones y son operadas de forma autónoma.

La unidad de medida de las dimensiones y capacidad de producción de una unidad de generación son Watts o Vatios³ (en adelante serán utilizados únicamente los Watts, debiendo tenerse en cuenta que ambas denominaciones se refieren a una misma unidad de medida).

La capacidad de generación máxima instantánea de una unidad de generación es denominada potencia. Responde a la pregunta de ¿cuál es la producción de una unidad generando al máximo de su capacidad en un instante?, es decir, el pico más alto de la curva de producción de la unidad. Respecto de la potencia debe tenerse en cuenta los siguientes conceptos:

- **Potencia Nominal:** Según las especificaciones de fabricación, es la potencia máxima que puede teóricamente alcanzar la unidad de generación. Por ejemplo una turbina fabricada para producir 100 MW.

- **Potencia Disponible (*availability*):** Normalmente inferior y nunca superior a la Potencia Nominal. Es la potencia máxima cuya generación, en la práctica, puede garantizar dicha unidad considerando su inhabilidad por mantenimientos de rutina y las circunstancias reales de su operación (condiciones atmosféricas, calidad de combustible, estado de mantenimiento de la unidad, etc.). Ejemplo, la turbina de 100 MW sólo puede garantizar la producción de 96 MW.

- **Potencia Firme:** Normalmente inferior y nunca superior a la Potencia Disponible. Es un concepto

más comercial que técnico, introducido por la Ley, que se refiere a la capacidad de generación cuya producción garantiza cada unidad al Sistema Interconectado y es el límite máximo a la potencia que puede ser comercializada. La Potencia Firme es asignada a cada unidad de generación sobre la base de un procedimiento de cálculo estadístico y de proyecciones de la demanda del Sistema Interconectado que será explicado más adelante. La suma de la Potencia Firme asignada a cada unidad debe coincidir con la demanda máxima del Sistema Interconectado, por lo cual, de existir mayor Potencia Disponible agregada en dicho sistema, a cada unidad le será asignada un volumen de Potencia Firme menor a su Potencia Disponible. En el ejemplo, la turbina de 100 MW, con Potencia Disponible de 96 MW, recibe en asignación Potencia Firme por 92 MW.

La producción de una unidad de generación durante cierto período de tiempo es expresada normalmente en KWh (kilowatt hora), la cual es a su vez la unidad de medida de energía producida. Responde a la pregunta de ¿cuál es la producción total de energía de una unidad durante un período determinado de tiempo?, es decir, todas las unidades de energía comprendidas debajo de la curva de producción de la unidad durante cierto tiempo. Para períodos más largos la producción de energía de una unidad es normalmente medida en unidades de KW/mes o GWh/año. Respecto de la energía existen conceptos similares a los indicados para la potencia, tales como Energía Disponible y Energía Firme.

Potencia y energía, garantía de producción y producción efectiva, respectivamente, son dos conceptos diferentes y básicos para la comprensión de las operaciones en el mercado eléctrico y para los propósitos del presente artículo.

2. Sistemas de Transmisión:

Como se adelantó, los sistemas de transmisión están compuestos principalmente por líneas de transmisión y subestaciones.

Las líneas de transmisión (torres y cables) transportan la electricidad entre los diferentes tramos del Sistema Interconectado, es decir, entre (i) una central de generación y una subestación, (ii) dos subestaciones diferentes, (iii) una subestación y un

³ Para facilitar las referencias a esta unidad de medida, tener en cuenta lo siguiente:

1kW (Kilowatt)	= 1,000 W (Watts)
1 MW (Megawatt)	= 1,000 KW
1 GW (Gigawatt)	= 1,000 MW

sistema de distribución, y (iv) una subestación y cliente libre. Las características principales de las líneas de transmisión son capacidad (medida en Watts al igual que la potencia de las unidades de generación) y tensión (medida en Voltios).

La capacidad de la línea se refiere a la potencia máxima (MW) que puede transportar, es decir, cuánta energía puede soportar que le sea inyectada en un instante. La tensión de la línea se refiere al voltaje que ha de tener la energía de ser transportada⁴.

Apoyándonos en el símil del agua, utilizado para graficar un Sistema Interconectado (gran piscina), la línea de transmisión sería una tubería, capacidad y tensión serían, respectivamente, la cantidad de agua que puede transportar y la presión de agua que puede soportar dicha tubería.

De otro lado, las subestaciones son instalaciones ubicadas a los extremos de las líneas de transmisión (grandes transformadores y patios de llaves) donde se concentra o divide energía (una línea de un lado y dos del otro) y/o donde se transforma la tensión de la misma (línea de alta tensión de un lado y de media tensión del otro)⁵.

En el ejemplo del agua, la subestación es una caja de llaves que permite concentrar o separar agua así como conectar tuberías de diferentes tamaños (volúmenes y presiones/capacidad y potencia).

Como se indicara en párrafos precedentes, los sistemas de transmisión se clasifican en dos grupos, Sistema Principal y Sistemas Secundarios.

- Sistema Principal de Transmisión (Sistema Principal): Califican como Sistema Principal las líneas y subestaciones que tienen múltiples usuarios, entendiendo como usuario a la empresa en beneficio de quien se efectúa el transporte y/o transformación.
- Sistemas Secundarios de Transmisión (Sistema Secundario) Califican como Sistemas Secundarios aquellos sistemas de transmisión cuyo usuario, excepcionalmente más de uno, es plenamente identificable, y comprenden los segmentos de la red comprendidos entre (i) las centrales de generación con el Sistema Principal, en este caso el usuario es el Gene-

rador, (ii) el Sistema Principal y los sistemas de distribución, el usuario es la empresa de distribución, y (iii) el Sistema Principal y clientes libres, el usuario es el cliente libre.

Para la calificación de un sistema de transmisión como principal o secundario no interesa la capacidad ni tensión de las líneas o subestaciones.

Sirviéndonos de la comparación con el agua, el Sistema Principal sería la parte central de la piscina con múltiples usuarios donde se ha mezclado el agua proveniente desde más de un punto de inyección, no pudiendo identificarse más al propietario original de la misma; los Sistemas Secundarios serían las tuberías o ductos por donde ingresa y es retirada el agua de la piscina.

Considerando las características de pluralidad o singularidad de usuarios, la distinción entre los segmentos de la red como pertenecientes al Sistema Principal o a Sistemas Secundarios hace posible que:

- Los costos de transmisión del Sistema Principal sean distribuidos entre todos los usuarios del sistema, mientras que aquellos correspondientes al Sistema Principal sean de cargo de su beneficiario.
- La titularidad y operación de las instalaciones del Sistema Principal corresponda a una empresa no usuaria. Es permitido que un Generador, empresa de distribución o cliente libre opere instalaciones pertenecientes a Sistemas Secundarios. La operación en Sistema Principal es exclusiva de las empresas de transmisión.

3. Sistema de Distribución

Los sistemas de distribución son similares a un Sistema Interconectado pero a diferente escala, comprenden una red de líneas de transmisión y subestaciones que permite transportar energía proveniente del Sistema Interconectado hasta los clientes o usuarios de servicio público de electricidad. Los sistemas de distribución califican siempre como Sistemas Secundarios, son operados por la empresa de distribución y se ubican dentro del área de la concesión de distribución otorgada a dicha empresa.

⁴ La tensión es un atributo de la energía eléctrica que refiere a la velocidad de movimiento de los electrones. La unidad de medida normalmente utilizada es el Kilovoltio, según el siguiente detalle: 1,000 V (Voltios) = 1 kV (Kilovoltio). Para graficar los niveles de tensión téngase en cuenta que una instalación doméstica es de 220 V (baja tensión), mientras que la tensión óptima para el transporte en los sistemas de transmisión es 220 kV (220,000 V o muy alta tensión).

⁵ Las funciones de las subestaciones son similares a aquellas de diferentes artículos que utilizamos diariamente tales como transformadores de 220 V a 110 V, adaptadores de corriente alterna a corriente directa AC/DC, estabilizadores de voltaje, conectores múltiples, etc.

Los usuarios de servicio público de electricidad son todos aquellos cuya demanda máxima es no mayor de 1 MW. Ellos gozan del derecho de exigir el suministro eléctrico, a precio regulado, de la empresa de distribución, siempre que desde el sistema de distribución se pueda tener acceso al punto de suministro o consumo de dicho usuario. Como contraparte, las empresas de distribución gozan del derecho monopólico respecto del suministro de los usuarios de servicio público dentro del área de su concesión.

4. Clientes Libres

Los clientes libres o no regulados (aquellos con una demanda máxima superior a 1 MW), pueden estar conectados tanto a una Sistema de Interconectado, como a un sistema de distribución o aislado (de manera aislada).

En esta parte del presente artículo basta con indicar que aquellos clientes libres con acceso directo al Sistema Interconectado son plantas industriales con demandas en volúmenes significativos que, en muchos casos, poseen centrales o empresas de generación propias (Centromin Perú, Shougang-Hierro Perú, Siderperú, etc.) y que, en tiempos previos al crecimiento de los Sistemas Interconectados, operaban como sistemas aislados. La interconexión de dichos clientes libres se da por dos razones principalmente (i) los beneficios tributarios (exoneración del ISC sobre combustibles, importante para generadores termoeléctricos) otorgados a favor de las empresas dedicadas exclusivamente a actividades eléctricas y que operan dentro de Sistemas Interconectados (por ejemplo, en el caso de Shougang-Hierro Perú explica la creación de Shougesa como empresa eléctrica subsidiaria), y (ii) los beneficios, a nivel de precios de energía, que se obtienen del sistema de transferencia de energía entre generadores por operación económica de los sistemas interconectados (mercado spot, al cual entraremos en detalle más adelante).

II. LOS ACTORES

Los actores o partes intervinientes en la operación de un Sistema Interconectado, así como aquellos que actúan en el mercado eléctrico peruano son:

1. Empresas de Generación Eléctrica (Generadores): Edegel, Etevasa, Egenor, Electroperú, EEP SA, Aguaytía Energy, ElectroAndes, Shougesa, Cahua, Egasa, Egesur, Egemsa, etc.

Son las empresas titulares y operadoras de las centrales de generación eléctrica.

Un Generador puede operar simultáneamente varias centrales, sean estas hidroeléctricas, termoeléctricas o de ambas clases. Para la operación de cada central se requerirá del otorgamiento, por el Ministerio de Energía y Minas (MEM), de una Concesión de Generación o de una Autorización, según corresponda.

Las centrales hidroeléctricas requieren de una Concesión de Generación Hidroeléctrica cuando la potencia o capacidad de generación instalada de la central supere a los 10 MW⁶. Cuando dicha potencia sea de 10 MW o inferior bastará una Autorización de Generación Hidroeléctrica.

Las centrales Termoeléctricas requieren de una Autorización de Generación Termoeléctrica cuando la potencia o capacidad de generación instalada de la central supere los 0.5 MW (500 kilowatts). Cuando dicha potencia sea de 0.5 MW o inferior bastará un permiso especial otorgado por el MEM.

2. Empresas de Transmisión (Empresas de Transmisión): Etecen y Etesur.

Estas empresas son las titulares y operadoras de las instalaciones de los sistemas de transmisión eléctrica (línea de transmisión y subestaciones).

Para la operación de sistemas de transmisión tanto en Sistema Principal como Sistema Secundario se requiere de una Concesión de Transmisión Eléctrica otorgada por el MEM.

3. Empresas de Distribución Eléctrica (Empresas de Distribución): Edelnor, Luz del Sur, Seal, Hidrandina, Electronorte, Electro Noroeste, Electro Centro, etc.

Estas empresas son las titulares de las Concesiones de Distribución de Servicio Público de Electricidad otorgadas por el MEM. Estas concesiones otorgan a su titular el derecho exclusivo y excluyente para suministrar, a precios regulados, electricidad a los usuarios del servicio público de electricidad dentro de la zona de su área de concesión. Adicionalmente podrá suministrar a clientes libres (no regulados) dentro de su área de concesión.

4. Clientes Libres: Como se ha señalado, califica como cliente libre todo consumidor que tenga una

⁶ El derecho al aprovechamiento del agua (recurso natural renovable) es otorgado a particulares mediante concesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú.

demanda máxima de potencia superior a 1 MW (1,000 kilowatts). Estos clientes podrán contratar libremente al suministro de su demanda de electricidad con Generadores o Distribuidores o, alternativamente, instalar sus propias unidades de generación. Los Clientes Libres pueden estar conectados al Sistema Interconectado o a un sistema de distribución.

En caso el Cliente Libre optase por su autogeneración, deberá contar con las Concesiones (Generación o Transmisión) o Autorizaciones o permisos especiales de generación otorgados por el MEM que resultasen necesarios.

5. Empresas Independientes de Operación y Mantenimiento: No existentes en nuestro medio. Estas son empresas que, bajo contrato con los titulares de la actividad eléctrica (Generadores, Empresas de Transmisión o de Distribución, Cliente Libre), prestan servicios focalizados y especializados de operación y/o mantenimiento de centrales de generación, sistemas de transmisión y sistemas de distribución.

6. Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado (COES): El COES, organismo integrado por los principales Generadores y los titulares del Sistema Principal de transmisión, es responsable de la administración y operación técnica y comercial del Sistema Interconectado, siendo su obligación principal garantizar, al más bajo costo, la calidad y continuidad en el suministro de la demanda del Sistema Interconectado (demanda agregada de Distribuidores y Clientes Libres interconectados).

Haciendo nuevo uso del símil de la piscina, COES sería el encargado de coordinar, al mínimo costo, la inyección de agua de manera tal que la piscina mantenga un volumen y una presión de agua constantes.

7. Ministerio de Energía y Minas (MEM): El MEM, a través de la Dirección General de Electricidad (DGE), evalúa y otorga las Concesiones y Autorizaciones, así como los permisos especiales, necesarios para realizar actividades dentro de los Sistemas Interconectados. Asimismo, goza de facultades reglamentarias, dentro del marco de la Ley, respecto de las operaciones que realizan los diferentes actores del sistema. Las facultades de supervisión, fiscalización y sanción han sido recientemente transferidas al OSINERG.

8. Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE): Organismo gubernamental descentralizado que tiene como función determinar y fijar los Precios de Potencia,

Energía, Valores Nuevos de Reemplazo (de sistemas de transmisión y distribución), Costos de Transmisión y el Valor Agregado de Distribución trasladables a los Clientes Regulados. Los procedimientos utilizados para la determinación de dichos precios y costos serán desarrollados más adelante.

Adicionalmente, la CTE goza de facultades dirimientes de conflictos entre empresas eléctricas respecto de la determinación de precios y valores no determinados por las partes.

9. Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERG): Organismo de reciente creación (Ley 26734), sus funciones, entre otras no relevantes para los fines del presente artículo, son las de fiscalizar el cumplimiento de todas las disposiciones que componen el marco regulatorio legal, técnico y comercial de las actividades eléctricas.

Asimismo, OSINERG tiene las facultades de sancionar e imponer multas a cualquiera de los actores del mercado eléctrico por el incumplimiento de las disposiciones referidas en el párrafo anterior. Adicionalmente, goza de facultades para resolver en última instancia administrativa toda disputa, entre diferentes actores, relativa a compensaciones y penalidades por incumplimiento de las normas técnicas de calidad para la actividad eléctrica.

III. BIENES Y SERVICIOS

Los principales bienes y servicios que son objeto de operaciones comerciales en el mercado eléctrico son los siguientes:

1. Potencia: La potencia es la garantía de suministro de energía que otorga el proveedor al consumidor. Cuando se contrata potencia, el proveedor reserva una parte de su capacidad para el consumidor.

Por ejemplo, un Generador contrata con un Cliente Libre; la demanda del Cliente Libre (por las características de su proceso industrial) no es constante a lo largo del día o mes llegando, en los momentos de mayor consumo (con la industria trabajando a tope), hasta 25 MW. Por ello las partes contratan 25 MW de potencia, lo que significa que el Generador garantiza al Cliente Libre que habrá hasta 25 MW a su disposición para cuando los necesite. Asimismo, el Generador internamente reserva 25 MW de su potencia que no podrá comprometer respecto de otros clientes.

La venta de potencia se realiza principalmente a través de dos sistemas alternativos de contratación:

(i) sistema de potencia contratada y (ii) sistema de máxima demanda leída.

- **Potencia Contratada:** Mediante este sistema el consumidor se obliga a realizar pagos mensuales fijos por potencia, los cuales se determinan multiplicando las unidades de potencia contratadas ("xx" MW) por el precio unitario de potencia ("yy" \$/MW). No interesa que la máxima demanda del consumidor haya sido inferior a la potencia contratada durante el período facturado. Por el contrario, si la demanda máxima es mayor a la potencia contratada el exceso es pagado con un factor de recargo.

- **Máxima Demanda Leída:** Mediante este sistema el consumidor se obliga a un pago mensual variable por potencia, el cual se determina multiplicando el volumen de la máxima demanda registrada durante el período de facturación por el precio unitario de potencia. Para estos fines, las partes convienen en un límite máximo de potencia comprometida que, de ser superado por la máxima demanda del consumidor, dará lugar al pago de recargos por exceso.

Considerando que la venta de potencia es una garantía de suministro, los precios de potencia han de retribuir los costos fijos del Generador, es decir, ¿cuánto cuesta tener una unidad de generación lista para producir energía ("despachar" en el argot del sector) cuando el consumidor lo necesite? El precio unitario de potencia ha de reflejar los costos fijos (inversión, mantenimientos mayores, personal fijo, etc.) de una unidad de generación divididos entre el número de unidades de potencia que pueda comercializar el Generador.

2. Energía: La venta o suministro de energía es normalmente retribuida sobre la base del consumo efectivamente realizado ("xx" kWh), durante el período de facturación, multiplicado por el precio unitario de energía ("yy" \$/kWh), salvo en aquellos casos donde se garantice un consumo mínimo o se acuerde un pago mínimo periódico por consumo de energía.

Es importante identificar dos clases de energía: energía activa y energía reactiva. La energía activa es aquella a la que nos hemos venido refiriendo a lo largo del presente artículo; la energía reactiva puede ser entendida como un componente o producto paralelo que siempre acompaña a la energía activa en un factor determinado.

El precio unitario de la energía activa refleja los costos variables del Generador, es decir, los costos adicionales (diferentes de los costos fijos) en que

incurre el Generador para producir cada unidad de energía que es despachada (combustible, mantenimientos determinados por el tiempo de operación de la máquina, etc.).

Por lo general, el consumo de energía reactiva dentro de los límites normales en que dicho producto acompaña a la energía activa no da lugar a pagos adicionales; por el contrario, cuando este consumo supera dicho límite (en estos casos se destina energía activa al consumo de reactiva dándose lugar inclusive a desequilibrios dentro del Sistema Interconectado e interrupciones en el suministro continuo de energía) los pagos son tratados, alternativamente, como pagos por consumo, compensaciones o inclusive penalidades, haciéndose necesario en algunos casos invertir fondos en la instalación de equipos de compensación reactiva para permitir un suministro de energía continuo y de calidad.

3. Transporte y Transformación: Estos son los servicios propios de las actividades de transmisión eléctrica. En el sistema peruano estas actividades, así como el rol de las empresas de transmisión, puede ser calificado de pasivo debido a que las empresas de transmisión están incapacitadas para comerciar con potencia, y la prestación de los servicios de transporte y transformación no se presenta dentro de un medio de competencia, no existiendo mecanismos claros que promuevan la eficiencia en la prestación de tales servicios.

La ausencia de competencia en dichos servicios se explica porque, (i) respecto del Sistema Principal, los términos y condiciones comerciales y contractuales para los servicios de transporte y transformación, así como el acceso al Sistema Principal, son materia de extensa regulación y, (ii) en el caso de los Sistemas Secundarios, la existencia de dichos sistemas se justifica en las necesidades del usuario (Generador, Empresa de Distribución o Cliente Libre), respecto de las cuales tienen la condición de sistemas dedicados o exclusivos (el libre juego de oferta y demanda solamente se presenta al momento de la elección para la construcción o instalación de un Sistema Secundario).

De esta forma, las retribuciones por servicios de transmisión y transformación tienden a remunerar la totalidad de los costos (inversión, operación y mantenimiento) en que incurren las Empresas de Transmisión, mediante mecanismos que serán explicados más adelante en la sección de sistemas de precios, prescindiendo en muchos casos de la calidad de los servicios prestados.

Conviene en este punto indicar cuáles son los parámetros principales de calidad en estos servicios:

- **Continuidad en el servicio:** Los servicios deben ser continuos e ininterrumpidos. Las interrupciones, además de casos fortuitos o de fuerza mayor (actos terroristas, terremotos, tormentas eléctricas, etc.) pueden deberse a negligencia en las labores de mantenimiento, operación y renovación de la instalación.

- **Tensión y ciclaje:** la energía debe ser transportada y/o transformada en tensiones y ciclajes determinados que no pueden oscilar (caídas o alzaes de tensión) por sobre ciertos límites máximos permisibles (+/- 5% para tensión y +/- 1 Hertz para el ciclaje, son los estándares técnicos vigentes).

- **Pérdidas:** Todo transporte de energía sufre pérdidas en atención a la tensión utilizada, la distancia transportada y la calidad y tecnología de los equipos utilizados. Los volúmenes de energía inyectados en un extremo de la línea de transmisión son siempre mayores que aquellos retirados en el otro extremo y las pérdidas son referidas en un factor o porcentaje de la energía transportada, existiendo factores máximos permisibles para dichas pérdidas que permiten evaluar la calidad del de transmisión prestado.

4. Distribución: Estos servicios, prestados por las Empresas de Distribución, corresponden a la administración de los sistemas de distribución, que incluye, entre otros, (i) transmisión (dentro del sistema de distribución) y transformación (de alta tensión a media y baja tensión), considerando los costos de inversión, operación y mantenimiento de las redes, (ii) el suministro de los clientes de servicio público de electricidad, así como, (iii) la medición, facturación y cobranza a los usuarios.

Las retribuciones por estos servicios se encuentran sujetas a regulación de precios mediante sistemas complejos de tarifas que incluyen el traslado de costos de generación y transmisión, la valorización de las pérdidas y el denominado Valor Agregado de Distribución (VAD), mediante el cual se retribuye propiamente los servicios de distribución. El sistema de tarifas y precios para usuarios de servicio será desarrollado más adelante en la sección de sistemas de precios.

5. Operación y Mantenimiento: Como fuera adelantado, los servicios de operación y mantenimiento (O&M) de las instalaciones de generación, transmi-

sión o distribución, son prestados por empresas especializadas en beneficio del titular de la actividad. Estos servicios son prestados bajo plenas condiciones de competencia.

IV. OPERACIÓN ECONÓMICA DE SISTEMAS INTERCONECTADOS

Antes de pasar a la presentación de los sistemas de precios en el mercado eléctrico peruano, parte final del presente artículo, es importante desarrollar determinados conceptos, mecanismos y procedimientos propios de la operación económica de los Sistemas Interconectados, para hacer posible una comprensión plena de dichos sistemas de precios.

Se ha dicho que COES es el organismo responsable a cargo de la administración y operación técnica y comercial del Sistema Interconectado, siendo su obligación principal garantizar, al más bajo costo, la calidad y continuidad en el suministro de la demanda del Sistema Interconectado. Dichas labores son conocidas como Operación Económica de Sistemas Interconectados e incluyen, principalmente:

1. Programas de Despacho: Considerando que la demanda del Sistema Interconectado es variable a lo largo del día, COES debe establecer programas de operación (despacho de energía) para las centrales de generación, de manera que la demanda se encuentre siempre satisfecha sin que se presenten excesos en la oferta. Mediante dichos programas de operación o despacho la oferta de energía debe variar a lo largo del día en paralelo respecto de la demanda.

La determinación, de manera eficiente y a mínimo costo, del orden en el despacho (arranque y producción de energía) de las centrales de generación y el programa de operación, es efectuada por COES sobre la base de los costos variables de operación de cada unidad de generación (recordemos que las centrales de generación están conformadas por una o más unidades), esto es, el costo en que incurre cada unidad de generación para producir una unidad adicional de energía (expresado en US Dólares por kilowatt hora: US\$/kWh) y la consideración del factor de pérdida⁷. Por ende, las unidades de generación serán programadas para despacho en orden de eficiencia (del más bajo al más alto costo variable de operación).

Como será fácil imaginar, las unidades hidroeléctricas son programadas para despacho antes que las

⁷ El costo de la energía se incrementa, entre cada segmento del sistema de transmisión, en un valor inversamente proporcional al factor de pérdida. Consecuentemente, la ubicación en la red de las unidades de generación respecto de los mayores centros de consumo es tomada en cuenta para la determinación del costo de oportunidad de la energía y la programación del despacho.

unidades termoeléctricas debido a que sus costos variables de producción de energía son más bajos (costo del agua versus costos de combustibles). Sobre la determinación de los costos variables de las unidades de generación regresaremos a propósito de los precios de transferencia en el mercado spot.

2. Cálculo y asignación de Potencia Firme: La forma más sencilla de definir Potencia Firme es como la porción de la Potencia Disponible (potencia máxima cuya generación puede ser garantizada) de una unidad de generación eléctrica que le es asignada por COES para cubrir y garantizar la demanda máxima de potencia del Sistema Interconectado.

Para un Generador la Potencia Firme, asignada a sus unidades de generación, más la Potencia Firme que eventualmente adquiere de otro generador, constituye el límite máximo legal de potencia garantizada que puede colocar entre sus clientes.

Cuando una empresa de generación contrate con sus clientes la venta de volúmenes de potencia superiores a la Potencia Firme (propia o adquirida de otro generador), el exceso de potencia contratada (comprometida) con sus clientes deberá ser cubierto mediante transferencias de potencia determinadas y valorizadas por COES. Dichas transferencias de potencia suponen la compra de potencia de otros generadores que tengan excedentes de Potencia Firme⁸.

Sin perjuicio de la complejidad del cálculo de la Potencia Firme, importa a los propósitos del presente artículo tener en cuenta las premisas siguientes:

- La suma total de la Potencia Firme asignada a las unidades de generación de un sistema eléctrico deberá coincidir con la demanda máxima de dicho sistema.
- El volumen de potencia que una unidad de generación puede garantizar se determina en función a un cálculo de probabilidades.
- Los escenarios respecto de los cuales se efectúa el cálculo de probabilidades difieren según se trate de unidades térmicas o hidráulicas.
- Para el caso de unidades térmicas los escenarios consideran la disponibilidad de la unidad (cuantas veces no puede operar por razones de manteni-

miento), la temperatura y presión atmosférica del lugar donde se encuentra la planta (ello afecta la eficiencia), la calidad del combustible (el contenido calorífico del combustible también afecta la eficiencia), entre otros.

- Para el caso de unidades hidráulicas los escenarios consideran principalmente las condiciones hidrológicas según registros históricos (volúmenes de agua disponibles en los años anteriores).

Por ejemplo, para una unidad térmica de 80 MW⁹, el cálculo de probabilidades podría ser el siguiente:

- 80 MW pueden ser producidos, y por lo tanto garantizados, en 90 casos de 100, entonces con un factor de 90% la potencia garantizable es 80MW.
- Luego, en 92 casos de 100 la potencia producida fue no menor de 77 MW, entonces con un factor de 92% la potencia garantizable es 77 MW.
- Luego, en 95 casos de 100 la potencia producida fue no menor de 73 MW, entonces con un factor de 95% la potencia garantizable es 73 MW.

Es una regla estadística que la utilización de factores de probabilidad mayores implica mayores márgenes de error, lo cual, para este caso, supone la reducción de la potencia garantizable en igual proporción al incremento del margen de error.

El factor de probabilidad a ser utilizado para determinar la potencia que puede garantizar la unidad de generación del Sistema Interconectado deberá ubicarse dentro de un rango de 90% a 98%, pudiendo ser variado el límite inferior por el MEM a propuestas de COES.

El cálculo y asignación de la Potencia Firme de cada unidad de generación del Sistema Interconectado se efectúa cada diciembre respecto del año siguiente. El procedimiento de cálculo y asignación es, en resumen, el siguiente:

- De forma preliminar, la potencia garantizable por las unidades de generación se calcula considerando un factor de probabilidad de 95%.
- Luego se proyecta cuál será la curva de demanda máxima del sistema para el año siguiente.

⁸ En estos casos, siempre habrá potencia firme disponible para estas transferencias, es decir habrá otro(s) generador(es) con excedentes de Potencia Firme no comprometida con clientes, considerando que la suma total de la Potencia Firme asignada a cada unidad de generación del sistema eléctrico deberá coincidir con la demanda máxima del mismo sistema.

⁹ Esta potencia corresponde a la potencia nominal de fabricación, según la cual dicha unidad debería producir 80MW en condiciones atmosféricas y climatológicas ideales y utilizando un combustible de determinada calidad, entre otros factores.

- Inmediatamente después se coloca la potencia garantizable de las unidades de generación, al 95% de probabilidad, en la curva de demanda máxima proyectada.

- Si la suma total de la potencia garantizable al 95% es inferior a la demanda máxima proyectada, se reducirá el factor de probabilidad hasta que el incremento de la potencia garantizable cubra el total de la demanda proyectada. La Potencia Firme se asignará respecto de la potencia garantizable con este nuevo factor de probabilidad superior a 95% hasta un límite de 98%.

- Si la potencia garantizable con un factor de probabilidad de 98% continúa siendo superior a la demanda máxima proyectada, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas indica que debe efectuarse una reducción proporcional de la potencia de las unidades hidroeléctricas.

De esta forma, la Potencia Firme se calcula y asigna por períodos anuales (actualmente se realiza al 31 de diciembre del año anterior a cada período), salvo que se prevea y planifique el ingreso de nuevas unidades durante el transcurso de dicho año.

Siempre que se de una alteración de la relación entre oferta y demanda, sea por el ingreso o retiro de unidades de generación, variación en las condiciones hidrológicas, incremento o reducción del consumo, entre otras, deberá efectuarse un nuevo cálculo y asignación de Potencia Firme para el período siguiente que en definitiva alterará los valores asignados a cada generador.

El ingreso al sistema de nuevas unidades de generación sin un incremento correlativo de la demanda del sistema, que resulta ser el escenario más probable, tendrá como efecto la reducción proporcional de la Potencia Firme asignada a los generadores preexistentes, por el valor total de la Potencia Firme que se asigne al nuevo generador¹⁰.

3. Transferencia de energía entre generadores (mercado spot): Los clientes de los Generadores retiran energía del Sistema Interconectado en la medida de sus necesidades, sin importarles que la unidad de dicho Generador se encuentre despachando o no, en atención al programa de operación a mínimo costo. De esta forma, pueden presentarse situaciones alternativas en las cuales (i) los clientes de un Generador

han consumido más energía de la que éste ha producido o, caso contrario, (ii) un Generador ha producido más energía que la consumida por sus clientes.

La transferencia de energía entre generadores, mercado spot o sistema de piscina (*pool system*), según se le prefiera denominar, opera como un mecanismo mediante el cual un Generador, alternativamente según sus necesidades, (i) adquiere de otro Generador la energía que le falta, la cual retira de la "piscina", para cumplir con el suministro a sus clientes o, (ii) vende a otro Generador su excedente de energía, aquella inyectada a la "piscina" no requerida por sus clientes. El detalle operativo de este procedimiento será desarrollado en la sección de sistemas de precios.

4. Transferencia de potencia de punta entre generadores: La transferencia de potencia entre generadores corresponde a los excesos de potencia garantizada contratados por cada generador con sus clientes por sobre su Potencia Firme; dichas transferencias son determinadas por COES en atención a la contratación de potencia establecida normativamente. El detalle de este procedimiento de transferencia será presentado en la sección de sistemas de precios.

V. SISTEMAS DE PRECIOS EN EL MERCADO ELÉCTRICO PERUANO

En materia de precios el modelo peruano opera sobre la base de un principio general en virtud del cual existe régimen de libertad de precios para los suministros u operaciones que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un sistema de precios regulados para aquellos suministros que lo requieran por su naturaleza.

Las operaciones sujetas a regulación de precios son las siguientes:

- (i) Ventas de potencia y energía de Generadores a Empresas de Distribución destinadas al servicio público de electricidad.

- (ii) Compensaciones a titulares de sistemas de transmisión.

- (iii) Transferencia de potencia y energía entre generadores determinados por el COES. Esta regulación

¹⁰ El actual modelo peruano permite el libre acceso para la interconexión de nuevas unidades de generación, con prescindencia de la eficiencia de las mismas. La inexistencia de parámetros de eficiencia para la incorporación de nuevas unidades, así como de un programa de retiro de unidades ineficientes, ha de crear serios problemas para la futura renovación de tecnología en el parque de generación peruana.

no será aplicable tratándose de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.

(iv) Ventas a usuarios del Servicio Público de Electricidad.

Cabe anotar que las operaciones no comprendidas específicamente en los cuatro supuestos mencionados, no están sujetas a regulación de precios, los cuales pueden ser libremente determinados por las partes.

Corresponde ahora desarrollar las diferentes modalidades de operaciones sujetas a regulación de precios, así como los procedimientos y principios utilizados para la determinación y aplicación de los precios regulados, para concluir presentando aquellas operaciones cuyos términos, condiciones y precios son libremente determinables por las partes involucradas.

1. Precios máximos de generador a distribuir de servicio público

La venta de energía y potencia entre un Generador y una Empresa de Distribución destinadas al suministro de consumidores de servicio público de electricidad se encuentra sujeta a regulación de precios establecidos periódicamente por la CTE.

Los precios regulados de potencia y energía se expresan en las denominadas Tarifas en Barra fijadas por la CTE.

Las Tarifas en Barra no constituyen precios obligatorios para esta modalidad de suministro, por el contrario, constituyen los precios máximos de potencia y energía que pueden ser trasladados por la Empresa de Distribución a los consumidores del servicio público de electricidad.

Es importante tener en cuenta que los contratos de venta de potencia y suministro de energía entre generadores y empresas de distribución tienen lugar dentro de condiciones de competencia, razón por la cual es perfectamente válido y eficaz el pacto de un precio diferente al de las Tarifas en Barra, con la salvedad que la empresa de distribución no podrá exigir a sus usuarios de servicio público precios mayores a los establecidos en las Tarifas en Barra. La regulación de precios en esta modalidad de suministro se aplica a

nivel de los valores máximos susceptibles de ser trasladados a los clientes regulados.

1.1. Tarifas en Barra

Las Tarifas en Barra se determinan para cada barra¹¹ del sistema principal de transmisión y, conjuntamente con sus respectivas fórmulas de reajuste, son fijadas semestralmente por la CTE, entrando en vigencia en los meses de mayo y noviembre de cada año. Estas tarifas solamente podrán aplicarse previa publicación en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de mayor circulación.

Para la fijación de las Tarifas en Barra, COES debe efectuar los cálculos correspondientes y determinar precios y factores de pérdida de potencia y energía para cada una de las barras del sistema. De esta manera, antes del 15 de marzo y 15 de setiembre de cada año, cada COES deberá presentar a la CTE el correspondiente estudio técnico-económico que contenga sus propuestas de Tarifas en Barra justificando los siguientes aspectos principales:

- Proyección de la demanda de potencia y energía del sistema eléctrico.
- Programa de obras de generación y transmisión.
- Costos de combustibles, de racionamiento y otros costos variables de operación pertinentes.
- Tasa de Actualización utilizada en los cálculos.
- Costos marginales de operación.
- Precios Básicos de la Potencia de Punta y de la Energía.
- Factores de pérdida de potencia y de energía.
- Costo Total de Transmisión considerado.
- Valores resultantes para los Precios en Barra.
- Fórmula de reajuste propuesta.

Recibido el informe, la CTE podrá formular observaciones debidamente fundamentadas al COES, el cual deberá absolverlas o presentar un nuevo estudio si ello fuera necesario. Finalizado el análisis pertinente, la CTE fijará y publicará las tarifas y sus fórmulas de reajuste mensual antes del 30 de abril y 31 de octubre de cada año.

¹¹ Las barras son componentes o partes integrantes de las subestaciones donde se enlaza la línea de transmisión con la subestación. Una subestación puede tener múltiples barras, de iguales o diferentes tensiones.

Vencido el período de vigencia de las tarifas y en tanto no sean fijadas las del período siguiente (por causas imputables a la CTE), los Generadores podrán aplicar los reajustes correspondientes de acuerdo a las fórmulas publicada por aquella.

En ningún caso las Tarifas en Barra podrán diferir en 10% del precio promedio de venta de energía y potencia en el mercado libre, caso contrario, los valores resultantes para las Tarifas en Barra deberán ser reajustados.

1.2. Precio de Potencia en Barra

El precio de Potencia en Barra (PPB) se calcula, para cada barra del sistema, multiplicando el Precio Básico de Potencia (PBP) por el correspondiente factor de pérdida de potencia agregando a dicho producto el Peaje por Conexión¹².

1.2.1. Cálculo del Precio Básico de Potencia (PBP)

Se denomina PBP al resultado del cociente del costo básico de potencia entre la potencia de punta disponible. Actualmente, dicho precio ha sido determinado en 79.46 US\$/kW-año para el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN).

El costo básico de potencia es la suma de (i) la inversión anual más (ii) los costos fijos de operación y mantenimiento (CoyM) de la central teórica de punta¹³.

La inversión anual es igual a la anualidad del valor nuevo de reemplazo (NR) de la central teórica de punta (unidad de generación más línea de interconexión al Sistema Interconectado).

La potencia de punta disponible es la parte de la Potencia Nominal de la central teórica de punta que podría ser comercializada. Recordemos que las unidades de generación no pueden comercializar la totalidad sino únicamente aquella necesaria para cubrir la demanda del Sistema Interconectado (asignación de Potencia Firme). El margen de reserva del Sistema Interconectado, exceso de potencia respecto de la demanda, es el indicador de la porción de la potencia instalada que podrá ser comercializada.

Dicho margen de reserva es expresado mediante un factor de indisponibilidad del sistema. Luego, considerando que el presente cálculo se realiza en supuestos teóricos, para la determinación del factor de indisponibilidad teórica del sistema no se utiliza el margen de reserva real (cuánta más potencia existe por sobre la demanda) sino aquel que permitiría una operación eficiente del Sistema Interconectado (cuánta más potencia debería existir sobre la demanda para garantizar un suministro en forma eficiente). Actualmente, el factor de indisponibilidad teórica se ha fijado en 1.255 (inferior al factor de indisponibilidad real). Este factor, al ser aplicado a la potencia de la central teórica de punta, permite determinar cuantas unidades de potencia, susceptibles de comercialización (potencia de punta disponible), deberían retribuir el costo total de la potencia instalada¹⁴.

Por ejemplo, para el SICN el cálculo del PBP responde de al ejercicio expresado en el cuadro siguiente:

PRECIO BÁSICO DE POTENCIA US\$/Kw

	GENERADOR	CONEXIÓN	CoyM	TOTAL
1Costo Total:				
Millón US\$/Año	30.885	2.539	33.424	
2Millón US\$/Año	4.135	0.315	1.38	5.833
3Sin MRT: US\$/kW - año	44.88	3.42	15.01	63.31
4Con MRT: US\$/kW - año	56.32	4.30	18.84	79.45

Notas:

1. Costo de una unidad de 100 MW (ISO) con su respectiva conexión al sistema.
2. Anualidad de la inversión considerando vida útil de 30 años para la conexión y 20 años para el generador. Tasa de actualización de 12%.
3. Costo anual por unidad de potencia efectiva en Lima, sin incluir el margen de reserva teórico del sistema (MRT)
4. Costo anual incluyendo el MRT del sistema (1.225)

¹² El Peaje por Conexión junto con el Ingreso Tarifario son los componentes de los Costos de Transmisión, que serán desarrollados más adelante (sección V.2).

¹³ Como central teórica de punta se define a aquella central que, dentro de un conjunto de alternativas, resulta más eficiente para cubrir el incremento de la demanda durante las horas punta (mayor demanda) por el próximo período de 4 años. Para la presente fijación tarifaria se ha determinado como modelo de central teórica de punta para el SICN a una turbina a gas de 100 MW de potencia (ISO) ubicada en Lima.

¹⁴ Por ejemplo, si el costo total de instalación de los 100 MW de la central teórica de punta es US\$ 40'000,000.00 y la potencia disponible es 95 MW, el costo unitario de potencia no sería 400,000 US\$/MW (es dividir el costo total entre la potencia instalada) sino, por el contrario, 421,052.63 US\$/MW (de dividir el costo total entre la potencia disponible), ello de considerar que el costo total sería retribuido con la comercialización de la potencia disponible.

1.2.2. Cálculo del Precio de Potencia en Barra (PPB)

Como se adelantó, el PPB se calcula para cada barra del sistema multiplicando el PBP por el factor de pérdida de potencia correspondiente a cada barra del sistema y sumando el resultado al Peaje por Conexión.

1.3. Precio de Energía en Barra

El Precio de Energía en Barra se determina, para cada una de las barras del sistema, multiplicando el Precio Básico de Energía correspondiente a cada bloque horario (hora de punta y fuera de punta) por el correspondiente factor de pérdidas de energía.

El Precio Básico de Energía por Bloques-Horarios es el promedio ponderado de los Costos Marginales de Corto Plazo para cada Bloque Horario y la demanda proyectada.

Los Costos Marginales de Corto Plazo se definen como el costo en que incurre el sistema para proporcionar una unidad adicional de energía según el programa de despacho que minimice la suma de los costos anualizados de operación¹⁵.

Este procedimiento de cálculo se efectúa mediante la simulación de operación del sistema mediante modelos de despacho de energía (*software*) proporcionados por COES.

2. Precios máximos de transmisión

Recordemos que los Sistemas Interconectados se subdividen en Sistema Principal y Sistemas Secundarios.

2.1. Sistema Principal

Los generadores conectados al Sistema Principal abonarán mensualmente a su propietario una compensación para cubrir el Costo Total de Transmisión.

El Costo Total de Transmisión está determinado por la CTE como el agregado de (i) la anualidad de la inversión en el Sistema Principal y (ii) los costos estándares de operación y mantenimiento de dicho sistema.

La anualidad de la inversión será calculada considerando el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de transmisión, una vida útil de 30 años y una Tasa de Actualización del 12% anual.

La compensación por el Costo de Transmisión es abonada a través de dos conceptos: (i) Ingreso

Tarifario, y (ii) Peaje por Conexión. Los pagos son recolectados mensualmente por COES, quien los entrega a las empresas titulares del Sistema Principal (Etecen en el SICN y ETESUR en el SIS).

2.1.1. Ingreso Tarifario

El Ingreso Tarifario es determinado por COES y corresponde al valor agregado a la energía y potencia transportada de una a otra barra del sistema. El Ingreso Tarifario es un valor incorporado a los Precios de Energía en Barra.

Recordemos que los precios de energía y potencia tienden a incrementarse por efecto de la distancia entre el punto de inyección y el de retiro, ello responde a (i) las pérdidas de energía y potencia proporcionales a la distancia recorrida, por efecto de las cuales los volúmenes de energía y potencia retirados son siempre inferiores a los inyectados y (ii) el valor agregado de transmisión y de transformación a que hubiese lugar.

Teóricamente, el Ingreso Tarifario debe ser pagado por cada generador en función del volumen de energía y potencia transportados y a la distancia recorrida, siendo la operación de cálculo de forma simplificada, la siguiente:

(a) Se multiplica el volumen de energía/potencia inyectada por el precio de energía/potencia en el punto de inyección.

(b) Se multiplica el volumen de energía/potencia retirada por el precio de energía/potencia en el punto de retiro.

(c) Se subtrae el producto (b) del producto (a). El resultado es el Ingreso Tarifario.

Sin embargo, como los factores de pérdida actualmente utilizados por la CTE son valores fijos correspondientes al factor de pérdida marginal (punto de equilibrio de la curva de pérdida), siempre que los volúmenes de energía o potencia transportados sean inferiores a los correspondientes al punto de equilibrio, como sucede en la mayoría de casos, el valor resultante del cálculo del Ingreso Tarifario será negativo porque las pérdidas reales serán mayores a las consideradas para el incremento de los precios (pérdida marginal).

Es por ello que actualmente el Ingreso Tarifario en el SICN es muy pequeño y el Costo Total de Trans-

¹⁵ En la sección V.3 del presente artículo, correspondiente a las transferencias de energía por operación económica del sistema, se ha desarrollado en mayor detalle la determinación de los costos marginales de operación.

misión es compensado casi exclusivamente mediante Peaje por Conexión.

2.1.2. Peaje por Conexión

El Peaje por Conexión se define como la diferencia entre el Costo Total de Transmisión una vez sustraído el Ingreso Tarifario (según los valores proporcionados por COES) y es pagado mensualmente por cada uno de los generadores en función a su Potencia Firme.

Cada año la CTE fija el Peaje por Conexión y su fórmula de reajuste mensual, los cuales deben ser publicados en El Peruano, debiendo entrar en vigencia para el 1 de mayo.

El Peaje por Conexión es un valor incorporado a los Precios de Potencia en Barra.

2.2. Sistema Secundario

Si bien los costos de transmisión en el Sistema Secundario son en principio libremente convenidos por las partes, el Reglamento ha previsto fórmulas de cálculo y determinación de dichos costos que tienen la naturaleza de precios máximos de transmisión en el Sistema Secundario trasladables a los usuarios del Servicio Público de Electricidad o clientes regulados.

Asimismo, estos costos son utilizables en defecto de acuerdo entre las partes.

Los criterios usados para la determinación de dichos costos son similares a los que usan para los costos de transmisión en el Sistema Principal. El cálculo y la publicación en el diario oficial El Peruano de los costos de transmisión para cada tramo en Sistema Secundario está a cargo de la CTE.

3. Precios de transferencia de energía entre generadores determinada por COES por operación económica del sistema

Recordemos que la transferencia de energía entre generadores, como resultado de la operación económica del sistema, es aquella por la cual un generador utiliza energía despachada por otro generador más eficiente para cumplir con sus clientes.

3.1. Precio

El precio de la energía materia de estas transferencias es el costo marginal de producción de cada unidad adicional de energía en el sistema (expresado en US\$/kWh) correspondiente a la unidad que se encuentre proporcionando la potencia de punta, es decir, la última unidad que ha sido requerida para despacho según el programa de operación

establecido por COES. En consecuencia, dicho precio oscila según ingresen o salgan del despacho unidades con diferentes costos.

Cuando la potencia de punta es proporcionada por una central hidroeléctrica el costo marginal de operación se determina considerando el costo de oportunidad del agua o "costo de agua" y la penalización por pérdidas en la transmisión de energía hasta el punto de retiro o entrega. El costo de agua se define en dos escenarios diferentes: (i) en épocas de baja hidrología, como el ahorro producido por el almacenamiento de agua, por aquellas centrales que cuentan con embalses o reservorios, que permiten desplazar generación térmica, siendo en estos casos el costo de agua igual al costo variable de operación de la central térmica desplazada más eficiente; mientras que (ii) en épocas de vertimiento, el costo de agua será el pago de la compensación pagada al Estado por la autorización o licencia de uso de aguas correspondiente, más los costos variables incurridos por presencia de sólidos en suspensión en el agua turbina.

Cuando la potencia de punta es proporcionada por una central térmica, la determinación de dicho costo marginal se efectúa considerando (i) los costos variables de operación de cada unidad de generación térmica (costos combustibles y no combustibles) y (ii) la penalización por pérdidas en la transmisión de energía hasta el punto de retiro o entrega.

Las Tarifas en Barra de la CTE no tienen ninguna aplicación para estos propósitos.

3.2. Determinación de transferencias de energía entre generadores

Cada mes COES contabiliza, para cada generador, la totalidad de los despachos y retiros (para cumplir con sus contratos) efectivamente realizados y los valoriza en función al costo marginal correspondiente al tiempo y lugar del despacho o retiro. La medición se efectúa cada 15 minutos y el costo marginal varía en función a los costos de la unidad de generación que está despachando la energía de punta.

Una vez realizada la valorización de los despachos y retiros de cada generador (en US\$/kWh) se determina el saldo, positivo o negativo, de cada uno de ellos. Será positivo cuando un generador haya despachado más US\$/kWh que aquellos que ha retirado; y, consecuentemente negativo, cuando un generador haya despachado menos US\$/kWh que aquellos que ha retirado. La asignación del valor de las transferencias se efectúa proporcionalmente entre los generadores.

3.3. Pago

Luego COES determinará cuáles han sido las transferencias de energía ocurridas entre generadores y el valor de dichas transferencias a costo marginal de operación. El valor de las transferencias de energía deberá ser pagado por los generadores con saldo negativo a favor de aquellos con saldo positivo dentro de los siete primeros días del mes siguiente. El pago por estas transferencias de energía se realiza con absoluta prescindencia de los términos de los contratos de suministro que tengan los generadores y del cumplimiento de sus clientes en los pagos correspondientes a dichos contratos.

No existe ninguna garantía ni mecanismo coercitivo preestablecido que respalde estas obligaciones de pago entre generadores.

4. Precios de transferencia de potencia entre generadores determinados por COES

Recordemos que la contratación de venta de potencia garantizada por Generadores encuentra un límite normativo en el máximo de la Potencia Firme asignada a sus unidades de generación o contratada con otros generadores.

Sin embargo, como la suma total de la Potencia Firme asignada a cada unidad de generación interconectada al sistema deberá coincidir con la demanda máxima del sistema, la Potencia Firme de cada unidad fluctuará dependiendo de cuál fuera el margen de reserva real del sistema, teniendo como máximo superior su Potencia Disponible.

4.1. Determinación de transferencias de potencia entre generadores

Considerando que los Generadores solamente podrán contratar la venta de potencia garantizada hasta por el límite de la Potencia Firme que les haya sido asignada y, eventualmente, de la que tengan contratada con otros generadores (en adelante referida en su totalidad como Potencia Firme); se ha previsto, normativamente, que la diferencia entre la demanda de potencia de punta de un generador y su Potencia Firme será materia de transferencia de potencia de punta entre generadores.

La demanda de potencia de un Generador será calculada por COES considerando la demanda media horaria bruta comprometida con sus clientes en las horas de punta anual del sistema¹⁶, las pérdidas de transmisión y una estimación del factor de diversidad.

Alternativamente, de considerar que los cálculos en materia de demandas y transferencias de potencia se efectúan sobre proyecciones sujetas a revisión una vez ocurridos los eventos reales, el cálculo de la demanda de cada Generador se realiza de forma más simple sumando las potencias contratadas o convenidas (según se utilice el sistema de Potencia Contratada o el de Potencia Convenida) con sus clientes.

Las transferencias de potencia de punta se producen entre los Generadores que tengan excedencia de potencia¹⁷ y aquellos deficitarios.

4.2. Valorización y pago

Dichas transferencias de potencia son valorizadas sobre la base de los precios de Potencia de Punta en Barra (aquellos fijados por la CTE) correspondientes a las barras de las subestaciones en que tales transferencias se originen.

El cálculo de las transferencias de potencia de punta y los pagos correspondientes es efectuado por COES para cada año en diciembre del año anterior, considerando las demandas máximas previstas para cada integrante.

EL COES comunicará antes del 31 de diciembre de cada año los pagos por potencia que, mensualmente, deban efectuarse entre generadores durante el año siguiente. Estos pagos se efectuarán dentro de los siete primeros días de cada mes del año que corresponda.

No existe ninguna garantía ni mecanismo coercitivo preestablecido que respalde estas obligaciones de pago entre generadores.

4.3. Recálculo

Luego, considerando que dichas transferencias de potencia se han determinado mediante un cálculo sobre proyecciones para el año siguiente; terminado el año y producidas las demandas reales de potencia, COES recalculará las transferencias de potencia de punta.

El procedimiento de recálculo es el siguiente:

- (a) Se identifica la fecha y hora de la máxima demanda anual del Sistema Interconectado.
- (b) Se verifica (según los registros de medición de consumo) cuál ha sido el consumo real de los clien-

¹⁶ Hora del año en la cual se produce la demanda máxima de potencia del sistema eléctrico, según estimación del COES.

¹⁷ Mayor Potencia Firme que demanda de potencia de punta.

tes de cada Generador durante la máxima demanda anual del Sistema Interconectado.

(c) Se determina la demanda real de la potencia de cada Generador, ocurrida durante la máxima demanda del Sistema Interconectado, sumando los resultados obtenidos en (b).

(d) Se identifica a los Generadores deficitarios y aquellos con excedentes de Potencia Firme y se contrasta con los resultados obtenidos en las proyecciones previas al inicio del año.

(e) Aquellos Generadores que hayan realizado pagos por transferencias de potencia innecesariamente serán compensados por aquellos en situación inversa.

5. Suministro a usuarios del servicio público de electricidad

El suministro a usuarios del servicio público de electricidad se presta bajo condiciones monopólicas; en efecto, la Concesión de Distribución otorga a la Empresa de Distribución un derecho monopólico respecto del suministro a los usuarios del servicio público ubicados dentro del área geográfica de la concesión.

Ello se justifica en la imposibilidad de que exista competencia eficiente entre dos Empresas de Distribución dentro de un mismo espacio geográfico, pues la superposición o coexistencia de dos sistemas de distribución en un mismo espacio tendría un efecto duplicador de los costos para los usuarios finales. Los costos fijos de inversión y administración de un sistema de distribución no varían significativamente según se incremente o reduzca el número de usuarios; por lo contrario, de reducirse dicho número (si participasen dos Empresas de Distribución en el mercado de la Concesión de Distribución), los costos fijos sería distribuidos entre un menor número de usuarios con el consecuente incremento en los precios finales.

Es por ello que el suministro a usuarios del servicio público es el suministro regulado por excelencia, y es más, este suministro es la razón de que se hayan implementado sistemas de regulación de precios a nivel generación y transmisión (para poder determinar el componente de los costos provenientes de otras etapas del proceso que puede ser trasladable al usuario final del servicio público) y de que se haya implementado un sistema de operación a mínimo costo de los Sistemas Interconectados. El hecho de que exista ineludiblemente un monopolio necesario al final del camino ha determinado que sea

implementado todo el complejo aparato de regulaciones y controles que se ha tratado de describir en el presente artículo; de ser otro el caso, los criterios y mecanismos de operación de los sistemas eléctricos serían libremente determinado por sus actores.

El modelo peruano ha enfrentado la problemática de regular un suministro en condiciones monopólicas tratando de simular competencia donde no la existe. Para ello ha clasificado a las Empresas de Distribución en cuatro grupos o sectores de distribución típicos, según las características de su zona de concesión: (i) urbano de alta densidad, (ii) urbano de media y baja densidad, (iii) urbano rural y (iv) rural. Luego ha confeccionado una empresa modelo para cada sector de distribución típico sobre la base de las características más representativas de las empresas de cada uno de dichos sectores.

Dentro del área de su concesión, cada Empresa de Distribución ha de competir con la empresa modelo correspondiente al sector típico de distribución al que pertenece. La competencia es simulada mediante la fijación de las tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad. Dichas tarifas son establecidas sobre la base de los costos de una eficiente administración del sistema de distribución, para lo cual se realizan ajustes en las deficiencias o ineficiencias que existiesen en la empresa modelo (que resultarían siendo las deficiencias o ineficiencias representativas de las empresas del sector típico de distribución correspondiente) para que sean también útiles como modelos de administración eficiente para la determinación de dichas tarifas.

Sin perjuicio de la complejidad de los procedimientos de cálculo y determinación de las tarifas para usuarios de servicio público, en los párrafos siguientes ingresaremos a una descripción de los mismos.

Cada cuatro años la CTE calcula, determina y publica el Valor Agregado de Distribución y las Tarifas a Clientes Finales. Las Tarifas a Clientes Finales son propiamente las tarifas para usuarios del servicio público de electricidad; el Valor Agregado de Distribución es uno de sus componentes. Los demás componentes de las Tarifas a Clientes Finales son los Precios de Potencia y Energía en Barra (los cuales incluyen C de Transmisión) y las pérdidas debidamente valorizadas.

5.1. Opciones Tarifarias para Clientes Finales

Las Tarifas a Clientes Finales son expresadas en opciones tarifarias a diferentes niveles de tensión, por ejemplo, en baja tensión tenemos las tarifas BT5, BT4 y BT2 entre otras: (i) BT5 es para suministros

con potencia conectada no mayor de 10 kW (residencias), supone un pago integrado de potencia y energía mensual según lectura del medidor (S/kWh), no interesa si la demanda máxima del usuario se produjo durante horas de punta o fuera de punta, no interesa cuál fue la demanda máxima del usuario, se utilizan los medidores más simples considerando que no requieren registrar mayores datos; (ii) BT4 discrimina entre el consumo de potencia y energía, con prescindencia del bloque horario en que se producen los consumos; y (iii) BT2 discrimina entre potencia y energía, así como entre bloques de punta y fuera de punta. En resumen, BT5 un único precio; BT4 dos precios diferentes, potencia y energía; y BT2 cuatro precios diferentes, potencia y energía tanto en punta como fuera de punta. En media tensión existen opciones tarifarias similares. Los Clientes Finales son libres de elegir la opción tarifaria que más convenga a sus necesidades de manera que puedan hacer su consumo lo más eficiente posible. A los usuarios residenciales no nos queda mucha opción, considerando que el costo de instalación de medidores más sofisticados no justificaría, en la mayoría de los casos, el ahorro posible.

Cada opción tarifaria tendrá un componente de precio de potencia, energía, costos de transmisión, valorización de pérdidas y Valor Agregado de Distribución (VAD). Todos estos componentes, excepto el último, han sido predeterminados en etapas anteriores, es propiamente el VAD donde se calculan y determinan los costos de distribución y donde se hace posible la simulación de competencia entre la Empresa de Distribución y la empresa modelo eficiente del sector típico de distribución al que ésta pertenece.

5.2. Valor Agregado de Distribución (VAD)

El VAD de la empresa modelo eficiente considera los siguientes componentes:

- a. Costos asociados al cliente independientemente de su demanda de potencia y consumo de energía (medición, facturación, cobranza, etc.).
- b. Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía. Son diferentes a las pérdidas de transmisión y transformación consideradas en etapas anteriores. El factor de pérdida utilizado resulta de la optimización de la calidad, mantenimiento, renovación y operación del sistema de distribución, el cual normalmente difiere del factor real de pérdida.
- c. Costos estándares de inversión (Valor Nuevo de Reemplazo – VNR), de mantenimiento y operación (costos eficientes de explotación del sistema de distribución) por unidad de potencia suministrada.

Los criterios para el cálculo de VNR son los mismos utilizados para la determinación de los Costos de Transmisión y el Precio Básico de Potencia.

El VAD se calcula para cada sector típico de distribución (sobre la base de la empresa modelo eficiente) y para cada nivel de tensión de suministro (media y baja tensión).

6. Operaciones no sujetas a regulación de precios

Finalmente, haremos referencia a las operaciones susceptibles de ser realizadas dentro del mercado eléctrico peruano en las cuales la determinación de los precios, de los bienes y los servicios objeto de dichas operaciones, corresponde a las partes involucradas, dentro de un marco de condiciones de competencia.

Existe la presunción de que un contrato se ha celebrado en condiciones de competencia siempre que se contrate en los supuestos siguientes:

a. Un Generador contrate con otro:

(i) La venta de potencia y/o el suministro de energía para que el otro Generador coloque dicha potencia y/o energía entre sus clientes o garantice el suministro de éstas.

(ii) La compra de potencia y/o el suministro de energía para suministrar o garantizar el suministro a sus clientes.

b. Contrato de venta de potencia y suministro de energía entre un Generador y un Cliente Libre.

c. Contrato de venta de potencia y suministro de energía entre un Generador y una Empresa de Distribución para el suministro de Clientes Libres de dicha empresa.

d. Contrato de venta de potencia y suministro de energía entre un Generador y una Empresa de Distribución para el suministro de usuarios de servicio público. Recordemos que las Tarifas en Barra no son precios obligatorios para esta forma de suministro; por el contrario, constituyen los precios máximos de potencia y energía que pueden ser trasladados por la empresa de distribución a los consumidores de servicio público de electricidad, encontrándose libres las partes de obligarse al pago de precios diferentes.

e. Contrato de transmisión en Sistema Secundario. En estos casos, sea que se contrate con una Empresa de Transmisión o una Empresa de Distribución (en

caso sea necesario para suministrar a un Cliente Libre conectado al sistema de distribución de dicha empresa): (i) el transporte de potencia y energía en Sistema Secundario¹⁸, tanto para acceder al Sistema Principal o para llegar al cliente desde el Sistema Principal, o (ii) los servicios de operación y mantenimiento de líneas y equipos propios; los costos de transmisión y pago por servicios, podrán ser libremente pactados.

f. Contratos de operación y mantenimiento entre una Empresa de O&M y un Generador, una Empresa de Transmisión, una Empresa de Distribución o un Cliente Libre. Si bien el precio de los servicios es libremente determinable por las partes, debe tenerse en cuenta que cuando dicho servicio sea prestado dentro de una cadena de operaciones que concluya en el suministro a usuarios de servicio público de electricidad, los costos de O&M regulados a propósito del Precio Básico de Potencia, Costos de Transmisión y Valor Agregado de Distribución han de aplicarse como precios máximos trasladables a dichos usuarios.

Los contratos de O&M pueden también tener lugar entre: (i) dos Generadores (respecto de las unidades de generación de uno de ellos), (ii) un Generador y una Empresa de Transmisión (respecto de los sistemas secundarios de transmisión del Generador), (iii) un Generador y un Cliente Libre (respecto de las unidades de Generación del Cliente Libre), (iv) una Empresa de Transmisión y un Cliente Libre (respec-

to de los sistemas secundarios de transmisión del Cliente Libre), (v) dos Empresas de Transmisión (respecto de los sistemas de transmisión de una de ellas), entre otras posibilidades.

Para concluir, existen ciertas premisas que deben tenerse en cuenta respecto de las operaciones no sujetas a regulación de precios. Estas son:

(i) Las transferencias de potencia y energía efectuadas por un generador en virtud de un contrato celebrado en condiciones de competencia no se encuentran sujetas a regulación de precios. Los precios de potencia y energía, al igual que los costos de transmisión establecidos en dichos contratos son plenamente válidos y eficaces, y por lo tanto exigibles, entre las partes.

(ii) Es importante recordar que los precios de transmisión en Sistema Principal o Cargos por Transmisión son siempre regulados, por lo cual todo contrato libremente negociado que suponga la utilización del Sistema Principal de Transmisión siempre tendrá un componente de regulación de precios a dicho nivel.

(iii) Asimismo, los pagos correspondientes a la compensación por uso de Sistema Secundario se encontrarán sujetos a regulación de precios (i) a falta de acuerdo entre el usuario y el titular de dicho sistema de transmisión, y (ii) en sus precios máximos trasladables a usuarios regulados.

¹⁸ Considerando que la empresa de distribución no puede oponerse, sin mediar razones técnicas que lo justifiquen, a dicho transporte, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas ha previsto fórmulas de cálculo para la compensación por transmisión que deba ser pagada a falta de acuerdo entre las partes.

¿POR QUÉ NO DEBEMOS ELEGIR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Eduardo Hernando Nieto
Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría Política
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Academia Diplomática del Perú.

*"El aprovechador, Sócrates, pienso que es aquel
que busca sacar provecho de todo..."*

Hiparco o el Aprovechador, Platón

A inicios de los años 50 en Estados Unidos se produce, como resultado del desarrollo de la escuela realista que reivindicaba el individualismo metodológico y rechazaba el legalismo y los análisis jurídicos casuísticos, el socavamiento de la idea tradicional del Derecho. La imagen del Derecho como ciencia autónoma y delimitada en su totalidad cede frente a una interpretación mucho más extensa que incluye en el Derecho elementos y razones provenientes de otras áreas del conocimiento. Así, el derecho recibe influencia tanto de la política como de la moral y la economía.

El autor esboza y comenta las ideas que originan lo que se ha denominado Análisis Económico del Derecho. El autor critica esta posición, desde que entiende que esta corriente no crea un orden superior en la tarea de resolución armónica de problemas jurídicos y, si lo hace, sólo abarca la perspectiva de los directamente involucrados en el problema y no una visión amplia del problema, en un entorno social que condiciona la solución jurídica que se le pretenda dar "beneficiando a ambas partes haciendo el menor gasto".

1. LA FILOSOFÍA Y LA NATURALEZA DEL PROVECHO PERSONAL

La Filosofía, como decía Allan Bloom,¹ emergió tarde en la historia humana, y era todavía nueva en tiempos socráticos. No formaba parte del mundo de la ciudad, ni del mundo de la familia, menos aún se vinculaba al mundo de los dioses y era por eso, materia de odios y burlas. La mejor prueba de ello, fue sin duda la ejecución de Sócrates por parte de la democracia ateniense, que percibía en la filosofía una corriente de pensamiento peligrosa que, supuestamente, subvertía los valores de la polis y la religión ancestral.²

¹ BLOOM, Allan. *The Political Philosopher in Democratic Society: The Socratic View*, En: *Giants and Dwarfs, essays 1960-1990*. New York: Simon and Schuster, 1990. p.106. Allan Bloom, filósofo político de la Universidad de Chicago, falleció en 1992.

² Desde la perspectiva del filósofo, la Verdad había sido olvidada y de allí el intento por recuperarla a través de la filosofía. Quienes no eran filósofos pensaban que se movían realmente en el mundo de la verdad, pero esto desde la perspectiva de los filósofos era simplemente un error o un juicio desde la caverna, en este sentido, los políticos y sacerdotes, guardianes del orden y la tradición de la polis en esos momentos, en realidad

Para los filósofos, sin embargo, estaba claro que la filosofía no podía ser otra cosa que “la manera de transformar las **opiniones** en **conocimiento**”³, y este era precisamente el modo como quienes inventaron la filosofía la entendían. La filosofía por lo tanto buscaba la Verdad y lo Bueno y esto se representaba por el conocimiento.

El mundo de las opiniones (*doxa*), en el que vivían quienes no eran filósofos, reunía entonces un conjunto de falsedades, medias verdades o distorsiones de la Verdad que expresaban una concepción que era a su vez particular y relativa, y no colectiva y absoluta. Esta última característica produciría por cierto un orden basado en la individualidad y la neutralidad, muy distinto al estado buscado por la filosofía.⁴

Ahora bien, la filosofía actuaba siempre de modo dialéctico y este era el mecanismo a través del cual la filosofía y el filósofo se expresaban. Quizá, donde mejor se apreciaba este modo de ser de la filosofía y las diferencias entre la opinión y el conocimiento, o entre lo relativo y lo absoluto, eran los diálogos platónicos.

Hiparco o el Aprovechador, por ejemplo, un diálogo platónico no demasiado difundido, nos ponía en el contexto de una conversación entre un filósofo (Sócrates) y una persona que actuaba desde el terreno de la opinión. El tema era esta vez el del provecho personal, esto es, la acumulación desmedida del sujeto maximizador de beneficios.⁵

Como todo diálogo platónico, **Hiparco** partía entonces con unas preguntas esenciales: ¿qué cosa es el aprovechamiento?, y ¿quienes son los aprovechadores?

La primera pregunta que se planteaba evidentemente establecía algo muy claro: que el significado del término “provecho” podía ser variable o, por lo menos, que Sócrates entendía por provecho algo muy distinto a su compañero, lo cual establecía, por cierto, la diferencia de almas entre ambos.⁶

Para el acompañante, el provecho debía medirse en dinero, y en lo que esto representa, es decir, sería equivalente al sentido que tiene el provecho en nuestras sociedades comerciales. Evidentemente, quien compartía el diálogo con Sócrates no diría directamente que buscaba solamente su provecho y *confort* personal pero al final se podría apreciar claramente que él era un representante del sector más bajo de la República (La clase que ama el dinero, diría Sócrates).

En un inicio, el compañero de Sócrates le dirá entonces que una persona que “ama el provecho” es aquél “que piensa que tiene mérito el producir una ganancia de las cosas que carecen de valor”.⁷

Pero, ¿esto era verdad?, en realidad, quien buscaba el provecho, no podía pensar exclusivamente en aprovecharse de las cosas que carecían de valor sino de todas las cosas,⁸ es decir, que todas las cosas que existían podían ser materia de aprovechamiento,

eran defensores de una tradición ya superada y por eso surge esa rivalidad entre ellos y los filósofos o, lo que es lo mismo, entre la política, la teología y la filosofía.

³ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy? Er: What is Political Philosophy? and Other Essays*. Chicago: Chicago University Press, 1988. p.11 “La Filosofía es esencialmente no la posesión de la verdad, sino la búsqueda de la verdad. El carácter distintivo del filósofo es que ‘el sabe que no sabe nada’, y que esta vista hacia nuestra ignorancia lo induce a buscar con todas sus fuerzas el conocimiento”.

⁴ La filosofía nace con la crisis de la *polis* manifestada en la expansión de la *opinión* y el olvido del *conocimiento*, oponiéndose entonces abiertamente a las creencias u opiniones de los individuos, que por ser creencias no forman parte del conocimiento ni de la verdad. Sin embargo, es menester mencionar que los filósofos eran muy conscientes de que las creencias eran importantes para la política porque mantenían unida a la ciudad, y por lo tanto el difundir la filosofía dentro del espacio de la ciudad llevaba en sí, el peligro de sembrar la duda y el escepticismo dentro de la *polis* (Lo que por cierto, llevó a los filósofos a escribir esotéricamente y a hablar y discutir filosofía solo entre sus discípulos). Con el paso del tiempo, empero, este cuidado de los filósofos dejará de tomarse en cuenta, y así los llamados “filósofos” de la ilustración intentarán llevar la filosofía a la ciudad, propagando y sembrando la duda en la esfera política, lo cual servirá para asentar todas las corrientes individualistas y neutrales de la modernidad y agudizando por otro lado los conflictos sociales.

⁵ En realidad, la palabra que utiliza Platón para referirse al Aprovechador es *philokertes*, que significa el que “ama ganar” o el que “ama la ganancia”. Por otro lado, Hiparco fue el hijo de del tirano ateniense Pisistrato y se dice que tomó la tiranía tras la muerte de su padre (527 AC) y gobernó hasta que fue asesinado y la tiranía pasó a su hermano Hippias, más adelante trataremos de relacionar el concepto *philokertes* o aprovechador con la racionalidad instrumental y con el moderno concepto de **consumidor**.

⁶ BLOOM, Allan. *Ibid.* p.108.

⁷ PLATÓN, “*Hipparchus or the Profiter*”, traducido por Steven Forde, reimpresso en: *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*, editado por Thomas Pangle. Ithaca: Cornell University Press, 1987, también incluida en *Giants and Dwarfs*, de BLOOM, Allan. *Ibid.* 225b, p.94.

⁸ *Ibid.*

pues obviamente nada que careciese de valor podía producir algo. Ahora, también era verdad que si manteníamos la primera definición, era factible pensar que alguien mediante argucias podría hacer creer que algo no tenía valor cuando en realidad sí lo tenía. El provecho era opuesto a la pérdida, y por lo tanto el provecho era algo bueno en relación a la pérdida.

Pero, esto mismo iba a ser desafiado por Sócrates afirmando que el provecho no podía circunscribirse en obtener algo más de lo que uno invertía. Por ejemplo, si alguien era invitado a una fiesta en la cual asistía para comer y bailar sin tener que pagar (lo cual podía aparentemente ser definido como un provecho), pero de pronto la comida le caía mal y se enfermaba, evidentemente se tendría que deducir que el permanecer sano antes que haber ido a la fiesta era más provechoso que el haber ido a la fiesta, y que el provecho no requería de obtener cualquier posesión.⁹

Así también, si uno invertía la mitad de una medida de oro y obtenía a cambio el doble en plata, ¿podía ser entendido esto como un provecho? Por cierto que no.¹⁰ Esto a las claras demostraba que el provecho tenía que ver necesariamente con el valor absoluto y por eso, menos cantidad de oro podía equivaler en valor con una mayor cantidad de plata.

Así pues: “el valor, entonces, era lo que era provechoso, sea pequeño o grande, y lo carente de valor era lo que no traía provecho.”¹¹

Por ende, quedaba también claro para Sócrates que el provecho debía provenir de algo **bueno** y no **malo**, porque si venía de algo malo entonces no podía ser considerado provecho,¹² y por lo tanto, se podía deducir de aquí la inexistencia de un provecho decente y otro indecente. En síntesis: “todos los

provechos, pequeños o grandes, eran buenos”¹³, y todas las personas decentes deberían aspirar a este tipo de provecho.

Desde la filosofía, entonces, la idea del provecho siempre estaba orientada por un fin o un propósito bueno, y esta noción implicaba finalmente que el provecho tenía que ver con lo sustantivo (valor o mérito) y no con lo material o cuantitativo, implicando además una mejoría que aproximaba a los hombres al ideal de “Buena Vida”, que no era otra cosa que la realización de su naturaleza humana.¹⁴

El provecho, como lo entendía el interlocutor de Sócrates, sin embargo, distaba mucho de ser un verdadero provecho, porque justamente descartaba la relación del provecho con lo **bueno** y reivindicaba así mismo una posición cuantitativa y acumulativa del significado de éste.

Recurriendo a un mentado refrán del saber popular que decía que “lo barato sale caro”, el provecho entonces no dependía de la obtención de un beneficio inmediato para sufrir posteriormente un perjuicio, ni mucho menos tenía que ver con cálculos matemáticos que pudiesen brindarnos la idea de un incremento patrimonial o de evitar un perjuicio en el patrimonio.

Derrotado en la confrontación dialéctica, empero, “el sofista aprovechador” aguardará pacientemente su tiempo para reaparecer con fuerza en los tiempos modernos, a partir de la obra hobbesiana y de los modernos epígonos de Hiparco, es decir, los economistas y abogados forjadores hoy de una alianza denominada **Análisis Económico del Derecho**.¹⁵

Como en los tiempos de la crisis de la *polis* antigua, el espíritu de Hiparco atacaba de nuevo.

⁹ Ibid., 231b, p.102.

¹⁰ Ibid., 231d, p. 103.

¹¹ Ibid., 231e.

¹² Ibid., 232b, p.103.

¹³ Ibid.

¹⁴ Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.

¹⁵ El **Análisis Económico del Derecho**, como más adelante veremos, no será otra cosa que el intento por aplicar ciertas reglas de la microeconomía libertaria en el campo del Derecho a partir de los años 70, fundado en la supuesta capacidad racional de los seres humanos para discernir el mejor modo de obtener beneficios materiales, vale decir, en la manera más adecuada para realizar elecciones individuales.

Los trabajos más relevantes en los inicios del **Análisis Económico del Derecho** son los siguientes: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Segunda edición, 1977; POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 1983; GOETZ, Charles. *Law and Economics*. 1984; y COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 1988.

Más recientemente también de POSNER, Robert. *Overcoming Law*. 1995.

2. ¿QUIÉN ES EL MAXIMIZADOR?

Thomas Hobbes (1588-1679), además de haber sido uno de los filósofos que más contribuyeron en el proceso de construcción del Estado moderno y de las teorías absolutistas, destacó así mismo por describir de una manera excepcional las cualidades que empezaban a acompañar al hombre moderno, al sujeto racional que buscaba ya no fines trascendentes, sino que utilizaba su razón en un sentido instrumental que le servía entonces para buscar los mejores medios a su alcance a fin de poder sobrevivir en un medio en el que los bienes escaseaban. Así para él, la razón no era sino **cálculo**, esto es, la capacidad de sumar y restar, y ésta se empleaba de acuerdo al modelo inductivo de la ciencia moderna, que partiendo de lo particular y concreto buscaba algún tipo de ley.¹⁶

Según Hobbes, el ser humano poseía una naturaleza que respondía a estímulos, y gracias a estos estímulos era que el hombre podía convertirse en un ser móvil; estos estímulos, según él, eran básicamente dos, a saber, el apetito o deseo y la aversión. En este sentido, el filósofo de Malmesbury mencionaba que "lo que los hombres desean se dice también que lo aman y que odian aquellas cosas por las cuales tienen aversión."¹⁷

Lo bueno, obviamente, era lo que nosotros deseábamos, y lo malo aquello que rechazábamos, sin embargo, como el cuerpo humano cambiaba y se transformaba siempre, también los deseos y las aversiones se modificaban con el paso del tiempo, y dependían de la naturaleza particular de cada ser humano.¹⁸

Ahora bien, lo que más destacaba en la personalidad de los hombres era sin duda su perpetuo e incesante afán de poder que solamente concluía con la muerte, pero, lo que era más grave, era que la

única manera de mantener este poder era adquiriendo siempre bienes nuevos.¹⁹ Al compartir estas características los hombres estaban en igualdad de facultades, teniendo en cuenta además que cada hombre tenía la capacidad de matar al otro aunque paradójicamente cada uno pensaba que nadie era superior a sí mismo.²⁰

Como decía entonces Hobbes: "de esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos..."²¹

De esto entonces se derivaban tres causas de discordia entre los hombres: la competencia, la desconfianza y la gloria.²² La primera de estas causas impulsaba a los hombres a atacar para procurarse un beneficio, la segunda para lograr seguridad y la tercera para ganar reputación.²³ Empero, estas características conducían a los hombres a un estado de guerra o conflicto permanente, lo cual podría llevarlos a la muerte. Este temor a la muerte movía por consiguiente los sentimientos humanos hacia la búsqueda de la paz al tiempo que existía también un anhelo por llevar una vida cómoda y confortable. Era en este momento cuando intervenía entonces la razón, que sugería las normas pertinentes para garantizar la paz, vía el mutuo consenso.²⁴

Este modelo no era otro que el modelo burgués que después sería perfeccionado tanto por los filósofos vinculados a la ilustración escocesa (como Hume o Adam Smith), como también por aquellos cercanos a la filosofía utilitarista como James Mill o Bentham.

Precisamente, entre estos autores encontraríamos las bases del análisis económico o economicista de la sociedad que posteriormente será llevado al campo de la política y del Derecho.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Sarpe, 1984. Cap V. pp.58-59.

¹⁷ *Ibid.* Cap. VI. p. 68.

¹⁸ *Ibid.* p. 69.

¹⁹ *Ibid.* Cap. XI. p. 110.

²⁰ *Ibid.* Cap. XIII. p. 134.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* p. 135.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* p.138.

En el caso específico del Análisis Económico del Derecho, Adam Smith empezaría a estudiar, por ejemplo, los efectos económicos de la legislación mercantilista, pero será Jeremy Bentham quien dará el verdadero impulso a este enfoque, al preocuparse por el análisis económico de la legislación que no tenía que ver con lo comercial sino con los asuntos penales, de responsabilidad civil, etc.²⁵

Siguiendo entonces la descripción de la naturaleza ya presente en el análisis hobbesiano, Bentham estaría de acuerdo en señalar que la naturaleza humana se enfrentaba a dos amos: el dolor y el placer, y por eso la vida humana podía circunscribirse exclusivamente al cálculo entre éstos, el mismo que debería brindar un superávit de placer frente a un déficit de dolor.²⁶ En este sentido, para los utilitaristas los seres humanos tenían que convertirse en instrumento o herramientas de cálculo, lo cual desde su punto de vista podía ser muy ventajoso en el caso del Derecho punitivo o sancionador.

Así pues, como se entendía que las personas eran maximizadoras racionales de intereses, el control penal podía manejarse a través del establecimiento de un conjunto de "precios" (sanciones), cuya severidad dependía de la probabilidad de que éstas se aplicaran. Por lo tanto, un delito de difícil sanción por su dificultad en detectarse debería de tener un castigo más severo en relación a delitos fácilmente detectables que podrían contemplar una sanción menor. En conclusión, teniendo en cuenta estas premisas, el hombre racional debería de abstenerse de delinquir si es que hacía sus cálculos de manera adecuada, pues de otro modo sufriría gratuitamente de perjuicios.

El planteamiento fundamental, entonces, era que el sujeto moderno era por naturaleza un sujeto calculador que aplicaba la dialéctica costo/beneficio a fin de reducir el dolor e incrementar la riqueza. Por lo tanto, el Análisis Económico del Derecho se funda-

ba en la eficacia, que debía medirse sobre la base del incremento de la productividad, y esto se podía advertir en el modo como los hombres racionales agregan beneficios mientras tratan de reducir los gastos.²⁷

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Como resultado del desarrollo de la escuela realista en norteamérica a inicios de los años 30, que reivindicaba el individualismo metodológico y rechazaba el legalismo y los análisis jurídicos casuísticos, y que asimismo se ocupaba fundamentalmente por reivindicar la eficacia del Derecho antes que por resaltar su validez, poco a poco la idea tradicional del Derecho positivo comenzaría a ser socavada, desdibujándose también esa imagen del Derecho como Ciencia Autónoma perfectamente delimitada e identificada. Esto daría pie, entonces, a una interpretación mucho más extensa, que incluiría ahora a un conjunto de elementos y razones provenientes de distintos campos del conocimiento.

A partir de entonces, tanto la política, como la moral y la economía fueron consideradas las áreas más cercanas al Derecho moderno y que poco a poco habían comenzado ya a minar la unidad y autonomía de su estructura.

Siendo además Estados Unidos una sociedad plural culturalmente hablando y altamente industrializada, era evidente que estos factores tenían que aparecer con fuerza dentro del terreno judicial. Empero, el método jurídico tradicional, en parte por su conservadurismo y lentitud y en parte por su particular esencia, era incapaz de seguir el paso de estos "avances políticos y económicos" propios de un país desarrollado.

Es más, para muchos empresarios y economistas el modelo legal tradicional producía resultados que

²⁵ ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6.

²⁶ BENTHAM, Jeremy. *A Fragment of Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, WHarrison (de). 1960. p.125. Citado por ROEMER, Andrés. *Ibid.* p.7

Al respecto podemos traer a colación una reciente sátira literaria escrita por el teórico político Steven Lukes quien, describiendo un régimen que vive bajo los preceptos utilitarios, llamado Utilitaria, dice:

"Sin duda sería demasiado prematuro relatarte mi sensación de cómo es la vida en este lugar, pero estoy impresionado por su aparente buena organización y eficiencia y por la naturalidad con que consideran estas cualidades todos aquellos que he conocido hasta el momento. Parece haber un extraordinario sistema de bienestar social en cuanto a sanidad y educación, y parece existir un especial interés por el bienestar de los ancianos.

He observado algo muy extraño: el idioma utilitarista parece curiosamente deficiente, y ciertas palabras y conceptos son sencillamente desconocidos".

LUKES, Steven. *El viaje del Profesor Caritat o las desventuras de la Razón*. Barcelona: Tusquets, 1997. pp.80-81.

Posteriormente, el personaje principal descubrirá que esas palabras que olvidan los utilitarios tienen que ver con los sentimientos, es decir con todo aquello que hace que los hombres se diferencien de las máquinas calculadoras o las computadoras.

²⁷ POLINSKI, Mitchel. *An Introduction to Law and Economics*. Boston, Toronto: Little Brown and Company, 1989. p.7.

económicamente hablando podían ser perjudiciales, inclusive para quienes pudiesen haber obtenido un fallo favorable en las Cortes.

Así, a inicios de los años 60 un puñado de importantes profesores de Derecho de “prestigiosas” universidades norteamericanas (Harvard, Yale, Standford, etc., esto es, de universidades provenientes de la llamada *Evy League*), decidieron adoptar las herramientas utilizadas por los economistas para poder aplicarlas al campo jurídico y de este modo hacer más efectivo el Derecho y configurar así un modelo adecuado para el nuevo avance económico. La herramienta escogida sería entonces la economía neoclásica (microeconomía), esbozada por los economistas de Chicago como Frank Knight, Aaron Director, Milton Friedman y por supuesto Friedrich Hayek, tenaces enemigos del *New-Deal* y todos los proyectos intervencionistas.²⁸ Por ende, los primeros intentos de Análisis Económico había que buscarlos en las leyes corporativas (empresas), en la tributación federal, y en las leyes antimonopólicas, y de allí se pasaría posteriormente al terreno del Derecho Penal e inclusive al Constitucional.²⁹

La idea fundamental era la de aplicar las ventajas de los modelos económicos a las acciones humanas, teniendo en cuenta, como lo decía Richard Posner (uno de sus principales voceros), que “los seres humanos eran maximizadores racionales durante todas, o casi todas sus interacciones sociales.”³⁰

Ahora bien, ese sujeto maximizador racional no tenía nada que ver con el modelo planteado por Sócrates en el Hiparco, que **buscaba su provecho orientado al Bien**, sino más bien se relacionaba con el mismo aprovechador criticado severamente en este diálogo.

Evidentemente, un sujeto maximizador era aquél que era capaz de elegir de manera adecuada, teniendo en cuenta los criterios de producción eficiente señalados por la microeconomía, esto es, establecer un nivel determinado de rendimiento con el menor costo combinado de gastos;³¹ esto, por cierto, significaba entonces que la firma (o la persona) ya no podía producir a menor costo.³² Teniendo en cuenta esto y sabiendo que “el problema de la economía era la asignación de medios escasos entre fines alternativos o en competencia”,³³ había que pensar también en una eficiencia en la asignación:³⁴ “La eficiencia en la asignación, describía un equilibrio en la distribución de bienes y servicios entre los consumidores individuales. Una distribución particular de bienes puede ser una asignación eficiente si no es posible redistribuir los bienes a fin de hacer por lo menos mejor a un consumidor (en su propia estimación) sin empeorar a otro consumidor (nuevamente en su propia estimación)”.³⁵ Esto sería además el ideal de la llamada *Welfare Economics* (Economía de Bienestar) que supuestamente pretendería sintetizar la eficiencia con la equidad.

El Análisis Económico, entonces, pretendía alcanzar esta eficiencia en cualquier controversia jurídica. Esto podía llevarnos inclusive a obviar las resoluciones judiciales y sin perjuicio a nuestra productividad y eficiencia, pues, gracias al teorema de Coase,³⁶ podíamos saber que, en aquellos casos donde las negociaciones no fueran costosas, la resolución judicial era irrelevante y los efectos producidos por las partes en litigio podían seguir siendo los mismos. En otras palabras, se podía concluir que las leyes no tienen mayores efectos cuando las partes en litigio mantienen relaciones de regateo. Esto podía verse a través de un ejemplo bastante citado en los textos generales del Análisis Económico:

²⁸ SCHUERMAN, William. *The Rule of Law at Century's End*. En: *Political Theory*, Vol. 25, No. 5 (Octubre de 1997) p. 754.

²⁹ Ibid.

³⁰ POSNER, Richard. *The Law and Economics Movement*. En: *American Economic Review*, No.1 (Marzo de 1987). p.3. Citado por William E. Scheurman.

³¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins, 1988. p.17.

³² Ibid.

³³ BUCHANAN, James. *What should economist do?* Indianapolis: Liberty Fund, 1979. p.20.

³⁴ Y aquí es donde la economía intentaba hacerse más humana preocupándose no solo en la productividad sino también en su distribución. Evidentemente habrá quienes solo optarán por la eficiencia a secas mientras que existirá otros que, si bien le dan la preferencia a la eficiencia no descartarán la equidad, aunque ésta quedará subordinada a la primera.

³⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ibid. p.18.

³⁶ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. J.L. & Econ. 1, 1960.

“Una fábrica emite humo que ensucia las ropas de una lavandería en el vecindario. Supongamos que la lavandería inicia una acción legal para detener esta acción; dependiendo de las evidencias que se presenten en la corte, el caso se puede resolver de dos modos. Si la corte entiende que se está violando el derecho de la lavandería a no ser dañada por el humo de la fábrica, entonces la corte debe dar los pasos apropiados para detener la polución que ocasiona la fábrica. Sin embargo, si la corte decide que no hay delito en la acción de la fábrica (porque quizá, la fábrica estaba primero en el vecindario; la lavandería “fue entonces donde el daño”), la corte puede, por lo tanto, desestimar la queja de la lavandería sin remedio ¿Será afectada la eficiencia de la producción de la fábrica o de la lavandería de acuerdo a la opción que tome la corte?”³⁷

Evidentemente, para los seguidores del Análisis Económico que siguieran el teorema de Coase, el resultado judicial sería irrelevante si es que se lograra una negociación entre las partes (ambas, perfectamente racionales) que produzca una mejoría concreta y cuantificable para todos.

Así pues, si empezamos de una vez a cuantificar el problema planteado entre la fábrica y la lavandería, la lavandería se vería perjudicada por la contaminación por ejemplo en unos 10,000 soles, que sería el costo que tendría que pagar por los daños sufridos por la acción de la fábrica, y la fábrica a su vez, si fuese obligada por la corte a detener la contaminación, tendría que hacer un desembolso equivalente a 20,000 soles, que sería el costo requerido para detener la contaminación y resarcir los daños. En este sentido, el Análisis Económico buscará encontrar una tercera vía que impida el pago de 10,000 por parte de la lavandería si obtiene una sentencia negativa, o en su defecto que deje de lado el pago de los 20,000 soles que debería cancelar la fábrica en el supuesto de que la corte entienda que se está violando el derecho de la lavandería a no ser contaminada.

Supongamos ahora que puedan darse situaciones adecuadas para la negociación privada a bajo costo y que pueda construirse esa tercera vía, por ejemplo, señalando que la fábrica pague cierta suma a la lavandería, la misma que podría ser de unos 14,000 soles; esto facultaría a la fábrica a seguir produciendo - y de paso seguir contaminando - y lo más

importante, a reducir el monto de sus gastos de 20,000 a 14,000. Por su parte, la lavandería no sólo se resarcirá del daño producido por la polución de la fábrica, sino que también podría obtener un plus o extra de 4,000 soles. Este tipo de solución produciría al final un beneficio patente para ambas partes, al tiempo que descartaría de plano los efectos de la resolución judicial cualquiera haya sido esta, pues, “bajo la asunción de que existen bajos costos de negociación, la fábrica continuará contaminando no importa si la ley favoreció al contaminado dándole el derecho a no serlo o le brinda al contaminador el derecho para contaminar.”³⁸

Planteados así los hechos del caso y la solución que proporciona el Análisis Económico, resulta claro el énfasis en la eficacia y la productividad que deja de lado cualquier elemento normativo o vinculado al concepto de validez del orden legal. Si el Derecho intenta mediar entre los conflictos particulares, entonces la mejor solución no es aquella que otorga la razón a una de las partes, sino aquella que posibilita la conclusión del litigio vía la negociación de la solución más eficaz, entendida esta desde una posición cuantitativa o productiva según lo entiende la razón económica.

Así pues, los aportes del Análisis Económico pronto superarían los lindes de la responsabilidad y el daño y comenzarían a ser propuestos en los distintos ámbitos del Derecho, inclusive llegando hasta al Derecho Público y al Derecho Constitucional;³⁹ todo esto, por cierto, amparado por la contundencia de sus resultados, deseables desde cualquier punto de vista por cualquier sujeto racional y maximizador, es decir, por cualquier “aprovechador” como el que discutía con Sócrates en el Hiparco.

4. ¿POR QUÉ NO DEBEMOS ELEGIR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Después de hacer este viaje imaginario sobre los orígenes de la filosofía, la aparición del sujeto moderno (el sujeto racional, calculador y portador de la razón instrumental o *zweckrationalität*), y el desarrollo del llamado Análisis Económico del Derecho, vamos a tratar ahora de expresar algunos argumentos que respondan a la pregunta planteada y que sirvan, *mutatis mutandis*, para desalentar a quienes, si bien comparten como nosotros la crítica al modelo de la validez esgrimido por el positivismo y todas

³⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Ibid.* p.4.

³⁸ *Ibid.* pp. 5-6.

³⁹ Cfr. BRENNAM, Geoffrey y HAMLIN, Alan. *Economical Constitutions*. En: *Constitutionalism in Transformation, european and theoretical perspectives*, editado por BELLAMY, Richard y CASTIGLIONE, Dario. Oxford: Blackwell, 1996. pp. 194-207.

sus variantes, consideren sin embargo, alentador y atractivo el Análisis Económico del Derecho. Al hacer esto, debemos dejar en claro que nuestra opción se aproximará mucho a lo dicho en su momento por Sócrates y la tradición filosófica, lo cual nos alejará evidentemente de las bases teóricas del Análisis Económico que justamente se situará, como lo dijimos anteriormente, dentro del arquetipo del Aprovechador o Maximizador.

Si quisiéramos hacer un listado de buenas razones por las cuales el Análisis Económico no es aceptable habría que comenzar por las premisas o postulados que le dan nacimiento.

El Análisis Económico, como lo mencionamos ya, deriva sus fundamentos de la perspectiva racionalista e individualista procedente del contexto anglosajón. Esto significaba que el "punto de Arquímedes" de esta teoría no era otro que el atomismo político o individualismo metodológico,⁴⁰ en donde se entendía que la parte (individuo) era anterior al todo (sociedad) y por ende lo antecedía y determinaba.⁴¹ Por lo tanto, este enfoque partía, como sus mentores lo decían, del hombre autónomo y racional que iba a llevar adelante un "contrato social" que significara por cierto una maximización de sus intereses. El supuesto, entonces, era un estado de igualdad de condiciones naturales, que hacía que todos los seres humanos compartieran una misma forma de razón, que los conduciría a elegir los medios más pertinentes para llevar adelante sus fines particulares (razón instrumental) los mismos que, como lo había adelantado Hobbes, tenían como primer objetivo la supervivencia. Obviamente, esta manera de pensar, que respondía a una forma histórica de pensamiento⁴², aparecía ahora como la manera **racional** de actuar, tildándose de irracional cualquier conducta o acción que respondiera a otras motivaciones.⁴³

Si por un lado los hombres poseían la razón, su característica más importante, sin embargo, no era otra que la capacidad de elección (autonomía) de cada uno de ellos. Así, yo no era un ser humano porque Dios lo había querido o porque existiría alguna razón trascendente para ello, sino que yo era un hombre porque tenía la capacidad de elegir y mis elecciones serían siempre correctas si es que fuesen elecciones racionales. De aquí entonces podríamos deducir que toda elección racional era una buena elección y para que la elección fuese racional debía de minimizar los gastos y maximizar las ganancias.⁴⁴

Para actuar de este modo, teníamos que considerar a los seres humanos casi como máquinas programadoras o calculadoras capaces de analizar cualquiera de sus acciones según estos preceptos matemáticos. Así pues, no solamente se requería que existiese incorporada una capacidad de esta naturaleza sino que los seres humanos tuviesen también establecidos un conjunto de preferencias que deberían ordenarse de acuerdo a lo estipulado por los principios de maximización (es decir, que si alguien tenía una preferencia digamos no lucrativa o no cuantitativa entonces tal preferencia debía de situarse en el escalafón más bajo dentro de su "set" de preferencias). Pero, ¿podían demostrarse estas premisas?, ¿poseían los seres humanos una computadora en su cerebro?, ¿qué tan cierto era esta descripción de la naturaleza humana racionalista cuando parecería que las personas se mueven más por impulsos y sensaciones antes que por fríos cálculos matemáticos como aparentemente lo hacía Jeremy Bentham?, ¿acaso muchos de nuestros compatriotas no trabajan para gastar su dinero inmediatamente y no para ahorrar o acumular a pesar de que puedan tener buenos ingresos?, ¿no es la "productividad" una característica más afín a las religiones protestantes⁴⁵ y a los pueblos anglo-sajones⁴⁶ que a

⁴⁰ Para una explicación y crítica de este postulado: Cfr. TAYLOR, Charles. *Atomism*. En: *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

⁴¹ Es más, se podría decir que en realidad el sujeto en este modelo está completamente separado de la realidad, aunque los autores individualistas sostengan que el atomismo no puede establecerse sobre la base de una ruptura radical. Cfr. LUKES, Steven. *Methodological Individualism reconsidered*. En: *The Philosophy of the Social Explanation*. Oxford: Oxford University Press, 1973.

⁴² Cfr. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.

⁴³ Como por ejemplo la llamada *Wertrationalität* o acción racional de acuerdo a valores, como la conducta de un creyente. Curiosamente, Max Weber, quien analiza profundamente estas conductas desde la perspectiva sociológica, se encarga también de subrayar que este tipo de acción de acuerdo a valores o fines es también una conducta racional.

⁴⁴ Esto, sin embargo, produciría la primera paradoja dentro de este pensamiento, pues resultaba claro que la autonomía no era tal en tanto que solo podíamos actuar autónomamente y ser libres si es que lo hacíamos de manera racional. ¿Podía ser definida esta situación como autónoma y libre?

⁴⁵ Como lo decía WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Madrid: Sarpe, 1984.

⁴⁶ Como lo mencionaba SPENGLER, Oswald. *Prusianismo y Socialismo*. Buenos Aires: Ediciones Nacionales y Extranjeras, 1935.

la religión católica y las tradiciones andinas e hispanas mayoritarias en nuestro país? Evidentemente el modelo del atomismo, como modelo originado por la modernidad, apuntaba a lo universal y abstracto, lo cual lo convertía en deconstructor de la cultura imperante,⁴⁷ lo que implicaba dejar de lado las particularidades y características culturales de los pueblos hacia los cuales se dirigía la ley. En este sentido, el Análisis Económico debería de estar en capacidad de demostrar que lo universal y abstracto está por encima de lo particular y concreto.⁴⁸

Otra premisa también barajada por esta perspectiva tenía que ver con el privilegio concedido a la elección autónoma por encima de la ausencia de elección, esto es, que quien era dueño de su destino y de sus elecciones estaba y quedaba siempre en mejores condiciones que aquél que no fuese capaz de tomar las riendas de sus decisiones. Por eso, si alguien rehuía a asumir su capacidad de aprovechador y maximizador estaba condenado al fracaso. Pero, ¿era esto cierto?

Recientemente, este ha sido un tema bastante tocado en el campo de la teoría política y constituye un punto importante a rebatir por quienes se niegan a aceptar el individualismo metodológico.⁴⁹

Supongamos que una persona decide desde el colegio que desea ser abogado y para eso comienza a relacionarse con personas de ese ámbito, decide que va a estudiar en la mejor facultad y que va a ser un buen abogado y, por tanto, dejará sus planes particulares hasta que consiga tener una buena posición económica. Finalmente, consigue estudiar y egresar de esa facultad con muy buenas calificaciones y, gracias a sus contactos cultivados por años, encuentra un buen trabajo lo cual lo pone ya en camino de desarrollar planes más particulares, como, por ejemplo, el matrimonio; por último, se casa con la persona elegida y vive una vida tranquila y feliz. Imaginemos ahora otro joven que cuando sale del colegio no sabe que cosa estudiar y que no se anima por nada hasta que su padre lo obliga a meterse a un instituto, donde estudia sin

entusiasmo hasta que un día un amigo lo lleva a una exposición de fotografías y esto le entusiasma tanto al punto de ponerse a estudiar fotografía, encuentra después por ese mismo amigo un trabajo en un periódico y lo envían en comisión fuera del país donde hallará una colega de la cual se enamora y termina casándose siendo también feliz. De todo lo dicho, ¿podemos afirmar que la vida del abogado que fue producto de las elecciones racionales es mejor que la vida del fotógrafo fruto exclusivo del azar? Evidentemente no, pues la realidad concreta es que ambos obtuvieron en este caso resultados análogos con y sin elecciones, lo cual demuestra que el privilegio que le da el Análisis Económico al tema de la elección racional carece de sustento fáctico.⁵⁰

Ahora, si hemos demostrado ya las debilidades teóricas de los supuestos de fondo y de base del Análisis Económico (esto es, el sujeto racional maximizador y autónomo), veamos qué problemas podrían suscitarse a otro nivel de análisis más concreto y real. Para ello será menester retornar al caso citado de la fábrica y la lavandería.

En el caso propuesto, existe un litigio que parece poder ser cuantificado para producir así una solución matemática deseable para cada una de las partes. Estaríamos aparentemente entonces ante un conflicto denominado "Más o Menos", que no podría producir entonces una sumatoria cero (vale decir, que una parte gane todo a costa de la derrota del otro) sino un triunfo compartido. El esquema del caso se mostraba bastante convincente, pues como vimos éste permitiría mantener la productividad de cada parte sin que ninguna se perjudique por el daño. Esta solución podría encontrarse entonces sobre la base de la negociación de las partes, quienes obviamente serían "aprovechadores racionales". En principio, habría que decir que se trataría de un problema de Derecho Privado entre partes autónomas e individuales, pero inmediatamente se nos viene a la mente un problema que comienza a manifestarse cada vez con más frecuencia y que tiene que ver con el propio paradigma moderno que creó la dicotomía Privado - Público.

⁴⁷ La expresión hace referencia al origen del Estado de Derecho que parte de una relativización de los valores por tender éstos a lo particular y concreto, y por eso la Norma Fundante o Norma Básica es siempre universal y abstracta. Debo esta expresión a: CAYGILL, Howard y SCOTT, Alan. *The Basic Law versus the Basic Norm?, The Case of the Bavarian Crucifix Order*. En: *Constitutionalism in Transformation*.

⁴⁸ Ya aquí el Análisis Económico no podía decir que disenta del positivismo tan criticado por ellos, porque el positivismo también partía de una ley universal y abstracta.

⁴⁹ Nos referimos a los autores vinculados al pensamiento político Comunitarista que responde a los argumentos atomistas aseverando que el individuo no puede ser anterior a la sociedad porque es ésta quien le brinda a él las posibilidades y las facultades para elegir.

⁵⁰ La base del ejemplo lo hemos extraído de BELL, Daniel. *Communitarianism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, 1993. pp.4-5.

¿El conflicto entre una fábrica que contamina la ropa de una lavandería puede ser un asunto privado?, ¿son los modernos conflictos entre derechos asuntos exclusivamente privados?, ¿acaso una fábrica sólo puede contaminar las ropas de una lavandería y no estaría contaminando también el aire de esa comunidad y, con el correr del tiempo, podría también reducir las expectativas de vida de esa población? Si las partes deciden arreglar su asunto como lo manda el Análisis Económico podría evitarse un perjuicio para la fábrica y la lavandería, pero ¿es que la fábrica y la lavandería se hallan en medio de la nada o en un páramo como de pronto se hallaba la casa de la familia Ingalls esto es, “*in the middle of nowhere*”? Nada se encuentra en el aire, y por lo menos este caso, tan recurrente en los textos o manuales de Análisis Económico, nos vincula a un problema que evidentemente puede perjudicar a terceros, lo cual nos conduciría a señalar que no estaríamos ante un conflicto del tipo “Más o Menos” sino más bien ante un conflicto del tipo “Uno u Otro”, en donde el “Uno” lo constituirían la fábrica y la lavandería que se ponen de acuerdo para no sufrir perjuicio y el “Otro” serían todos aquellos habitantes de la comunidad perjudicados por la polución, el ruido y tráfico de los camiones y la mala calidad de los productos (¿Lucchetti?), habida cuenta de que sus dueños, como buenos “maximizadores”, buscarán alcanzar el mínimo de calidad a fin de reducir sus costos. Los conflictos modernos entre derechos, para lamentos de los epígonos de la técnica económica, siempre van a derivar en una situación del tipo “Uno u Otro” y no de la clase “Más o Menos”, como equivocadamente pensaban, porque los derechos modernos conllevan una carga sustantiva o valorativa que no es posible cuantificar (la libertad y la igualdad no pueden materializarse, es decir no puede haber más o menos libertad), por ende, lo que se presentaba como una solución eficiente dentro del Análisis Económico del Derecho sólo podía serlo para los “agentes privados” (fábrica y lavandería), pues sólo ellos serían los ganadores frente a los terceros que serían los perdedores.

En sus orígenes, el Derecho podía decir que se movía sobre la base de los criterios de la distribución justa (buena), porque el Derecho no tenía que ver con derechos individuales (abstracciones) sino con el reparto o distribución de cosas materiales entre personas según criterios aritméticos o geométricos, como por ejemplo la partición de una herencia o el pago de tributos;⁵¹ es decir, buscaba dar a cada uno su parte. La distribución “Más o Menos”, entonces, tenía su espacio aquí, pues nos movíamos -repito- en una esfera real y concreta ya que la materia podía partirse y repartirse. En el caso de bienes inmateriales (derechos), sin embargo, no cabría la partición, sino que el bien entero (el derecho) tenía que ir para una parte o para la otra. El Análisis Económico, supuestamente pensaba que se hallaba bajo este supuesto del Derecho clásico, pero evidentemente no era así, pues hablaban sobre casos relacionados a conflictos entre derechos (derecho a contaminar de la fábrica frente al derecho de la lavandería a no ser contaminado). La cuantificación entonces no era dable, y al final los resultados que obtuviesen tendrían que corresponder necesariamente a la esfera del “Uno u Otro”, como el caso analizado.⁵²

Demostrado esto, podemos afirmar entonces que es un error sostener que el Análisis Económico puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos y, al contrario, al estar basado en el individualismo, su único objetivo es enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros (según la lógica del modelo “Uno u Otro”), al tiempo que la productividad y la eficiencia se encargan de depredar lo poco que queda virgen y puro en la naturaleza y en la sociedad.

Parecería pues que hoy los ecos del “aprovechador” se oyen más fuertes que nunca, aún más que en el tiempo de los sofistas, lástima no más que este mundo maltrecho ya ni siquiera sea capaz de engendrar un Sócrates de nuevo.

⁵¹ Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro V.

⁵² Por eso es que, en el contexto norteamericano, quienes responden las tesis del Análisis Económico del Derecho, es decir, la corriente de la Crítica Legal (*Critical Legal Studies*), sostienen que ellos sólo buscan la eficiencia o eficacia económica mas no la eficiencia política, que justamente se movería bajo la premisa de “Más o menos” y no de “Uno u Otro”. Ver sobre esta corriente HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law, 1870-1960*. En: *The Crisis of Legal Orthodoxy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

LAS MAESTRÍAS EN DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS¹

Armando Guevara Gil

Abogado

Pontificia Universidad Católica del Perú

Master en Antropología Cultural

Universidad Wisconsin – Madison

Miembro del Instituto Riva Agüero

A pesar del interés que despiertan en numerosos egresados de nuestras universidades, las maestrías en Derecho en los Estados Unidos no han merecido hasta el momento la atención que pudiera esperarse, pues los trabajos que se han realizado hasta el momento ofrecen aproximaciones parciales y lamentablemente incompletas. En el presente artículo, Armando Guevara pretende superar tales insuficiencias, y ofrecernos una visión ampliamente documentada de los diversos aspectos que caracterizan los programas de maestría en universidades norteamericanas. Su investigación abarca a los principales programas de maestría y es especialmente exhaustivo el análisis de temas poco tratados como el sistema de créditos, la estructura curricular o el rol de los asesores académicos a lo largo de los estudios. Sin embargo, el autor no sólo pretende proveer a los interesados en seguir estudios en el extranjero con un instrumento que les permita tomar una decisión razonada e informada, sino también contribuir con un elemento de reflexión para los encargados de administrar los post-gradados de Derecho en el Perú.

INTRODUCCIÓN

Cursar un post-grado en Derecho en las universidades norteamericanas es todo un reto y, como tal, una gran oportunidad. La experiencia vital de sumergirse en una sociedad diferente y la posibilidad de aprovechar al máximo los programas de estudio son dos grandes acicates para tomar la decisión de estudiar en el extranjero. Así, desde hace algunos años, son cada vez más los estudiantes peruanos que deciden enfrentar las barreras lingüísticas, culturales e institucionales con el fin de lograr la “visa para un sueño”.²

¹ Este trabajo se basa en el Informe sobre las Maestrías en Derecho en las Universidades de los Estados Unidos de Norteamérica sometido a consideración del profesor René Ortiz Caballero, coordinador de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Católica del Perú, en mayo de 1996. Le agradezco la deferencia de haberme encargado su preparación. También quiero agradecer al profesor Joseph Thome de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison (EE.UU.), a Susan Katcher, LL.M. Program Officer del Graduate Admissions Committee de la misma universidad y a Jeff Clark, investigador principal del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa (Canadá) por sus valiosos comentarios y observaciones. Mi reconocimiento y gratitud a Miryam Espinosa-Dulanto, docente de la Escuela de Educación de la Universidad de Wisconsin-Madison por brindarme sus ardorosas críticas. En el Perú, los profesores Armando Zapata Román y César Salas Guerrero se convirtieron en una generosa fuente de sugerencias editoriales y bibliográficas. También agradezco la diligente colaboración de Rafael Meza Castro.

² Frase tomada del sugerente y musical título de Ballén (1996).

Diversas razones impulsan a los estudiantes a emprender el largo proceso de postulación y el posterior viaje educativo. La motivación académica, ese afán por expandir incesantemente los propios horizontes intelectuales a costa de sacrificar las certezas institucionalmente transmitidas, puede ser una de las más poderosas razones para asumir el reto.³ El móvil utilitario o "credencialismo", tan en boga en la actualidad, basado en el legítimo deseo de incrementar los certificados de formación profesional en aras de mejores oportunidades laborales, es otra buena razón que impulsa a los postulantes (cf. Pincus 1973, 226, 231). Por último, cuando el credencialismo atraviesa el umbral del genuino interés, el postgrado se convierte en una mera continuación del "mercantilismo profesional y arribismo social" practicado por algunos estudiantes (Pásara 1988, 8). En cualquier caso, y al margen de las respetables motivaciones y apuestas personales, es importante que los interesados puedan contar con un instrumento que les permita reflexionar y tomar una decisión razonada e informada.

Ese es, precisamente, el objetivo de este trabajo, en el que se presentan sumariamente las características que vertebran los programas de maestría en Derecho en las universidades norteamericanas. He tratado de puntualizar y sistematizar los rasgos que considero fundamentales para que los estudiantes puedan ubicarse frente a la extraordinaria variedad y calidad de la oferta educativa norteamericana. El trabajo se concentra en las maestrías en Derecho, dejando de lado los doctorados, por ser éstas, sin duda, los programas de post-grado que atraen al mayor número de personas interesadas en continuar su educación legal.

Pese a este interés, hasta el momento los postulantes sólo cuentan con un par de recuentos idiosincráticos y superficiales sobre la experiencia de estudiar en el extranjero (Boza 1993; Ballén 1996), con los relatos orales de los magíster que retornan, y con la información oficial y oficiosa elegantemente publicada por las universidades y fundaciones (por ejemplo, trípticos, folletos, formularios de postulación). Los

recuentos mencionados son útiles porque brindan una serie de consejos prácticos y reflexiones personales, pero no ofrecen un panorama de los factores estructurantes de los programas de maestría. Por otro lado, es probable que "la tradición oral" sobre las maestrías sea muy elaborada, pero esta siempre tiene un alcance limitado y lo que se requiere, más bien, es que la mayor cantidad posible de personas acceda a la información más útil. Por último, las referencias oficiales y oficiosas de las propias universidades son ciertamente confiables, pero son muy puntuales y específicas, a la par que se hallan escritas con evidentes fines publicitarios. En general, entonces, se hace necesario incrementar las fuentes de información para quienes desean cursar una maestría en Derecho en los Estados Unidos.⁴

Por último, además de la utilidad informativa, pretendo que este trabajo sirva como un elemento de reflexión para los encargados de administrar los programas de post-grado en Derecho en el Perú. Al igual que en los Estados Unidos (por ejemplo, Barrett 1997), los estudios sobre la educación legal en el Perú se han concentrado en los niveles del bachillerato y la licenciatura. Las reformas curriculares de fines de los años 60 y 80 desarrolladas en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, por ejemplo, generaron una serie de discusiones sobre el perfil que debía tener esa escuela profesional para enfrentar "las demandas sociales" o "el mercado", según la época.⁵ Sin embargo, los programas de maestría (o doctorado) en Derecho no han merecido similares reflexiones. En consecuencia, sería provechoso que los encargados de diseñarlos o dirigirlos tomen en cuenta la experiencia norteamericana con fines comparativos e ilustrativos.⁶

CARACTERÍSTICAS DE LOS PROGRAMAS DE MAETRÍA

1.- Generalidades

Los programas de post-grado en las universidades de los Estados Unidos son reconocidos por su originalidad, variedad y rigurosidad. La educación legal

³ Por ejemplo, la motivación académica de Luis Pásara, notable sociólogo del Derecho, se vio plenamente satisfecha, según él mismo refiere al recapitular su experiencia en la Universidad de Wisconsin-Madison: "el año en Estados Unidos fue mucho más [que confirmar borrosas intuiciones, fue] un aprendizaje teórico y metodológico varias veces superior a todo lo recibido en cinco años desperdiciados en la orfandad de mis estudios universitarios" (1988, 9).

⁴ Es importante advertir que la información incluida ha sido actualizada hasta junio de 1997. Las referencias y los datos puntuales pueden haber cambiado, debido precisamente al dinamismo de los programas, pero las características y tendencias que nos interesan resaltar se mantienen.

⁵ Sobre la primera reforma, ver la copiosa bibliografía recopilada por Belaunde (1995). Otras reflexiones interesantes sobre la educación legal en Benavides (1978), Pásara (1988, 235-249) y Wray (1974). La segunda reforma, en cambio, ha sido muy limitada en términos de producción bibliográfica.

⁶ No propongo, de ninguna manera, la imitación servil o el remedo disparatado; nada más lejos de mi sugerencia.

de post-grado -LL.M., M.L.I. o S.J.D. (ver Glosario)- también se nutre de estos atributos y está orientada a fomentar la especialización y profundización de los estudios en las diversas ramas del Derecho.⁷ Hasta 1997, por ejemplo, 120 de las 176 Escuelas de Derecho acreditadas ante la *American Bar Association* (ABA) y la *American Association of Law Schools* (AALS), ofrecieron 360 *joint degree programs*. Cerca de 80 instituciones administraron unos 120 programas de magister y doctorado, y el total de especialidades en Derecho sobrepasó el medio ciento.

Ante la ausencia de una "Ley Universitaria" norteamericana, el régimen académico y administrativo de las maestrías no se encuentra detallado normativamente.⁸ Lo interesante del caso es que las propias universidades, a través de sus escuelas de graduados, son las que determinan la organización y alcances de sus programas de post-grado. De esta manera, la creación y administración de los programas se sustenta en la demanda educativa, en la saludable competencia académica inter-universitaria y en los marcos establecidos por organismos supra-institucionales (y no-estatales) de evaluación y coordinación (ABA, AALS).

Así, tanto la *American Association of Law Schools* como la *American Bar Association* tienen secciones encargadas de acreditar la calidad de los estudios de post-grado. La AALS cuenta con una *Section of Graduate Programs* y, dentro de ella, una *Section of Graduate Programs for Foreign Lawyers* que está a cargo de los programas para estudiantes extranjeros. La ABA, por su parte, tiene diferentes secciones encargadas de velar por la calidad de la educación legal. El principal instrumento para lograr su propósito es el sistema de acreditación, a través del cual certifica que las escuelas de Derecho cumplen con

determinados estándares educativos. Si no los cumplen, la ABA no otorga o retira su certificación, y ello acarrea consecuencias nefastas para la universidad cuestionada y para sus egresados (por ejemplo, no rendir los exámenes de admisión a las *Bar* y no poder acreditarse ante los tribunales). La sección más importante en este campo es, sin duda, la *Section of Legal Education and Admissions to the Bar*.⁹ Escuetas referencias permiten anotar que las primeras maestrías en Derecho fueron establecidas entre los años 30 (Universidad de Wisconsin) y 50 de este siglo (Universidades de Wayne, Michigan; William & Mary, Virginia).¹⁰ Pese a su enraizamiento y posterior crecimiento explosivo, es importante anotar que los post-grados en Derecho todavía no han sido definidos como objetos de estudio por los académicos involucrados en esta empresa educativa. Es más, los esfuerzos gremiales de control mencionados tampoco han merecido trabajos de investigación. A diferencia de la preocupación casi obsesiva con la enseñanza y los estudios de licenciatura en Derecho, los post-grados todavía no han generado ese proceso de crítica y reflexión por lo que, en consecuencia, la bibliografía especializada es muy escasa.¹¹

Es interesante anotar que además de los grados ofrecidos a quienes han adquirido una educación legal, los no iniciados también pueden acceder a una maestría en Derecho gracias a la flexibilidad de algunas universidades. Así, el M.S.L. (*Master of the Studies of Law*) o el M.L.S. (*Master of Legal Studies*) se ofrecen a profesionales de otras disciplinas y están especialmente diseñados para quienes no tienen formación jurídica pero necesitan conocer el sistema legal debido a sus ocupaciones (economía, contabilidad, administración de negocios). Los grados se conceden bajo diversas denominaciones (por ejem-

⁷ No puede decirse lo mismo de los estudios de licenciatura debido a los reconocidos problemas de la educación legal. Las deficiencias y (de)formaciones profesionales han sido magistralmente identificadas y cuestionadas por Kennedy en su clásico artículo de 1982 (ver Zile 1980; Barrett 1997). Una reciente discusión que incide en la disfunción entre la educación profesional y la práctica del Derecho, sobre todo en el ámbito judicial, fue iniciada por Edwards (1992) y ventilada por Richard Posner (1993), Robert Gordon (1993) y James Boyd White (1993), entre otros.

⁸ En el Perú, en cambio, la Ley 23733 de 1983 (Ley Universitaria) y el Decreto Legislativo 882 de 1996 (Ley de Promoción de la Inversión en la Educación) integran el actual marco normativo de la enseñanza superior (que, dicho sea de paso, será reemplazado por una nueva "Ley Universitaria"). La primera, en su artículo 24, precisa que la maestría requiere cursar cuatro semestres (2 años), preparar una tesis y conocer un idioma extranjero. Como se verá luego, estas severas exigencias formales contrastan con la aparente laxitud del sistema norteamericano.

⁹ La *Section of Legal Education and Admissions to the Bar* de la *American Bar Association* tiene su sede en 750 North Lake Shore Drive, Chicago, Illinois 60611, EEUU. Su dirección electrónica es: www.abanet.org/legaled/approved.html o www.abanet.org/legaled/home.html. La *American Association of Law Schools* radica en 1201 Connecticut Avenue, NW, Suite 800, Washington, D.C. 20036, EEUU. Su dirección electrónica es: www.aals.org.

¹⁰ Susan Katcher, com. pers.

¹¹ El *Journal of Legal Education* es el principal foro de debate sobre las metodologías y filosofías que sustentan la educación legal universitaria en los Estados Unidos. El propio hecho de consagrar una revista al tema y hasta una revisión somera de sus artículos y referencias revelará que la calificación de "obsesiva" no es exagerada.

plo, M.T. o *Master in Taxation*) y las universidades que los ofrecen (por ejemplo, Stanford) enfatizan que su obtención no autoriza la práctica profesional del Derecho.¹²

2.- Dimensión de los programas

El tamaño de los programas, en términos del número de alumnos, personal administrativo y plantel de profesores es muy variado. Por regla general los profesores son los mismos que dictan las asignaturas del pre-grado. Es más, los cursos de maestría forman parte del mismo plan de estudios y por ello el profesor no tiene una carga académica adicional. En cambio, su labor sí aumenta cuando sirve de asesor a los alumnos que optan por estudiar temas de su especialidad.

Por su parte, la cantidad y organización del personal administrativo están en función del número de alumnos matriculados. Los programas con pocos estudiantes recargan los trámites de admisión y las gestiones administrativas en los propios empleados de la Escuela o Facultad.¹³ Los más numerosos cuentan con personal especializado, al punto de llegar a tener *Graduate Secretaries* dedicadas exclusivamente a atender las necesidades académicas y administrativas de los alumnos de post-grado.

El número de estudiantes es muy variable pues depende de una serie de factores. Entre los más significativos se encuentran la disponibilidad de tiempo de los profesores, el interés por el programa ofrecido y la política educativa de la escuela (formación académica, preparación profesional). Así, la Universidad de Texas-Austin, con unos 1,500 alumnos matriculados en la Facultad de Derecho, sólo recibe entre 5 y 10 alumnos de maestría por año, mientras que la facultad de Denver-Colorado, con 1,100 estudiantes, sólo acepta 20 candidatos al magíster cada año. Otras instituciones como Case Western Reserve University y Arkansas University limitan la admisión a 15.

Asimismo, la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Berkeley, con 900 estudiantes, acepta 25 por año, y Yale también limita su admisión a ese número. Cornell University matricula 30 o 35 anualmente, y Southern Methodist University-Dallas restringe su programa a 40 estudiantes por año. La Facultad de Derecho de la Universidad de

Wisconsin-Madison, que registra 900 alumnos de licenciatura, sólo recibe alrededor de 35 alumnos de maestría anualmente (20 en el LL.M. y 15 en M.L.I.). En cambio, otros programas de maestría registran mayor cantidad de estudiantes. El de la Universidad de Harvard, por ejemplo, incorpora entre 100 y 125 estudiantes por año, mientras que el de Pace University admite 60, el de Golden Gate University-San Francisco 100, y el de Villanova University cuenta con cerca de 250 alumnos.

En general, es importante tener en cuenta que la dimensión de los programas determina el tipo de atención brindada al estudiante. Los pequeños son altamente selectivos y promueven una intensa relación académica entre el asesor y el alumno, lo cual puede resultar extremadamente beneficioso para ambas partes. Los programas masivos son impersonales, por lo que la interacción profesor-alumno es limitada y las oportunidades de un fructífero intercambio intelectual se restringen significativamente.

3.- Requisitos para la admisión y el grado

El postulante debe contar con el J.D. y demostrar que posee altas calificaciones y aptitud para el trabajo académico. Para acreditar ambos extremos debe presentar certificados de notas, constancia de haber terminado en el tercio o quinto superior de su clase, cartas de recomendación de sus ex-profesores y, a veces, una muestra escrita de su trabajo académico. Las referencias sobre su experiencia laboral también son útiles para que los comités de admisión puedan formarse una idea cabal del aspirante.

Los programas orientados a fomentar la investigación exigen, además, la presentación de un plan de trabajo y de una declaración de objetivos académicos. Por lo general éstos son previamente acordados con el profesor que acepta servir de asesor académico y son fundamentales para el diseño del plan de estudios del futuro alumno. La solicitud, acompañada de un pago cuyo monto difiere según la universidad (entre 30 y 50 dólares), es procesada tanto por la Escuela de Graduados como por la propia Escuela de Derecho de cada universidad.

Si el postulante es admitido, es usual que inicie su programa de estudios a tiempo completo en el semestre setiembre-diciembre (*Fall semester*). Para ello tanto el asesor asignado como un comité especial

¹² Esta es la razón por la que no los he incluido en este trabajo.

¹³ En 1990, por ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison optó por encargar el proceso de admisión a la maestría al *East Asian Legal Studies Center*. La decisión se tomó para descargar el trabajo de la oficina general de admisión al pre-grado (Susan Katcher, com. pers.).

aprueban su plan de estudios, incluyendo las asignaturas seleccionadas. El plan siempre puede ser modificado, pues la idea es que sea una guía de ruta y no una rígida plantilla que limite el potencial del alumno.

En las maestrías dedicadas a fomentar la especialización profesional el currículo tiende a ser taxativo. En cambio, en las maestrías de investigación académica se puede llegar a no incluir asignaturas pues el objetivo primordial es que el alumno tenga el tiempo, los recursos y la asesoría para completar su propio proyecto de investigación. En este caso, se privilegia la investigación por encima de cualquier nómina de cursos obligatorios.

Para graduarse de Magíster el estudiante debe satisfacer el requisito de la residencia (*residence requirement*). Para ello debe matricularse y permanecer por lo menos un año académico -2 semestres- en la universidad. Algunas universidades fijan la permanencia mínima en 1 año calendario y otras en 3 semestres. Son pocas las que son flexibles en la extensión de la residencia, pues el objetivo es que el estudiante tenga el tiempo suficiente para desarrollar adecuadamente su proyecto académico o su especialización profesional. Además, por cierto, hay un interés pecuniario en exigir un mínimo de semestres de matrícula.

En este ámbito, el espectro también es muy amplio. Wisconsin, por ejemplo, promueve que sus alumnos de LL.M. realmente interesados en la carrera académica permanezcan hasta dos años y rebaja sustancialmente el pago de la matrícula. Louisiana State University también concede extensiones sobre el año de sus maestrías pero por períodos más cortos (el trimestre del verano o un tercer semestre adicional). Por su parte, escuelas como la de Pace University aceptan estudiantes a tiempo parcial y les conceden hasta 2 años de estudios nocturnos para aprobar su programa. En cualquier caso, la residencia es un requisito indispensable y tiene por finalidad permitir que el alumno se nutra del repertorio académico de la universidad.

Otro requisito es la aprobación del número suficiente de créditos. A lo largo de su programa de estudios, el alumno debe acumular un mínimo de créditos que varía según las estipulaciones de cada escuela. El mínimo para obtener la maestría oscila entre los 18 y 24 créditos. En esta cantidad se incluyen los créditos correspondientes a los seminarios de investigación y de tesis (6-12 créditos), cuando ésta es un requisito adicional para obtener la maestría.

Así, la Universidad de Wisconsin-Madison fija en 24 el número de créditos para el LL.M. y el M.L.I. El

primer programa puede tener una duración de dos años, en cuyo caso el número de créditos es mayor, mientras que el segundo se debe completar en un año calendario. En la Universidad de Indiana-Bloomington se necesitan 24 créditos para la maestría en Derecho Comparado (M.C.L.) y 30 para el LL.M., incluidos entre 6 y 10 para escribir la tesis. Ambos programas deben completarse en un año académico. Southern Methodist University, por su parte, ofrece un LL.M. en Derecho Comparado que se obtiene al aprobar 24 créditos en 2 semestres. La Universidad de California-Berkeley requiere la aprobación de 20 créditos en un año académico y la maestría en la Universidad de Harvard se completa con la acumulación de 18 créditos en un año académico.

Otros programas, en cambio, son más exigentes. La Universidad de Tulane-Nueva Orleans, por ejemplo, ofrece un *joint-degree* en Derecho Comparado (M.C.L.) y estudios latinoamericanos (M.A.). Este demanda la aprobación de 33 créditos: 15 en Derecho, 15 en cursos de post-grado en humanidades o ciencias sociales latinoamericanas, y 3 en un seminario inter-departamental.

Mientras la aprobación de los cursos y la redacción de una monografía (*seminar paper*) son suficientes para obtener el M.L.I. o las maestrías profesionales, la tesis es el requisito fundamental para las maestrías académicas (LL.M.). Por lo general, los estudiantes del M.L.I. deben llevar uno o dos cursos básicos. En Wisconsin, por ejemplo, son dos: introducción al Derecho norteamericano y fuentes jurídicas (análisis e investigación legal).

Por otro lado, en los programas académicos, la tesis es el fruto de una investigación supervisada por el asesor, quien siempre preside el comité de profesores (entre 3 y 5) que la evalúa. Debe tratarse de un aporte original y de alta calidad, al punto de ser considerada publicable en las revistas especializadas sobre el tema. No hay una extensión mínima uniforme, pero se estima que un trabajo de 75 a 120 páginas es suficiente para que el graduando pueda desplegar sus conocimientos y contribución.

Algunas universidades son flexibles con este requisito. Mientras Wisconsin, Tulane o Berkeley consideran que la tesis es indispensable para obtener el LL.M., otras como Harvard permiten que los estudiantes extranjeros puedan eximirse de escribir la tesis y, en su lugar, tomar un curso de introducción al Derecho anglo-sajón. La Universidad de Pennsylvania, en cambio, ha generalizado esta flexibilidad al ofrecer dos currículas para obtener el LL.M. en Derecho. Una es el *Course-track*, que se satisface con la aprobación de 20 créditos en un año académico y la preparación de una monografía. La otra es el *Thesis-track*, que se completa con 26 créditos.

tos y la elaboración de una tesis de gran rigor académico.

La gran mayoría de programas en Estados Unidos sólo requiere que la tesis sea entregada a los miembros del comité y depositada en la biblioteca de la universidad (otras ni siquiera solicitan este depósito). Una de las pocas escuelas que exige un examen oral adicional es la de Iowa. Éste versa sobre los cursos y el trabajo de investigación del alumno, pero en cualquier caso el objetivo no es desaprobado al alumno sino fortalecer su rigor académico.

4.- Sistema de créditos

Por regla general, un crédito equivale a una hora de clase a la semana durante un semestre. Es usual que los cursos tengan una carga de 3 créditos, aunque este valor es variable (por ejemplo, seminarios de 4 créditos o cursos de 2). En consecuencia, un programa de maestría de 18 créditos está formado por 6 cursos de 3 créditos cada uno. Idealmente el alumno toma 3 cursos cada semestre y al finalizar el año académico termina su plan de estudios. Los programas de 24 créditos también pueden descomponerse en 8 cursos de 3 créditos, por lo que si la maestría dura un año el estudiante llevará 4 cursos en cada semestre.

Los cursos o seminarios válidos para completar una maestría en Derecho son los mismos que se ofrecen para la licenciatura. Las asignaturas de Derecho acumulables son las de nivel avanzado para los alumnos del segundo y tercer año. La falta de cursos especiales para los programas de maestría se compensa con la rigurosidad, variedad y cantidad de materias tratadas en el currículo de la licenciatura. En el caso de maestrías inter-disciplinarias, el estudiante debe llevar cursos de post-grado en otros departamentos o facultades. Para obtener el M.L.I. en Wisconsin, por ejemplo, 12 de los 24 créditos requeridos pueden provenir de otras especialidades. En todos los casos se aplica la regla de equivalencia entre un crédito y una hora semanal de clase a lo largo del semestre.

En los casos de maestrías que exigen la redacción de una tesis, se estimula que el alumno se concentre en su trabajo mediante el reconocimiento de créditos de investigación. Wayne State University-Detroit sólo reconoce 2 créditos de tesis sobre el total de 24 que demanda su LL.M.. En cambio, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Louisiana se habilitan entre 6 y 8 créditos, sobre un total de 24, para la preparación del trabajo. La Universidad de Harvard reconoce 3 o 4 créditos de tesis sobre el total de 18 que requiere la maestría. En forma similar, la Universi-

dad de Notre Dame-Indiana prescribe 4 de los 24 créditos de su programa de dos semestres para escribir la tesis de maestría. En cambio, la Universidad de Utah, al igual que la de Wisconsin, es más concesiva al respecto, pues de los 24 créditos necesarios para obtener la maestría (LL.M.) permite que hasta 12 puedan ser "liberados" para el trabajo de tesis.

5.- Flexibilidad curricular

La flexibilidad curricular consiste en la capacidad del estudiante de seleccionar los cursos y armar su propio plan de estudios. La universidad norteamericana provee el *milieu* académico, la infraestructura educativa y el régimen administrativo (requisitos, formalidades), pero es el alumno quien decide cuál será el plan de estudios de su maestría.

Más allá de aprobar los cursos obligatorios que puedan fijarse y que por lo general no pasan del 30% de los créditos del programa, el objetivo es que el estudiante pueda explorar y reforzar sus propias potencialidades usando las oportunidades curriculares ofrecidas por la universidad. Para evitar la dispersión académica, la flexibilidad curricular va acompañada de la selección de un área de concentración (ver infra, 7).

Esta política de flexibilidad se sustenta en la responsabilidad individual del alumno, pues se asume que él es el mejor árbitro de su propio futuro profesional y académico. La universidad brinda el marco institucional para que los alumnos canalicen sus inquietudes intelectuales, pero son éstos quienes tienen que transformar sus inquietudes en proyectos académicos realizables (y realizados). Para canalizar su energía intelectual el estudiante cuenta con la orientación de su asesor académico, pues el objetivo es potenciar al máximo las ventajas de la flexibilidad curricular.

Las maestrías destinadas a fomentar la investigación tienden a ser mucho más flexibles que las diseñadas para la especialización profesional. Sin embargo, aún en éstas el estudiante tiene un margen de maniobra notable, sobre todo si lo comparamos con los rígidos planes de estudio de otros sistemas universitarios (por ejemplo, Perú).

El LL.M. en Tributación de Golden Gate University, por ejemplo, ofrece una gran variedad de cursos electivos y, además, la posibilidad de registrarse en cursos de otras especialidades. La maestría en Derecho Comparado de la Southern Methodist University tiene un diseño similar. El LL.M. en Temple University es igualmente flexible, pues de los 24 créditos necesarios para graduarse, un tercio corres-

ponde a cursos obligatorios y dos tercios a un abanico de cursos electivos.

La Universidad de Stanford también enfatiza que no prescribe un currículo determinado y que el estudiante es quien arma su propio programa de estudios con el apoyo de su asesor académico. El LL.M. en la Universidad de Wisconsin-Madison requiere un mínimo de 24 créditos y, como el objetivo es enfatizar la investigación, sólo 12 corresponden a cursos de Derecho u otras especialidades, "liberando" el resto para elaborar la tesis (en la forma de cursos de investigación supervisados por el asesor).

La flexibilidad también se expresa en la posibilidad de acumular créditos registrándose en cursos de otras especialidades. Ello deviene en requisito en las maestrías interdisciplinarias. Este es el caso de Wisconsin-Madison, donde 12 del total de 24 créditos del M.L.I. pueden ser aprobados en cursos dictados por otros departamentos. El caso del *joint degree* en Derecho y estudios latinoamericanos (M.C.L. - M.A.) ofrecido por la Universidad de Tulane-Louisiana también es ejemplar en este aspecto, pues los 33 créditos requeridos se dividen en forma (casi) pareja entre materias de Derecho y cursos o seminarios de post-grado administrados por diferentes departamentos (Antropología, Sociología, Economía, Historia).

Otro caso notable es el de la maestría en Derecho y Asuntos Marinos de la Universidad de Washington-Seattle. Esta se completa con 40 créditos, pero sólo 15 deben ser tomados en la Escuela de Derecho. Los demás provienen del espectro curricular de otros departamentos (administración portuaria o pesquera, ecología marina, economía y recursos naturales).

Algunas universidades han asumido el reto de ampliar aún más el abanico de opciones al alcance de los estudiantes de post-grado. Unas han optado incluso por el desplazamiento geográfico. Así, la Universidad de Notre Dame brinda la oportunidad de estudiar la maestría en Derecho Internacional y Comparado en Londres. Otras han preferido ofrecer programas mixtos, creando maestrías compuestas por el tradicional plan de estudios de cursos y seminarios avanzados y por actividades educativas complementarias. Se estima que éstas son igualmente importantes para la formación del estudiante aunque la transmisión y aprehensión del conocimiento legal no se produzca a través del curso universitario tradicional sino de manera alternativa.

Así, Temple University-Philadelphia ha diseñado una maestría en litigación (*Trial Advocacy*) basada

en la simulación de juicios (*moot court*). Estos procesos familiarizan al estudiante con la práctica forense, con menos realismo que el obtenido en las clínicas legales pero sin los potenciales riesgos de afectar los intereses de clientes o patrocinados indigentes.

En cambio, la Universidad de Miami-Coral Gables ha optado por incorporar a su post-grado en bienes raíces seminarios de corta duración (*LL.M. in Real Property Development*). El objetivo es complementar el contenido de los cursos regulares con seminarios intensivos semanales a cargo de expertos que sólo están dispuestos a dedicar un tiempo limitado a la enseñanza universitaria.

A veces los programas no-escolarizados llegan a ser itinerantes. El magíster en Negocios Internacionales (*Transnational Business Practice*) de McGeorge School of Law-California se dicta en Austria y California. Los estudiantes toman cursos en la Facultad de Derecho de Salzburgo durante 6 semanas. Luego cumplen 3 meses de prácticas profesionales en estudios de abogados o compañías transnacionales a lo largo y ancho del globo y finalmente concluyen su programa de estudios en California.

Por otro lado, George Washington University-Washington D.C. combina cursos tradicionales con prácticas profesionales supervisadas, clínicas legales y planes de investigación. Howard University-Washington D.C. también concede el grado integrando cursos y prácticas profesionales en estudios de abogados, la administración pública o despachos judiciales. En todos estos casos el objetivo es trascender el formato tradicional del curso universitario y exponer al estudiante a las múltiples facetas del quehacer jurídico.

6.- Diversidad temática, interdisciplinarietàad

Las maestrías norteamericanas versan sobre las más diversas especialidades imaginables. Presentar un resumen es imposible pues los temas se multiplican exponencialmente de acuerdo con la exploración académica y la especialización profesional de cada escuela y de las sucesivas generaciones de académicos.

Así, los post-grados no sólo se concentran en las áreas "tradicionales" del Derecho (contratos, sociedades, propiedad), o en las ya usuales amalgamas interdisciplinarias (Derecho y sociedad, economía, ciencia política ...). También son diseñados para explorar materias que no tienen cabida en los planes de estudio clásicos. La Universidad de Tulsa-Oklahoma, por ejemplo, ofrece un *joint degree* que combina la licenciatura en Derecho con maestrías en Biología, Geología y Psicología Industrial.

Esta diversidad temática se nutre de la cantidad de asignaturas en Derecho, de la flexibilidad curricular que permite tomar cursos en otras especialidades, y de la constante innovación en los planes de estudio. En la Escuela de Derecho de la Universidad de California-Berkeley y en la de Denver-Colorado, por ejemplo, se dictan alrededor de 100 cursos y seminarios por año. En Wisconsin-Madison el espectro de cursos especializados en Derecho supera los 160. Es más, el currículo de la maestría en Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la NorthWestern School of Law (Lewis & Clark College-Portland) ofrece un total de 35 cursos dedicados al medio ambiente, con más de 25 dictados cada año.

La diversidad mencionada aumenta aún más si se pondera el factor de los cursos de investigación independientes y los de redacción de tesis. En éstos, la exploración temática está limitada sólo por la originalidad del proyecto de investigación y por los contornos acordados con el asesor académico. Ambos factores contribuyen a ampliar constantemente el debate intelectual, fomentando la incorporación de múltiples temas y puntos de vista.

El estudiante puede emplear esta variedad para lograr fines diferentes. Por un lado, puede optar por especializarse aún más en Derecho, explorando un tema rigurosamente a partir de un programa de estudios muy puntual. Por el otro, puede tomar un rumbo interdisciplinario. Éste consiste en elaborar un plan de estudios mixto, combinando cursos en Derecho con los de otros departamentos. Es política establecida el que las universidades más prestigiosas promuevan los estudios interdisciplinarios porque se entiende que la hibridación académica es sinónimo de vigor y originalidad intelectual.

Las universidades de Harvard, Stanford, Yale, Cornell, Berkeley y Michigan-Ann Arbor, entre otras, dedican enormes esfuerzos a impulsar la interdiscipliniedad. Algunas escuelas de Derecho son famosas por cultivarla en su propio seno, de tal manera que una porción de sus planes de estudio es intrínsecamente interdisciplinaria. Este es el caso de la Universidades de Wisconsin-Madison en la especialidad de *Law and Society*; Yale o Chicago en *Law and Economics*; Chicago en *Law and History*; o Tulane en *Law and Latin American Studies*.

El abanico temático puede conducir a obtener un *joint degree* en el que se combinan estudios de Derecho con los de otra especialidad. En este caso se añade el grado académico de Magíster al título profesional en Derecho. Los grados conjuntos son

una respuesta al escaso tiempo que los estudiantes pueden invertir en la universidad, al alto costo de la educación de post-grado, y a la creciente demanda por profesionales con formación interdisciplinaria y especializada. Los programas conjuntos permiten que un porcentaje de los créditos aprobados en Derecho y en la especialidad seleccionada sirvan para completar los requisitos de ambos. Esta superposición de créditos genera un "ahorro" de tiempo y dinero en beneficio del estudiante.

La Universidad de Richmond-Virginia, por ejemplo, tiene un *joint degree program* en el que junto con el J.D. concede el LL.M. en Administración de Negocios, Trabajo Social o Planeamiento Urbano. La Universidad de Toledo-Ohio ofrece 7 *joint degrees*, combinando el título en Derecho con maestrías en Contabilidad y Tributación, Negocios, Finanzas, Administración de Salud, Negocios Internacionales, Mercadeo o Gerencia de Recursos Humanos.

Además, el J.D. - M.A. (maestría en Contabilidad) de la Universidad de Tulsa-Oklahoma se completa aprobando 78 créditos en Derecho y 24 en cursos de post-grado en Contabilidad. La recíproca convalidación de cursos permite que el estudiante "ahorre" 16 créditos. En Wisconsin-Madison, el J.D. se obtiene con 90 créditos, pero un *joint degree* en Administración Pública, Estudios Latinoamericanos, Administración de Negocios o Bibliotecología puede obtenerse aplicando hasta 15 créditos de estas especialidades a los estudios en Derecho.

7.- Áreas de concentración

Como se puede apreciar, la gama de posibilidades lectivas plasmada en la flexibilidad curricular, en la diversidad temática y en la interdiscipliniedad es amplísima. No sólo cabe la posibilidad de la especialización *ad infinitum*, también existe la tentación del diletante. La propia textura abierta del sistema puede generar la confusión del estudiante expuesto a semejante abanico curricular.

Para evitar este riesgo y canalizar adecuadamente las inquietudes de los alumnos, las universidades han desarrollado mecanismos de supervisión y control. Uno es el papel del asesor académico (ver infra, 8). Otro es la presentación de un plan en el que se precisa la materia y los cursos del programa de post-grado del estudiante. El tercero es la exigencia del establecimiento de un área de concentración curricular (*core curriculum*).

Las áreas de concentración se establecen para los post-grados en general, sean éstos interdisciplinarios

o no. El objetivo es que el estudiante seleccione un conjunto de cursos y seminarios que le permitan lograr un conocimiento sistemático y coherente del tema seleccionado. Se trata de generar una columna vertebral que articule y cohesione las inquietudes intelectuales del estudiante, permitiéndole maximizar sus esfuerzos académicos.

El LL.M. en Derecho Comparado e Internacional de la Universidad de Iowa, por ejemplo, ofrece tres grandes especialidades con cursos obligatorios para cada una de ellas. Es a partir de estas asignaturas que el estudiante elabora su área de concentración. El LL.M. en la Universidad de San Diego-California exige que 10 de los 24 créditos del programa de estudios correspondan a un tópico previamente seleccionado por el alumno.

En forma similar, Cleveland State University-Ohio obliga a tomar 10 de los 20 créditos requeridos para la maestría en un área determinada. En otros casos, las universidades fijan las áreas de antemano. El J.D.-M.B.A. de la Universidad de Toledo-Ohio brinda 7 áreas de concentración, mientras que la maestría en Derecho de la Universidad de Miami-Coral Gables también las establece taxativamente.

8.- Maestrías académicas y profesionales; el papel de los asesores académicos

Las maestrías ofrecidas en Estados Unidos pueden ser clasificadas en dos grandes rubros. Unas son profesionales y otras académicas. En ambas el objetivo es brindar las facilidades institucionales para que el estudiante desarrolle sus inquietudes intelectuales y se prepare para enfrentar los retos del ejercicio profesional o de la carrera académica. Los estudiantes registrados en las maestrías provienen o tienen interés en diversas ramas de la actividad jurídica -carrera académica, ejercicio liberal, judicatura, actividad empresarial, administración pública o práctica alternativa del Derecho. Es precisamente esta constelación de actividades la que genera los rubros indicados.

Las maestrías profesionales enfatizan la especialización y el adiestramiento en materias directamente relevantes al ejercicio del Derecho. Se privilegia la investigación "aplicada". Las maestrías en tributación son típicas al respecto pues los cursos se desarrollan a través del estudio y resolución de casos prácticos. Así, Case Western Reserve University, Chicago-Kent College of Law y la Universidad de San Diego-California tienen maestrías en tributación que se obtienen con 24 créditos en 2 semestres, sin necesidad de presentar una tesis, y luego de aprobar una batería de asignaturas especializadas. El post-grado que ofrece Georgetown

University-Washington D.C. también demanda 24 créditos pero sí exige un trabajo monográfico final.

La Universidad de Miami-Coral Gables administra un LL.M. in *Taxation* de 32 créditos, con cursos modulares que permiten completarlo en 2 semestres. El post-grado concluye con la presentación de un trabajo práctico que debe demostrar el manejo diestro de los elementos proporcionados a la largo de los cursos de formación profesional. Las maestrías en Banca Internacional y Norteamericana de la Universidad de Boston son netamente profesionales y están dedicadas a brindar especialización en altas finanzas.

En oposición, las maestrías académicas promueven la investigación "pura", por lo que el requisito de la tesis es indispensable para obtenerlas. Como estándar de calidad se exige que la tesis sea publicable en una revista especializada (*publishable quality*) y que sea una contribución al debate académico. El LL.M. en Wisconsin-Madison tiene un nítido objetivo académico al punto de permitir que la mitad del número de créditos (12) se acumule desarrollando el proyecto de investigación.

La maestría en Berkeley es igualmente académica y permite dedicar hasta el 40% de los 20 créditos necesarios para el grado a la investigación y redacción de una tesis. De manera similar, el M.C.L. en Indiana-Bloomington está orientado a promover la investigación y por eso los alumnos pueden dedicar hasta un tercio de los 30 créditos del programa a su propio proyecto académico. Louisiana State University también le da un sesgo académico a su post-grado, exigiendo la redacción de una elaborada tesis de maestría.

En forma concurrente, el LL.M. de la Universidad de Minnesota está destinado a fomentar la investigación, llegando a restringir la admisión únicamente a los que son nominados por los profesores interesados en asesorar determinados proyectos académicos. Stanford University, al igual que Berkeley-California, es más selectiva aún pues cada año publica una lista de los profesores interesados en ciertos tópicos. Los estudiantes son admitidos a los programas (J.S.D. y J.S.M.) sólo si sus proyectos son compatibles con los intereses académicos de los profesores.

Así, particularmente en el ámbito de las maestrías académicas, los asesores juegan un papel fundamental. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas universitarios, los asesores no son figuras nominales en la vida del estudiante de post-grado. Son el eje sobre el cual gira toda su actividad universita-

ria (y hasta social en algunos casos), convirtiéndose en una especie de tutor. El papel de los asesores en las maestrías académicas también es diferente al que desempeñan en las profesionales, sobre todo en las masificadas, porque la investigación siempre demanda una relación más estrecha y fluida.

El vínculo que se genera entre el estudiante y su asesor es, usualmente, la base de una grata experiencia estudiantil. Sin embargo, cuando se producen graves fricciones intelectuales o personales, la relación asesor-alumno puede ser una enorme fuente de tensión y frustración. El conflicto puede llevar hasta al cambio de asesor o al abandono del programa, pero por lo general no se llega a este extremo.

En cualquier caso, el asesor no recibe ningún beneficio cuantificable por su labor. En cambio, sí obtiene réditos de otra naturaleza sobre todo cuando sus estudiantes desarrollan proyectos originales y rigurosos que posteriormente son publicados. Ello no sólo eleva su posición de docente. También le genera prestigio académico al revelar su influencia intelectual y le permite nutrirse del intercambio intelectual con sus estudiantes (y futuros colegas).

El asesor tiene la obligación de orientar al estudiante en todas las facetas y etapas de su post-grado. Como se ha indicado, en algunas universidades el propio ingreso a la maestría depende de la voluntad y disponibilidad de tiempo del profesor que luego servirá de asesor. Es usual que el estudiante dialogue con su futuro asesor aún antes de presentarse formalmente al concurso de admisión y hasta elaborar con él su plan de estudio. Debe interponer sus buenos oficios para allanar cualquier inconveniente administrativo o para beneficiarlo directamente (por ejemplo, cartas de recomendación para becas). En el ámbito académico se concentra en encaminar el proyecto de investigación y en supervisar la redacción de la tesis (o monografía). Por último, preside el comité o jurado que la evalúa.

En algunos casos, los estudiantes que han destacado a lo largo del programa pueden contar con el apoyo de sus asesores aun después de haber terminado el post-grado (por ejemplo, recomendaciones, referencias). Más allá del genuino respeto intelectual o de la amistad que pueda haber surgido, ello también se debe al interés del profesor en tener ex-alumnos reputados que prestigien su trayectoria docente.

9.-Maestrías para estudiantes extranjeros

Los post-grados para estudiantes extranjeros cobraron auge a raíz del establecimiento de la hegemonía mundial norteamericana después de la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, de los 2,000 estudiantes de post-grado -LL.M., M.L.I., S.J.D.- que se gradúan por año en los Estados Unidos, por lo menos 750 son extranjeros (Hanigsberg 1994, 588; cf. Barrett 1997, 859).¹⁴

Para registrarse en uno de los programas de maestría se requiere tener el bachillerato en Derecho, conocimiento del inglés (entre 580 y 620 puntos en el TOEFL), y capacidad académica. Los programas tienen una duración de 2 semestres, aunque a veces pueden extenderse hasta el año calendario o los 3 semestres.

Por lo general no acarrear la obligación de preparar una tesis sino, en contados casos, una monografía más modesta. Ello implica que no están diseñados para promover la investigación y son más bien ilustrativos. Por eso, para obtenerlos basta con aprobar las asignaturas del plan de estudios estipulado con el asesor (y presentar un *short paper* si corresponde).

El objetivo de estas maestrías es, entonces, familiarizar a los estudiantes extranjeros con el *Common Law* o, en forma restringida, con el sistema legal norteamericano. Implícita o explícitamente ello supone introducirlos al conocimiento del Derecho Comparado y de ahí que muchos de estos grados se otorguen bajo el rótulo de M.C.L. o M.C.J. (*Master of Comparative Law* o *Master of Comparative Jurisprudence*).

El LL.M. para extranjeros en la Universidad de Harvard demanda un año académico de residencia, la aprobación de 18 créditos y la redacción de una monografía o, en su defecto, tomar un curso de Introducción al Derecho Norteamericano. El programa es realmente internacional pues los 100 o 125 alumnos de cada promoción anual provienen de 50 o más países.

El M.C.L. en Southern Methodist University reúne a cerca de 40 estudiantes extranjeros por año académico. Para lograr la maestría en Derecho Internacional y Comparado, éstos deben aprobar 24 créditos con un promedio mínimo de C, siendo la nota máxima A. En forma similar, Indiana University ofrece un *Master of Comparative Law* que se obtiene

¹⁴ La crisis desatada en las economías del sud-este asiático puede afectar, por lo menos en el mediano plazo, la alta participación de estudiantes de esos países en la cifra indicada.

con 24 créditos, incluyendo un seminario del que sale el trabajo monográfico requerido. El M.C.L. de la Universidad de Illinois-Champaign tiene requisitos aún más modestos pues solamente demanda la aprobación de 8 créditos y un curso de Introducción al Sistema Legal Norteamericano.

El número de alumnos admitidos para el *Master of Comparative Jurisprudence* en Texas-Austin es limitado y no sobrepasa la decena al año. Los cursos provienen del currículo correspondiente a la licenciatura en Derecho, y para el grado únicamente se necesita aprobar 16 créditos a lo largo de un año académico. Por otro lado, la Universidad de Wisconsin-Madison acepta unos 15 o 18 estudiantes extranjeros por año para su programa del *Master of Arts in Legal Institutions* y exige la aprobación de 24 créditos (incluyendo los dos cursos introductorios obligatorios).

Estos post-grados están generalmente diseñados para atraer a los abogados o bachilleres en Derecho educados en la tradición del Derecho Civil (*Civil Law*). Algunas universidades como la de Columbia tienen cursos de "aprestamiento" cortos y puntuales, destinados a exponer a los nuevos estudiantes al *case law method* -método socrático o activo con énfasis en el análisis inductivo (Hanigsberg 1994). El objetivo es facilitar la transición de los alumnos extranjeros educados bajo otras pedagogías (clases magistrales), a la típica forma de enseñanza en las escuelas de Derecho norteamericanas.

Es usual que las maestrías concedidas a los estudiantes extranjeros tengan denominaciones específicas. Las más frecuentes son M.L.I. (*Master of Arts in Legal Institutions*) y M.C.L. (*Master in Comparative Law*). La finalidad es producir una nítida distinción con respecto a los grados obtenidos al aprobar los planes de estudio correspondientes a los LL.M. regulares. Sin embargo, a veces ambos grados se conceden bajo la misma denominación genérica (como en Harvard).

COMENTARIOS

El éxito de los programas de post-gradado en los Estados Unidos se sustenta en una serie de factores. Los más importantes son la necesidad imperativa de renovar constantemente el prestigio académico y la de ofrecer programas atractivos en la incesante competencia inter-institucional. Factores igualmente determinantes son la continua producción intelectual y la vocación de graduar personas preparadas para enfrentar y, en algunos casos efectuar, los vertiginosos cambios del mundo contemporáneo.

Al ser un mercado académico abierto, las universidades compiten por atraer a los mejores profesores y estudiantes. La capacidad de convocatoria de las escuelas de Derecho y, por extensión, de sus post-grados, se nutre de diversos elementos. Los que más destacan son el desarrollo de programas novedosos pero igualmente serios, la notable inversión en infraestructura educativa,¹⁵ el vigor intelectual de la institución, y los resultados académicos obtenidos.¹⁶

La necesidad de ofrecer y diseñar maestrías atractivas e interesantes genera una de las características más saltantes de la educación de post-gradado: la vocación de adaptar los programas a las necesidades de los alumnos. El objetivo es poner los recursos humanos, pedagógicos y administrativos de la institución al servicio del alumno interesado en proseguir su propio proyecto educativo. Para lograrlo, las autoridades académicas se esfuerzan por estar atentos al "pulso" de la sociedad norteamericana y a los rumbos que pretenden seguir los estudiantes. De esta dinámica se desprenden las características reseñadas a lo largo de este trabajo: amplia gama de posibilidades lectivas, promoción de la especialización o de la interdisciplinariedad, diversidad temática y flexibilidad curricular balanceada con el contrapeso de las áreas de concentración curricular.

Es interesante anotar que el fomento de la indagación intelectual como tarea esencial de la universi-

¹⁵ La inversión en bibliotecas, hemerotecas especializadas y servicios electrónicos de información legal (e.g., Lexis, WestLaw, Legaltrac) es realmente extraordinaria. Por ejemplo, la biblioteca de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison tiene más de 350,000 volúmenes, la de Denver-Colorado 300,000 y la de Drake University-Iowa cuenta con 250,000. La biblioteca especializada de la Universidad de Pennsylvania supera los 350,000 volúmenes, y la de California-Berkeley los 500,000. Las colecciones legales de universidades tan importantes como Harvard, Yale, Stanford, Michigan o Columbia también exceden el medio millón de ejemplares y es política secular mantenerlas al día. Ello garantiza la calidad y la consistencia de las colecciones bibliográficas.

¹⁶ Hay un sinnúmero de indicadores para "medir" el éxito de una escuela profesional o de un programa de post-gradado (por ejemplo, número y porcentaje de graduados, porcentaje de graduados con buen empleo). Más allá de éstos, el adagio *publish or perish* (publicar o perecer) también condensa una forma de evaluar el rendimiento de una institución académica. La producción intelectual escrita y publicada en revistas de prestigio es un gran indicador para sopesar la originalidad y rigurosidad de los profesores y miembros de la institución. Un docente universitario que no publica está destinado a perder vigencia y autoridad intelectual, más allá de los méritos que lo llevaron a ser contratado. Es más, ello repercute en la competitividad de su universidad. Ciertamente que el *publish or perish* puede llegar a distorsionar el proceso de producción intelectual, pero cumple un papel fundamental en la oxigenación académica del sistema universitario.

dad genera un abanico de opciones. Es por ello que el ambiente es propicio para practicar la interdisciplinariedad o ensayar la exploración especializada, tanto en las maestrías académicas como en las profesionales. En este aspecto, las posibilidades son enormes pues los tópicos y puntos de vista dependen de la originalidad y rigurosidad de los estudiantes y no de un abanico temático preconcebido.

La oferta educativa y la textura abierta del sistema pueden resultar inmanejables si es que no se cuenta con la orientación adecuada. Es por eso que a lo largo del post-grado el papel del asesor, particularmente en las maestrías académicas, es fundamental. Su misión consiste en facilitar y guiar la exploración intelectual del estudiante. Para ello, el asesor debe encontrar el punto medio entre los requisitos administrativos y académicos exigidos por la universidad para otorgar el grado y las peculiaridades del plan de trabajo del alumno.

Naturalmente que ningún sistema educativo es perfecto. No sólo los diseños institucionales pueden tener fracturas o vacíos. También los operadores pueden generar distorsiones en perjuicio de la universidad o del resto de personas involucradas en la empresa educativa. Es por ello que las universidades más serias siempre están dispuestas a replantear los formatos y contenidos de sus post-gradados. Como señalé en la introducción, sería plausible que las autoridades de las maestrías que se ofrecen en las universidades peruanas tomaran en cuenta no sólo la estructura y los contenidos de los programas norteamericanos sino sobre todo esa actitud que alienta la renovación y la autocrítica en pos de propuestas educativas siempre perfectibles.

Es importante anotar, como bien señala Dibós (1993, 31), que los estudios de post-grado en el extranjero no son una panacea en sí mismos. Son beneficiosos y pueden llegar a marcar indeleblemente la vida personal y académica del graduado siempre y cuando la experiencia haya sido fructífera y enriquecedora (por ejemplo, Pásara 1988, 9; Bullard en Ballén 1996, 251). Pero también pueden ser un desperdicio de tiempo o un período traumático si es que las opciones académicas no satisficieron las expectativas o si es que la adaptación al sistema educativo y a la vida cotidiana no fueron exitosas. Por otro lado, es importante enfatizar que tanto las expectativas intelectuales como las utilitarias se pueden satisfacer sin necesidad de someterse a los cánones

institucionales de la educación universitaria de post-grado (aquí o afuera). Ante estas posibilidades, lo importante es que los estudiantes tengan los elementos de juicio para tomar una decisión razonada e informada.

Sin embargo, más allá de estas atingencias, sí es positivo desarrollar las inquietudes intelectuales dentro del marco universitario apropiado a las necesidades y expectativas del alumno. La ventaja de canalizar institucionalmente los proyectos académicos es que se pueden desarrollar en forma sistemática, intercambiando ideas y experiencias con profesores y colegas embarcados en aventuras intelectuales similares. Además, por cierto, se produce el beneficio del *status* adquirido y reconocido al término del programa de estudios.¹⁷ En un sistema social (teóricamente) meritocrático¹⁷ y en un mercado laboral altamente competitivo, la obtención de un grado universitario como la maestría en Derecho es crucial para impulsar cualquier carrera profesional o académica. Por último, como en los viajes de la vida misma, pocas experiencias estudiantiles son tan intensas y aleccionadoras como la exploración de esas tierras incógnitas.

GLOSARIO

Bar.- Corporación de abogados de un estado (por ejemplo, *Bar* del Estado de Nueva York, California o Wisconsin). Similar a los Colegios de Abogados aunque con mayor representatividad gremial y potestad disciplinaria. Los *Bar* de cada estado otorgan las licencias de ejercicio luego de un examen de suficiencia profesional. La *American Bar Association*, suerte de Federación de Colegios de Abogados pero con gran autoridad gremial y prestigio, está formada por los *Bar* de los estados. En el campo educativo, otorga la acreditación a las escuelas de Derecho, certificando que cumplen con los estándares fijados por la ABA para garantizar la calidad y seriedad de la educación legal.

J.D. - *Juris Doctor*. Equivale al título de abogado otorgado por las universidades peruanas. Subsume al LL.B. (*Legum Baccalaureus* o Bachillerato en Derecho). Para ingresar a la facultad se necesita un bachillerato universitario y completar tres años de estudios legales. Para el ejercicio profesional se requiere obtener el título de J.D. y aprobar el examen administrado por el *Bar* del estado correspondiente. El rótulo de J.D. es fruto de la inflación retórica propia de la profesión en cualquier latitud.¹⁸ La

¹⁷ Opuesto al sistema social adscriptivo en el que las posiciones sociales y el acceso a los recursos se hallan determinados de antemano.

¹⁸ Esta distorsión también se presenta en nuestro país. Es comprensible que se produzca en el ámbito social y en la práctica profesional, en donde por razones estratégicas y de *status* (*impression management*) se explica la costumbre de "doctorear" a bachilleres y abogados.

designación del título de abogado con el grado de Doctor genera el contrasentido y la distorsión de que un Magíster en Derecho resulta siendo, aparentemente, un grado académico inferior.

Joint Degree.- Grado Conjunto o Agregado. Ante la creciente demanda por profesionales con formación interdisciplinaria y especializada, algunas universidades ofrecen programas de estudio conducentes a obtener el título profesional y un grado académico adicional (e.g., Abogado y Magíster en Administración de Negocios). Se caracterizan por "ahorrar" créditos al alumno porque se fija un porcentaje de cursos que sirven para aprobar ambos planes de estudio.

LL.M.- *Legum Magister o Master of Laws (or Laws)*. El grado académico de Magíster en Derecho se concede, por lo general, luego de la aprobación de un programa de estudios de 2 o 3 semestres y la presentación de un trabajo de investigación (tesis o monografía). Algunas universidades (por ejemplo, Cornell) no discriminan entre el LL.M. y el M.L.I., y sólo otorgan el primero. La denominación del grado puede variar, por ejemplo, M.C.J. (*Master in Comparative Jurisprudence*), M.C.L. (*Master in Comparative Law o Master in Civil Law*).

M.L.I.- *Master of Arts in Legal Institutions*. La Maestría en Instituciones Legales es un programa típicamente diseñado para estudiantes extranjeros. La exigencia académica es menor a la del LL.M. pues el grado se obtiene luego de tomar cursos durante sólo 2 semestres (máximo 3). Pocas escuelas exigen, además, la presentación de una monografía (*paper*) corta y puntual.

S.J.D.- *Doctor of the Science of Law o Doctor of Juridical Science*. El Doctorado en Derecho es el máximo grado académico otorgado por las universidades norteamericanas y equivale al Ph.D. de otras especialidades. Se requiere tener una maestría en Derecho, aprobar un programa de cursos o seminarios de alto nivel (2-3 semestres) y elaborar una tesis doctoral. A veces los doctorados se otorgan bajo denominaciones específicas, como en el caso del D.C.L. (*Doctor of Comparative Law Studies*).

BIBLIOGRAFÍA

American Bar Association. 1997. *ABA Approved Law Schools: Statistical Information on American Bar Association Approved Law Schools. Compiled by the Office of the Consultant on Legal Education*. New York: Macmillan.

American Bar Foundation. Standing Committee on Dispute Resolution. 1989. *Directory of Law School Alternative Dispute Resolution Courses and Programs: American Bar Foundation*, Washington D.C.

Ballén, Juan. 1996. "Visa para un sueño. La experiencia de Alfredo Bullard y Juan García Montúfar estudiando en el extranjero", *Ius et Veritas* 13:247-251.

Barrett, John A. 1997. "International Legal Education in U.S. Law Schools: Plenty of Offerings, But Too Few Students", *The International Lawyer* 31(3):845-867.
Belaúnde, Javier de. 1995. "Reporte de investigación bibliográfica sobre la enseñanza del Derecho", *Derecho y Sociedad* 10:132-145.

Benavides Ganoza, Alberto. 1978. "La educación en el Derecho", *Derecho*. Universidad Católica del Perú 33:191-196.

Boza, Beatriz. 1993. "Siguiendo estudios de postgrado en el extranjero", *THĒMIS-Revista de Derecho*, Segunda Época 25:31-34.

Edwards, Harry. 1992. "The Growing Disjunction between Legal Education and the Profession", *Michigan Law Review* 91(34).

Federal Reports, Inc. 1991. *Directory of Law School Joint Degree Programs. Second Edition*. Washington D.C.: Federal Reports, Inc.

Gillers, Stephen (ed.). 1990. *Looking at the Law School*. New York: Meridian.

Gillers, Stephen (ed.). 1997. *Looking at Law School: A Student Guide from the Society of American Law Teachers*. 4 ed. New York: Meridian.

Pero es incomprensible que se mantenga y aun fomente en el ámbito universitario pues los grados académicos constituyen y expresan las estructuras jerárquicas que le dan sentido a la comunidad universitaria. Cuando el legítimo factor de diferenciación deja de ser el mérito académico formalmente reconocido entonces entran a tallar otros mecanismos de asignación de responsabilidades (por ejemplo, política interna, antigüedad). Cabe preguntar, a manera de símil, qué pasaría si se atribuyera el grado de general a todos los oficiales de un ejército. Un ejemplo reciente de esta distorsión se puede apreciar en los avisos publicitarios de la nueva facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. En ellos se atribuye a casi todos los miembros del plantel docente el grado de doctor, cuando en realidad la mayoría ha obtenido maestrías. Para añadirle un giro paradójico al asunto, los más destacados "doctores" se hallan vinculados a la alta burocracia neoliberal dedicada, en teoría, a la protección del consumidor y a fomentar la libertad de mercado. Como se sabe, en ambos casos la información veraz y oportuna se postula como un valor fundamental del sistema.

Gordon, Robert. 1993. "Lawyers, Scholars and the 'Middle Ground'", Michigan Law Review 91(8):2075-2112.

The Graduate Group (ed.). 1994. *4th Annual Directory of Graduate Law Programs in the United States*. West Hartford: The Graduate Group.

Hanigsberg, Julia. 1994. "Swimming Lessons: An Orientation Course for Foreign Graduate Students", Journal of Legal Education 44(4):588-603.

Hermann, Richard, Linda Sutherland and Jennifer Cox (ed.). 1992. *Directorate of Graduate Law Degree Programs. Third Edition*. Washington, D.C.: Federal Reports, Inc.

Kennedy, Duncan. 1982. "Legal Education as Training for Hierarchy", *The Politics of Law. A Progressive Critique*, David Kairys (ed.):40-61. New York: Pantheon Books.

Law School Admission Council and Law School Admission Services. 1995. *The Official Guide to U.S. Law Schools*. S.l.: LSAC-LSAS.

Pásara, Luis. 1988. *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey.

Pincus, William. 1973. "El componente clínico en la enseñanza profesional universitaria", Primer seminario latinoamericano sobre enseñanza clínica del Derecho y asistencia legal, Departamento de Práctica y Asistencia Legal, Escuela de Derecho: 222-241. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

Posner, Richard. 1993. "The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship", Michigan Law Review 91(8):1921-1928.

Tuyl, Ian Van. 1994. *Student Access Guide to the Best Law Schools*. S.l.: The Princeton Review.

University of Wisconsin Law School. 1995. *Law at Wisconsin*. Madison: Office of University Publications.

White, James Boyd. 1993. "Law Teachers' Writing", Michigan Law Review 91(8):1970-1976.

Wray, Alberto. 1974. "Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad latinoamericana", Derecho. Universidad Católica del Perú 32:301-308.

Zile, Zigurds. 1980. "Los males de la educación legal", Derecho. Universidad Católica del Perú 34:67-76.

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE COPYRIGHT¹

Alberto Benegas Lynch (h)

The cry for copyright is the cry of men who are not satisfied with being paid for their work once, but insist upon being paid twice, thrice, and a dozen times over.
George Bernard Shaw

Once published with his consent, an author's work is destined irretrievably for the public domain.
Arnold Plant

Los denominados "derechos de propiedad intelectual" se han convertido, en los últimos tiempos, en el centro de un debate en el que se ha llegado incluso a cuestionar su propia existencia. En efecto, quienes propugnan la desaparición de los copyrights señalan que, cuando se hace pública una idea expresada a través de alguna creación intelectual, esta entra en el dominio público, por lo que no tiene sentido asignar propiedad a bienes que no son escasos, y menos aún establecer monopolios sobre ellos. Por el contrario, quienes defienden los copyrights alegan, entre otros argumentos, que su abolición traería como consecuencia una disminución drástica de las creaciones intelectuales.

El autor del presente artículo, destacado pensador liberal, expone las diversas posiciones que se han adoptado en este debate, y recurre para ello a las herramientas que brinda el análisis económico. No cabe duda que las conclusiones a que llega este trabajo resultarán polémicas para muchos.

Dado que nuestro conocimiento es sumamente restringido, todos los temas están abiertos a un proceso evolutivo en el que se teje una compleja trama de refutaciones y corroboraciones provisionarias, lo cual permite—en algo—nuestra ignorancia. Los llamados "derechos intelectuales de propiedad" no están exentos de estas controversias. Muy por el contrario, se trata de un tema especialmente controversial: en este campo, aún dentro de una misma tradición de pensamiento, hay posturas diversas y hasta opuestas². Por eso es que en el debate que aquí presentamos recurrimos a tres opiniones que consideramos entre las de mayor peso para contradecir la tesis que intentamos sostener en estas líneas. Este es el procedimiento más adecuado para sacar el mejor partido posible del asunto tratado en vista a pasar de momento la prueba o quedar en el camino. En cualquier caso, pensamos que se habrá puesto algo de luz en un tema que revela tantas facetas y resulta tan intrincado, como es el que vamos a tratar. Abrimos aquí un debate presentando las posturas en conflicto del modo más persuasivo posible, para que el lector saque sus propias conclusiones, las cuales, al igual que las nuestras, son provisionarias y están abiertas a otras posibles refutaciones o corroboraciones transitorias. Las verdades son

¹ El autor agradece los valiosos comentarios de Henri Lepage y Julio Cole cuando este trabajo era aún un proyecto lejano, lo cual no significa que compartan las reflexiones y las conclusiones que aquí se exponen.

² Véase, por ejemplo, Fritz Machup y Michael Penrose "The Patent Controversy in the Nineteenth Century" *Journal of Economic History*, 10, 1950 y también Wendy McElroy "Intellectual Property: Nineteenth Century Libertarian Debate", *Caliber*, diciembre de 1981.

provisorias en el contexto de un arduo peregrinaje a través de teorías rivales en la esperanza de aumentar nuestros conocimientos.

Dentro de los antedichos derechos se incluyen las patentes, las marcas (a veces aparece la subclasificación de diseño industrial) y los *copyrights*. En este breve ensayo circunscribiremos nuestra atención a este último concepto —el derecho de copia— que en algunas oportunidades se ha considerado conveniente diferenciar del **derecho de autor**, el cual, en este contexto, se limita a que lo escrito por éste le pertenece, en el sentido de que si el texto apareciera sin su firma o con otra sin la expresa autorización del autor se estaría incurriendo en plagio, fraude, trampa o piratería³.

Aunque en diversas ocasiones se ejercieron diversos tipos de controles sobre copistas de manuscritos, puede considerarse que un antecedente remoto del *copyright* surgió en Europa poco después del establecimiento de la imprenta. Se trataba de prebendas otorgadas por los monarcas, básicamente como un instrumento de censura. Pero nada era seguro bajo ese régimen, incluso muchas veces se otorgaba un permiso para publicar que luego era revocado, como es el caso célebre que relata John M. Bury sobre Galileo: “Escribió un tratado sobre los dos sistemas —el Ptolomeico y el Copernicano— en forma de Diálogos, en cuyo prefacio se declara que el propósito es explicar los pros y los contras de las dos opiniones. Recibió un permiso, definitivo, se figuraba él, para imprimirlo, del Padre Ricardi, director del Sacro Palacio [...]. Desaprobado, no obstante, por el Papa, una comisión examinó el libro, citándose a Galileo ante la Inquisición”⁴. En 1624 ese poder pasa al parlamento, primero en Inglaterra y luego en otros países, pero el *copyright* propiamente dicho recién hace su aparición en el siglo XVIII a través de la legislación que prohibía la reproducción y la venta de trabajos escritos y registrados a tal fin, aunque los primeros debates sobre la extensión de la propiedad a la creación intelectual como bien intangible, aparecen con la Revolución Francesa⁵. Boudewijn Bouckaert explica que durante el *ancien*

régim se desarrollaron algunas protecciones para artistas e inventores pero eran consideradas en general excepcionales. Cada protección era caratulada como un privilegio, lo cual quería decir literalmente una ley especial (*privata lex*), una medida concebida para una persona específica. Por ejemplo, la ciudad de Venecia le concedió a Aldo Manuce el privilegio de imprimir con letras itálicas y como una retribución por esa invención, el privilegio monopólico de imprimir las obras de Aristóteles [...]. La noción de la propiedad artística (*propriété littéraire*) apareció en Francia durante el siglo dieciocho en el contexto de la lucha entre autores contra los privilegios reales. Dichos privilegios eran otorgados por los reyes a las compañías editoras en París. Los autores reclamaban el derecho a vender sus manuscritos a los editores o, incluso, editar e imprimir los documentos directamente ellos. Invocaron el concepto de la propiedad de sus producciones artísticas: sus manuscritos. Este derecho de propiedad implicaba el derecho de vender sus productos a quienes quisieran. Estos reclamos reflejaban la aversión generalizada entre los intelectuales del siglo dieciocho hacia los controles reales sobre la producción intelectual. De hecho, los autores demandaban nada más que la libertad individual de elegir los socios con quienes contratar respecto de la edición e impresión de sus manuscritos. Sin embargo, las demandas de los autores se extendieron más allá de sus libertades individuales. Los autores también pidieron que la exclusividad para editar, imprimir y vender, que estaba implícita en los privilegios reales, debía generalizarse a todas las compañías con las que los autores hacían contratos. No consideraron esta exclusividad como inherentemente mala. Solamente rechazaron que la otorgara el rey a su arbitrio⁶.

La legislación de *copyrights* no se adoptó en todas partes al mismo tiempo; por ejemplo, como hace notar Arnold Plant, hasta mediados del siglo XIX, en los Estados Unidos, cualquiera podía reproducir las obras que quisiera⁷. Entre otros aspectos, el mismo autor alude a dos puntos de gran importancia en conexión con este tema⁸. En primer término, sostiene

³ Véase John Hospers. *Libertarianism: A Political Philosophy for Tomorrow* (Los Angeles, CA: Nash Pub, 1971) p.71.

⁴ La Libertad de pensamiento (México: Fondo de Cultura Económica, 1941) p. 62 [1913].

⁵ Véase Ejan Mackaay “Economic Incentives in Markets for Information and Innovation” *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol 13,3 verano de 1990, p. 867.

⁶ “What is Property?”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, No. 3, verano de 1990, p. 790-1.

⁷ “The Economic Aspects of Copyright in Books”, *Selected Economic Essays and Addresses* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1974) p. 62 [1934].

⁸ A. Plant “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions”, en op cit p.36 y ss [1934].

que la asignación de derechos de propiedad tiene sentido cuando existe escasez, a los efectos de establecer los destinos y las prioridades correspondientes según indique el mecanismo de precios. Pero en el caso que nos ocupa, Plant –igual que las opiniones anteriores de autores tales como Benjamin Tucker, William Hanson y James Walker⁹ y, más recientemente, Friedrich A. Hayek¹⁰ y Tom G. Palmer¹¹ – subraya que la legislación crea artificialmente esa escasez. Lo que alguien escribe y publica (hace público) no se asimila a un juego de suma cero sino que es de suma positiva: mucha gente puede estar en posesión de la construcción literaria simultáneamente, no es como una mesa específica que la tiene uno o la tiene otro. En el caso que nos ocupa, algo puede estar en la mente del creador y, al mismo tiempo, en la mente de muchos otros, no es un bien finito como el caso de la mesa; por ende, no hay necesidad de asignar recursos según sean las prioridades prevalentes.

Si prestamos debida atención a esta argumentación concluimos que en ausencia de la legislación que prohíbe la reproducción, no resulta posible imponer la figura de un contrato implícito¹² referido a “derechos intelectuales”. Entra en el dominio público. Un contrato a título oneroso involucra transacciones de derechos de propiedad, si no hay propiedad no hay contrato que puede reconocerse como implícito. Ahora bien, cuando una creación literaria está en la mente de su creador, éste desde luego tiene todo el derecho de retenerla y no hacerla pública. También puede decidir vendérsela a un editor y si esta transacción se realiza por un precio es debido a que en ese momento –antes de hacerse pública– se trata de un bien escaso (el editor no está comprando simplemen-

te papel y tinta sino un contenido que valora y es escaso). La transacción se puede llevar a cabo de muy diversas maneras, una de ellas es, por ejemplo, a través de una suma al contado. En este caso el autor se deshace de su propiedad, que ahora le pertenece al editor, quien al momento es el único autorizado para hacerla pública. El editor puede decidir retenerla y no publicarla si es que esa posibilidad estuviera contemplada en el arreglo contractual. Si optara por esta variante seguiría siendo un bien escaso, pero, si decidiera publicar el libro, el bien dejaría de ser escaso, no porque el libro físico sea escaso, sino porque el contenido puede estar simultáneamente en todas las mentes que tengan acceso a él, sin que aquellas que lo conocían con anterioridad tengan que renunciar a ese contenido. Si el editor es hábil hará una distribución tal, propondrá un precio y cubrirá distintas calidades de edición para minimizar el riesgo de que otros lo reproduzcan y entren al mercado, pero, por las razones expuestas, no podría prohibir que lo hicieran.

Otra forma de operar podría ser que el autor conviniere con el editor el cobro de *royalties* por los ejemplares que venda o una combinación de este último procedimiento y el pago adelantado o cualquier otro procedimiento que surja en el mercado y que satisfaga a las partes en el contexto de un proceso evolutivo y abierto. Lo dicho hasta aquí no quiere decir que al autor eventualmente no le gustaría excluir a los que no le paguen directamente, lo cual puede resultar en definitiva posible en el futuro debido a cambios tecnológicos que permitan dicha exclusión, del mismo modo que pueden resolverse casos en los que actualmente aparecen *free-riders*¹³

⁹ Vid W. McElroy, op. cit.

¹⁰ *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism* (The University of Chicago Press, 1988) donde Hayek dice que “la diferencia entre éstos [copyrights y patentes] y otros tipos de derechos de propiedad es ésta: mientras la propiedad de los medios materiales de producción guía el uso de medios escasos hacia sus destinos más importantes, en el caso de los bienes inmateriales tales como las producciones literarias y los inventos tecnológicos la habilidad para producirlos es también limitada, pero una vez que existen pueden multiplicarse infinitamente y se convierten en escasos sólo a través de la ley con el propósito de inducir a que se produzcan esas ideas. Sin embargo, no resulta obvio que dicha escasez sea la forma más efectiva de estimular el proceso de la creatividad humana. Dudo que exista una sola gran obra de la literatura de la que nos veríamos privados si el autor no hubiera dispuesto de *copyright* [...]” p.36. En otro orden de cosas, si conjeturamos lo que eventualmente podría constituir una etapa futura del proceso evolutivo, no parece prudente depositar confianza en el monopolio de la fuerza; en este sentido véase Anthony de Jasay *Against Politics* (Londres: Routledge, 1997), Sam Peltzman y Gianluca Fioretini (eds) *The Economics of Organized Crime*, especialmente Herschel Grossman, “Rival Kleptocrats: The Mafia Versus The State” (Cambridge University Press, 1997), [1995] p. 143 y ss. y Alberto Benegas Lynch (h) “*Toward a Theory of Autogovernment: Values and the Social Order: Voluntary vs. Coercive Orders*” (Aldershot, Inglaterra: Avebury Pub., Series in Economics & Philosophy, 1997), Gerard Radnitzky ed., p. 113 y ss.

¹¹ “*Are Patents and Copyrights Morally Justified?*”, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 13, N° 3, verano de 1990, donde el autor afirma que: “La escasez resulta central para la legitimización de los derechos de propiedad, la propiedad intelectual no tiene base moral legítima”. P.861.

¹² Más adelante nos referiremos a otros convenios en conexión con lo que se ha dado en llamar “contratos implícitos o de adhesión”.

¹³ En este sentido véase Alberto Benegas Lynch (h) “Bienes públicos, externalidades y los *free-riders*: el argumento reconsiderado”, Academia Nacional de Ciencias, Buenos Aires, noviembre de 1997. Al solo efecto del presente ensayo, conviene señalar que la internalización de externalidades positivas se realizará en la medida en que se desee (por ejemplo, la mujer atractiva por lo general no

(Plant conjetura que, si se les diera el poder suficiente, también los editores estarían satisfechos si pudieran controlar la oferta de libros de la competencia¹⁴). En ausencia de *copyrights*, una vez que se pone un material abierto en internet no hay forma de alegar un contrato "implícito", el receptor tiene derecho a usarlo y reproducirlo, pero en este caso la tecnología revela que resulta posible excluir, esto es, obligar al usuario a pagar: aparece un *password* a través del cual se pueden acordar las condiciones del pago por el servicio recibido (o, en su caso, la obra vendida), lo cual no quiere decir que una vez que se hizo pública puedan reclamarse derechos de propiedad sobre el material ofrecido.

Debe distinguirse el derecho de propiedad del bien físico (libro, *software* o lo que fuere), por un lado, y el dinero entregado a cambio, por otro, de aquello que ha dado en llamarse "derechos de propiedad intelectual". Es esto último sobre lo que no cabe un arreglo contractual implícito. Por esto es que quienes fotocopian un libro o reproducen un cassette o un *soft* no son estafadores. En otro orden de cosas, el concepto de **marcas** resulta de una naturaleza distinta puesto que, al igual que los nombres propios, su utilización sin la debida autorización del titular significa un fraude, puesto que se engaña aparentando algo que no es. De la misma manera, la violación de lo que comúnmente se denomina **información confidencial** tiene otro carácter, ya que de lo que aquí se trata es que, de común acuerdo, se convino mantener en reserva y no difundir algo que finalmente se filtró deliberadamente: se trata de un bien escaso que se intenta no hacer público. Es en este sentido posible convenir la entrega de determinado material con la condición de que no se reproduzca, lo que no tiene sentido es que, simultáneamente, se haga público (se publique) puesto que, como se ha dicho, así entra automáticamente en el dominio público.

Hay una interesante producción cinematográfica titulada *The Gods Must Be Crazy* que, en este contexto, comenta Ejan Mackaay¹⁵. Fue dirigida por Jamie Uys y estrenada a comienzos de 1981. La parte que nos interesa aquí es la referida a la historia de una tribu primitiva cuyos integrantes eran poco numerosos y, a pesar de ser contemporáneos a nosotros, se mantenían en una situación de atraso debido a su aislamiento. Como consecuencia de que el predio en que desarrollaban sus vidas era relativamente extenso, podían conseguir de la naturaleza los bienes indispensables para subsistir en cantidades que excedían a sus demandas. Esta situación se la atribuían a la bondad de los dioses que, según ellos, todos los días reponían lo necesario. Un día sobrevoló la zona un piloto solitario quien, después de terminar una bebida, arrojó la lata por la ventana de su pequeño avión la cual fue a dar en las tierras que circunstancialmente ocupaba la reducida población a que nos referimos. Este peculiar instrumento, a los ojos de los pobladores, también les cayó del cielo. Era otro regalo de los dioses, aunque esta vez se lo disputaban todos: los chicos para jugar, las mujeres para cocinar alimentos, los hombres como arma de defensa, etc. Por primera vez tuvieron noción de la escasez y, por tanto, se vieron en la obligación de discutir normas para su asignación, dado que todos no podían utilizarlo al mismo tiempo y había que establecer prioridades en cuanto a los distintos usos posibles. Después de largos conciliábulos decidieron destruir lo que consideraban un artefacto misterioso y malévolamente consecuencia de una rareza de los dioses por haberles proporcionado solamente una unidad. De este modo se ilustra el problema de la escasez y el origen de propiedad privada tal como también la explicó, entre otros, David Hume quien dice "[...] cuando existe cualquier cosa en abundancia para satisfacer todas las necesidades de los hombres: en ese caso, la distinción de la propiedad se pierde totalmente y todo queda en común".¹⁶

lo desea) y en la medida que la tecnología lo permita. La internalización coactiva de externalidades positivas presenta una situación inferior en cuanto a eficiencia respecto de la no-internalización del mercado. Aquella variante se traduce en una producción sub-óptima (ya que se mal asignan recursos) respecto de la optimización del mercado abierto. En este último sentido, James M. Buchanan explica que "Si no hay criterio objetivo para el uso de los recursos que puedan asignarse para la producción como un medio de verificar indirectamente la eficiencia del proceso, entonces, mientras el intercambio sea abierto y mientras se excluya la fuerza y el fraude, el acuerdo logrado, por definición, será calificado como eficiente". *Liberty, Markets and State, "Right, Efficiency and Exchange: The Irrelevance of Transaction Costs"* (New York: New York University Press, 1985) p. 95 [1983].

¹⁴ "The Economic Aspects of Copyright in Books" op. cit. p. 60.

¹⁵ "Economic..." op. cit. p. 873.

¹⁶ *A Treatise on Human Nature* (Londres: Longmans, Green and Co., 1898) vol. II, p. 267 (1790); para una explicación más extensa véase Libro III, Parte II, Sección II, Israel M. Kirzner adhiere en lo que a la escasez se refiere, pero expone otra perspectiva para fundamentar la propiedad -también distinta de la versión puramente lockeana- en *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice* (New York: Basil Blackwell, 1989) espec. Caps 5 y 6. Véase también la crítica de Robert Nozick al criterio propuesto por John Locke de "mezclar el trabajo" como fundamento de la propiedad y al *lockean proviso* en *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books 1974) p.174 y ss.

Otro de los puntos que trata Plant, y que juzgamos clave, es el que se refiere a la eventual menor creatividad o producción de libros que existiría en ausencia de la legislación que otorga el monopolio artificial de marras, así como la consiguiente mayor renta que obtiene este tipo de monopolista: "lo que generalmente no tienen en cuenta los partidarios entusiastas de este tipo de esquemas es la producción alternativa que tendrían los recursos disponibles en otras áreas"¹⁷. En otras palabras, el monopolio artificial que critica Plant distorsiona los precios relativos y, por ende, hace que artificialmente se asigne mayores recursos a la producción de libros y menos, digamos, a leche y medicamentos, lo cual produce un fenómeno de consumo de capital con la consiguiente reducción en salarios e ingresos en términos reales que a su vez, entre otras cosas, implica un privilegio para que puedan acceder los más ricos al propio mercado de libros en detrimento de los relativamente más pobres.

Por otra parte, como también señala Plant, durante siglos hubo extraordinarias obras artísticas sin que existiera tal cosa como una ley de *copyrights* (Shakespeare, etc.¹⁸). De cualquier manera, eventualmente podrá resultar menor la producción total de libros y, como consecuencia, resultará necesario proceder a una mejor selección de aquellos que toman los editores ya que no contarán con aquel instrumento que les permitía calcular probabilidades de un modo diferente. De todos modos —como bien han explicado Robert Nozick¹⁹ y, específicamente referido al tema de nuestro estudio, Tom G. Palmer²⁰— el Derecho no se sustenta en criterios para que unos puedan usar a otros como medios para servir sus propósitos personales al mejor estilo benthamita. Por tanto, en este contexto, resulta del todo irrelevante si, como consecuencia de abrogar una ley injusta, el resultado fuera una menor publicación de libros (aunque la competencia en otros rubros muestra que la producción aumenta y el precio se torna más accesible en la medida en que se abre el mercado).

Con la vigencia de la legislación a que nos venimos refiriendo, en buena medida se obstaculiza la posibilidad de otros arreglos, por esto es que, paradójicamente, los autores que se oponen a este tipo de leyes en general se ven compelidos a acogerse a ellas puesto que resulta muy poco común encontrar editores que estén dispuestos a renunciar voluntariamente al privilegio que les reporta la prohibición para que otros reproduzcan los libros que publican. Pasemos ahora a considerar la opinión de tres destacados autores de la tradición liberal que no comparten los aspectos medulares de lo que hasta aquí queda dicho. Se trata de Herbert Spencer, Murray N. Rothbard y Ayn Rand. El primero de estos autores dice que "Es extraño que hayan hombres inteligentes que sostienen que cuando un libro se ha publicado se transforma en propiedad pública y que resulta un corolario de los principios de libre-cambio que cualquiera que lo desee puede republicar y vender copias para su propio provecho. [...] Pero si no sustrae la propiedad de nadie quien infringe la ley de *copyright* ¿cómo puede ser que la cosa sustraída posea valor? Y si la cosa sustraída no posee valor, entonces la persona que se apodera de ella no se encontraría en una situación peor si se le prohíbe que la posea. Si resulta que se encuentra en una situación peor, entonces, claramente, es que se ha apoderado de algo de valor. Y desde que este algo de valor no es un producto natural, la obtención del mismo tiene que ser a expensas de alguien que artificialmente lo produjo"²¹.

A continuación Spencer se refiere a un trabajo que publicó anteriormente²², donde se detiene a explicar que el *copyright* a su juicio no constituye un monopolio, puesto que cualquiera puede editar libros, de lo cual no se desprende que pueda copiar ciertas formas exclusivas que surgen de la creatividad del autor y por ello, incluso, considera que debe ser tratado más ajustadamente como **propiedad** que los propios bienes materiales. Explica el concepto del monopolio en estos términos:

¹⁷ "Economic..." op cit. p. 72

¹⁸ Véase en este sentido, Robert M. Hurt "The Economic Rationale of Copyright" American Economic Review, 56, mayo de 1956, p. 425 y ss.

¹⁹ En la misma línea de la segunda fórmula del imperativo categórico de Kant, Nozick dice: "Sostengo que las restricciones morales de lo que podemos hacer se evidencian en nuestras existencias separadas. Reflejan el hecho de que ningún balance moral de un acto puede tener lugar entre nosotros; no hay posibilidad de sopesar moralmente una de nuestras vidas con otras, tendientes a lograr un mayor bien social. No hay justificativo para sacrificar a uno de nosotros por otros. Esta idea fundamental, esto es, que hay diferentes individuos con vidas separadas de modo que ninguna puede sacrificarse en aras de otras, pone de manifiesto restricciones morales pero también considero que conduce a restricciones libertarias que prohíben la agresión contra otro", *Anarchy, State... op.cit.*, p.33.

²⁰ "Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach", Hamline Law Review, 12, 1989.

²¹ *The Principles of Ethics* (Indianapolis: Liberty Classics, 1978), [1897], vol II, p. 123-4.

²² *Edinburgh Review*, octubre de 1878.

“En el sentido político-económico un monopolio es un arreglo por el que una persona o conjunto de personas recibe por ley el uso exclusivo de ciertos productos naturales, agencias o facilidades, las cuales, en ausencia de esa ley estarían abiertos a todos. Y el opositor del monopolio es alguien que no pide nada en cuanto a asistencia directa o indirecta, sólo quiere que él también pueda usar los mismos productos naturales, agencias o facilidades. Este último desea concretar negocios que no lo hagan dependiente ni siquiera de modo remoto con el monopolista, sino que pueda llevar a cabo sus negocios de modo igual o mejor que el monopolista y en ausencia de todo lo que éste realiza. Vayamos ahora al comercio de la literatura y preguntemos cuál es la posición del así llamado librecambista y la posición del monopolista ¿El así llamado monopolista (el autor) prohíbe acaso al así llamado librecambista (el que desea reimprimir) usar alguna de los ingredientes o procesos, intelectuales o mecánicos para producir libros? No. Estos se mantienen abiertos a todos ¿Acaso el así llamado librecambista desea simplemente usar de modo independiente esas facilidades abiertas a todos del mismo modo que lo haría en ausencia del así llamado monopolista? No. Desea la dependencia y las ventajas, las cuales no existirían si el así llamado monopolista no hubiera aparecido. En lugar de quejarse como lo hace el verdadero librecambista en el sentido de que el monopolista resulta un obstáculo en su camino, este pseudo-librecambista se queja porque no puede utilizar ciertas ventajas que surgen del trabajo del hombre que él llama monopolista”²³.

Por último, Spencer, aún admitiendo que resulta un tema espinoso, sugiere que no se debe establecer un período por el cual tienen vigencia los *copyrights*²⁴, **del mismo modo que no opera un vencimiento para el resto de los derechos de propiedad.**

Pensamos que el silogismo inicial de Spencer adolece de una inconsistencia fundamental. Nadie sugiere que lo escrito por un autor necesariamente carezca de valor, los buenos autores producen obras de un valor extraordinario, muchas veces constituyen contribuciones insustituibles para la humanidad. Pero de allí no se desprende que ese valor se traduz-

ca en precios expresados en términos monetarios. El aire es de un gran valor para el hombre, tal vez sea el de mayor valor para su supervivencia, sin embargo, por el momento, en este planeta, no se cotiza en el mercado, precisamente porque no resulta escaso en relación a las necesidades que hay de él (su utilidad marginal es nula). En el caso de los libros lo que resulta escaso es el bien material. Si éstos fueran abundantes tampoco se cotizarían, de lo cual no se desprendería que carecen de valor. Sin duda que no da lo mismo comprar papel y tinta con cualquier contenido, interesa lo que se lee en el texto. Supongamos por un instante que hubiera que envasar aire para poder respirar. En ese caso, *ceteris paribus*, lo que tendría valor monetario sería el envase y no el aire, aunque éste sea el objeto final de la referida adquisición.

No está entonces en cuestión el valor de la producción intelectual, ni el derecho del autor a que aparezca su nombre cada vez que se recurra a su texto, ni tampoco está en cuestión el provecho evidente que se saca al invertir en la reproducción y posterior venta de libros que contengan los aludidos escritos o la simple copia para uso personal (o, a los efectos, la reproducción de cassettes, *software*²⁵, etc.). En resumen, cualquiera sea la posición que se adopte en este debate, no está en juego lo que supone Spencer, y tampoco se deriva de sus premisas la prohibición de reproducir. Respecto de sus comentarios sobre la idea de monopolio, coincidimos con sus afirmaciones y su esquema analítico, lo cual no se aplica al caso que nos ocupa, puesto que está presente la pretensión de que algo que se hace público debe mantenerse fuera de los alcances del público y, por tanto, no se debe permitir su reproducción, cosa que, precisamente, constituye un monopolio. También coincidimos como Spencer en cuanto que no deben operar vencimientos en los derechos de propiedad.

Veamos el caso de Rothbard²⁶ quien, después de señalar una diferencia que a su juicio resulta esencial entre patentes y *copyrights*, concluye que la abrogación de la legislación especial en esta última materia no es óbice para que se respeten los contra-

²³ *The Ethics*. op.cit.p. 126.

²⁴ *Ibid.* p. 125-6.

²⁵ Es de interés destacar que en *The Economist* (marzo 28-abril 3 de 1998) se lee que: “Muchas compañías de *software*, entregan sin cargos sus productos. Microsoft ha hecho esto con su *Browster* y en febrero Netscape hará lo mismo. Pero lo que Netscape propone ahora es más radical aún. Las compañías rara vez publican sus propios códigos de la fuente –los procedimientos para programar el lenguaje que hace que funcione su programa- []. Esto es exactamente lo que Netscape quiere que hagan los programadores. [] El objetivo de esta propuesta heterodoxa es convertir a todo el Internet en una enorme división para el *browster software* de Netscape. [Por su parte] Richard Stallman, quien dirige la *Free Software Foundation*, rechaza la noción de *copyright*, p.60.

²⁶ *Man, Economy and State: A treatise on Economic Principles* (Los Angeles, CA: Nash Pub. 1962).

tos. Según este autor estos contratos tienen lugar desde el momento en que el lector adquiere un libro en el que aparece la inscripción con la prohibición de reproducirlo (sería de adhesión o implícito si se siguen los procedimientos habituales del *copyright*).

Tratemos de explayarnos en base a esta idea. Según esta concepción, cuando alguien adquiere un libro realizaría un contrato de compra-venta, con lo que, *de facto*, se estaría comprometiendo a cumplir las condiciones del convenio que pactó libremente (al adquirir el bien en cuestión). Si las condiciones que claramente se leen en el libro son las de la no reproducción, el adquiriente no lo podría reproducir sin infringir el contrato de referencia. Incluso si el comprador presta el libro (siempre y cuando el convenio en cuestión lo autorice), el receptor del préstamo estaría también sujeto a las mismas responsabilidades que el titular si es que así se estipuló en el préstamo.

Muchos arreglos contractuales pueden juzgarse absurdos por terceras personas pero quien pacta algo se obliga moralmente a cumplirlo, a menos que el contrato resulte en lesiones al derecho de terceros o resulte en la contradicción que implica, por ejemplo, un acuerdo de esclavitud en el que por definición queda anulada la voluntad (es la voluntad de no ejercitar más la voluntad) y la voluntad de las partes es precisamente el ingrediente central del contrato. Sobre la base de este razonamiento, podría incluso concebirse un contrato por el que un vendedor de camisas estableciera que el comprador la podrá usar solamente los domingos. Se podrán efectuar múltiples conjeturas sobre un convenio de esa naturaleza, una de las cuales podría ser que la demanda de camisas sujetas a semejantes condiciones experimentará una abrupta contracción por parte de quienes tienen arraigados principios éticos o que, como es de muy difícil control, en la práctica muchas personas no lo cumplirán, etc. De todos modos, surgiría de este análisis la obligación moral de cumplir con este tipo de arreglos. En otros términos, una vez desaparecida la legislación que venimos comentando, el mercado, en un proceso evolutivo y abierto, y según sean los adelantos tecnológicos abriría una serie de avenidas y posibilidades contractuales que no pueden anticiparse. Algunos tipos contractuales se abandonarían por imprácticos y otros se adoptarían según sea la valorización de las partes intervinientes.

Como ya se dijo, es desde luego distinta la situación, por ejemplo, de quien recibe por internet un texto literario en el que se acompaña un leyenda sobre la prohibición de reproducir. En ese caso no hay "contrato implícito", ni contrato de ninguna especie, simplemente existe la voluntad unilateral de una de las partes, lo cual no obliga a quien lee aquel texto en la pantalla de su computadora (por eso es que, en la práctica, como también hemos dicho, para acceder a la información que está en la red sujeta a ciertas condiciones se requiere que se recurra a un *password*, que hace que aquellas sean aceptadas para poder operar).

En la obra citada, Rothbard sostiene:

"Consideremos el caso del *copyright*. Un hombre escribe un libro o compone música. Cuando publica el libro o la hoja de música imprime en la primera hoja una palabra que dice "*copyright*". Esto indica que cualquier persona que accede a comprar esta producción también concuerda como parte de la transacción a no copiar o reproducir esta obra para la venta. En otras palabras, el autor no vende su propiedad sin más al comprador; la vende **bajo la condición** de que el comprador no la reproducirá para la venta. Desde el momento que el comprador no adquiere la propiedad sin más, sino que lo hace bajo esta condición, cualquier incumplimiento de este contrato por parte de él o de quien lo haya recibido como reventa está incurrido en **robo implícito** y será así tratado en el mercado libre. Consecuentemente, el *copyright* es un instrumento lógico de los derechos de propiedad en el mercado libre"²⁷.

Por su lado, Nozick, quien deja en claro que este tema resulta muy controvertido incluso entre liberales, señala que los autores que sostienen que hay contrato de no copiar al realizarse la compra-venta "[...] aparentemente se olvidan de que algunas personas algunas veces pierden libros y de que otros los encuentran."²⁸ Sin embargo, pensamos que este hecho no debilita en nada el argumento rothbariano: por una parte, del hecho de que se pierda un anillo no se sigue que no debería existir registro de propiedad y, por otra, el que encuentra el anillo en cuestión está moralmente obligado a intentar por todos los medios su restitución, lo mismo ocurre con un libro, de lo cual no se desprende que quien haya encontrado el anillo no retenga el diseño y se lo encargue a su joyero. Idéntico razonamiento puede aplicarse al libro encontrado a los efectos de su copia, otorgándose, claro está, el correspondiente crédito.

²⁷ Op.cit p.654.

²⁸ Op.cit. p.141.

David Friedman observa que "Para otro ejemplo del mundo real, deben considerarse los programas para computadoras. Hacer una copia de Word o de Excel para un amigo viola el *copyright* de Microsoft, pero no hay mucho que Microsoft pueda hacer al respecto. [...] Para poder quedar en el negocio, las compañías de *software* que apuntan principalmente a consumidores individuales deberán encontrar modos de cobrar por producir un bien público"²⁹. Sin duda lo que dice Friedman es descriptivamente correcto, pero el análisis que pretendemos realizar en este breve ensayo apunta más bien a lo deontológico que a lo puramente utilitario. No respetar un derecho porque no se puede controlar al invasor no parece una argumentación sólida. No es aquí el caso de entrar en otro debate, cual es el del *iusnaturalismo* y el utilitarismo, el que hemos abordado en otra ocasión³⁰. Nos limitamos ahora a señalar que el Derecho, como parámetro extramuros de la ley positiva, se basa en la naturaleza³¹ de la acción humana, en cuanto a que ésta pretende pasar de una situación menos satisfactoria a una que proporciona mayor satisfacción, para lo cual hay que permitirle al sujeto actuante que proceda en consecuencia siempre y cuando no impida igual comportamiento de terceros. Para permitir este paso se requiere el respeto a lo suyo, comenzando por la propiedad del propio cuerpo, pero este reconocimiento no está sustentado en la utilidad (por otra parte imposible de medir), sino en órdenes preexistentes al agente que reconoce y descubre valores y nexos causales que subyacen a la realidad y que, por tanto, no son fruto del diseño o de la ingeniería social, lo cual, en este sentido, puede decirse que produce como consecuencia resultados convenientes (útiles) al sujeto del derecho sin la pretensión de evaluar tal cosa como "balances sociales" ni efectuar comparaciones de utilidad interindividuales.

Más adelante, Rothbard alude a la duración del *copyright*: "Obviamente, para que sea íntegramente la propiedad de un individuo, un bien debe ser la propiedad permanente y perpetua de esa persona y

sus herederos. Si el Estado decreta que la propiedad de alguien cesa en fecha determinada, esto quiere decir que el Estado es el verdadero propietario y que simplemente otorga una concesión por el uso de la propiedad por un cierto período de tiempo"³².

En la presentación rothbariana, hay cuatro capítulos bien diferenciados. El primero se refiere al aspecto central de la discusión, cual es la posibilidad de la exclusión. Como dice Plant en el epígrafe con que hemos abierto estos apuntes y como han explicado otros autores en las citas que hasta aquí hemos recogido, cuando se hace pública una idea expresada de tal o cual manera, ésta entra en la esfera del dominio público y, por el principio de no contradicción, un texto no puede ser público y privado simultáneamente. No tiene sentido asignar propiedad a algo que no es escaso y no hay sustento para reconocer contratos implícitos allí donde no existen transferencias de derechos de propiedad. Esto no constituye una mera petición de principios ni un razonamiento circular: no es que no hay derecho simplemente porque previamente afirmamos que no hay derecho, no tiene lugar debido a que la infinitud no requiere el establecimiento de usos alternativos y las consecuentes prioridades. Siempre en este análisis crítico de lo que hemos llamado el primer capítulo del enfoque rothbariano, debemos señalar que existe gran controversia sobre los llamados contratos implícitos o de adhesión, ya que se sostiene que para que exista contrato debe haber una manifestación específica y expresa de la voluntad. En cualquier caso —aún aceptando este tipo de contratos— se tornan del todo ambiguos y desdibujados cuando no están involucradas transacciones de derechos de propiedad. Las convenciones y arreglos que puedan hacerse sin que medien transacciones de derecho de propiedad por parte de todos los interesados deben, con mayor razón, contar con una voluntad puesta de manifiesto de modo expreso y no basarse meramente en una presunción³³.

²⁹ *Hidden Order: The Economic of Everyday Life* (New York: Harper Business, 1996) p. 263.

³⁰ Véase Alberto Benegas Lynch (h) "Nuevo examen sobre el *iusnaturalismo*", Poder y razón razonable (Buenos Aires: Ed. El Ateneo, 1992) Cap. II [1987].

³¹ La expresión "naturaleza" está usada en el sentido a que se refiere Hume: "Tampoco es impropia la expresión *leyes de la naturaleza*; si por natural entendemos lo que es común a una especie o incluso si lo circunscribimos a lo que es inseparable de las especies", *A Treatise...* op.cit., tomo II, p.258.

³² Op.cit. p. 656.

³³ Una convención en la que no medien derechos de propiedad de ambas partes podría ejemplificarse cuando una persona le vende a otra cierta cantidad de aire para que respire entre tales y cuales calles de una ciudad a cambio de una suma de dinero (aunque exista mayor cantidad de aire que el oxígeno requerido); en estos casos que pueden considerarse extraños resulta indispensable una manifestación expresa del consentimiento. En este sentido, resulta útil transcribir dos artículos del Código Civil de la Argentina que aparecen bajo el título "Del consentimiento en los contratos": artículo 1144 "El consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades".

Marco Aurelio Risolía presenta la discusión que se suscita en torno a las “voluntades implícitas y presuntas”³⁴ y que se pone de manifiesto en los contratos de adhesión³⁵. Risolía recoge opiniones que sostienen que “Contrato y adhesión son, pues, términos que no concilian. Trasmiten un antinomia incompatible con la institución involucrada [...] y que se refiere al] predominio exclusivo de una voluntad de ‘dicta su ley’ a una colectividad indeterminada”³⁶. Y, más adelante, dice que “En el fondo de todo esto no hay más que fenómenos económicos de difícil apreciación, acciones y reacciones confusas, desequilibrios de oscuro origen que afloran al campo del Derecho y se afirman a favor de recursos técnicos más o menos eficaces”³⁷. Este debate sobre el llamado contrato de adhesión –en el que esa figura es criticada por autores tales como Georges Ripert³⁸ y que Risolía admite que puede ser “una forma de expresar el consentimiento”³⁹ – se agudiza en nuestros días en el caso de la “propiedad intelectual” por las razones antes expuestas, y cobra más relevancia la clasificación que esboza Marco Aurelio Risolía entre contratos y convenciones⁴⁰ y, como queda dicho, donde la lógica indica que se requiere el consentimiento expreso para algunos arreglos entre partes⁴¹.

Por otra parte, las formas de reproducción son muy variadas: no sólo las electrónicas⁴²; por ejemplo, cuando alguien hace público un poema y una persona lo recuerda y lo retransmite a un tercero durante un almuerzo a cambio de un vaso de vino. Se trata de una venta que no parece que pueda razonablemente ser bloqueada ni obligado el sujeto en cuestión a que no recuerde lo dicho o escrito por el poeta.

Desde luego que lo que es susceptible de apropiación es el contenido material de una obra, todo lo cual, como hemos dicho más arriba, no significa que se pueda proceder sin otorgarle el crédito al autor correspondiente o la indudable facultad de que éste pueda decidir el retenerlo en su mente y no hacerlo público. Precisamente, nuestro ejemplo del poema transmitido de viva voz se conecta a la electrónica de la información, ya que ésta hace que se convierta en algo similar a la conversación donde nunca se aplicó el *copyright*. Así, dice Ithiel de Sola Pool que en este contexto “La proliferación de textos en múltiples formas no permite establecer una línea clara entre los primeros borradores y las versiones finales [...] Para los *copyright* las implicancias resultan fundamentales. Las nociones establecidas sobre *copyright* se tornan obsoletas ya que están basadas en la tecnología de la imprenta. [...] Con el arribo de la reproducción electrónica estas prácticas se tornan imposibles. La publicación electrónica es análoga no a la imprenta del siglo dieciocho, sino a la comunicación boca a boca a la que el *copyright* nunca se aplicó”⁴³. El autor alude al mundo de los manuscritos antes de Gutenberg, en donde había variaciones entre las copias debidas a la tarea de los copistas; en cierto sentido “Las publicaciones electrónicas vuelven a esas tradiciones [...] Una persona escribe sus comentarios en una terminal y le ofrece a sus colegas acceso para que incluyan sus comentarios. A medida que cada persona copia, modifica, edita y expande, el texto cambia día a día. Con cada cambio el texto es archivado bajo una versión diferente. Libros de texto computarizados podrán existir en versiones distintas según cada profesor”⁴⁴. Por otro lado: “Considérese la distinción crucial en la ley de *co-*

³⁴ Soberanía y crisis del contrato (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958) p. 81 [1945].

³⁵ Esta expresión fue acuñada por Raymond Saleilles en *De la Personalité juridique* (París: Rousseau Ed., 1922) quien afirma que éstos “[...] no tienen de contrato más que el nombre” p.6.

³⁶ Op. cit. p.145-6.

³⁷ Ibid. p.147.

³⁸ *La règle morale dans les obligations civiles* (París: Lib. Gén de Droit et de Jurisprudence, 1935) [1923].

³⁹ Soberanía y..., op.cit., p. 150.

⁴⁰ Ibid. p. 99 y ss.

⁴¹ Vid. Nota 32 *ut supra*.

⁴² En seguida nos referiremos específicamente a la transmisión electrónica de información, ahora dejamos consignado un comentario de Nicholas Negroponte en el contexto de la emisión de bits, quien afirma que los *copyright* carecen de sentido ya que “Es un producto de la era de Gutenberg. [...] el caso puede asimilarse a] un pintor que prácticamente se despide de su cuadro una vez que lo vendió. Sería impensable cobrar por cada vez que el mismo sea exhibido”. Ser digital (Buenos Aires: Atlántida, 1995) p.66-7.

⁴³ *Technologies of Freedom* (Harvard University Press, 1983) p. 214.

⁴⁴ Op. cit. p. 213.

pyright entre la lectura y la escritura. Leer un texto que está bajo el *copyright* no es una violación, solamente copiarlo en la escritura. La base tecnológica de esta distinción se revierte en el texto computarizado. Para leer un texto archivado en la memoria electrónica uno lo pone en la pantalla; uno lo escribe para leerlo. Para transmitirlo a otros, sin embargo, uno no lo escribe, sólo uno le da a otros un *password* a la memoria de la computadora”⁴⁵.

Más aún, concluye el autor que hay muchos textos que no son escritos directamente por el ser humano, sino que la computadora realiza operaciones y produce su versión, en ese caso “¿Quién es el autor del informe que escribió la computadora o el resumen producido? ¿La computadora? La idea de que la máquina es capaz de labores [de este tipo] está más allá de las leyes de *copyright* [...] La noción de *copyright* basada en la imprenta simplemente no es posible”⁴⁶.

Un segundo capítulo lo centramos en las dos veces que Rothbard repite en el párrafo transcrito la expresión “para la venta”. Aquí el autor parece admitir las copias cuando no se destinan al uso comercial. Esto, aún desde su posición, nos parece una arbitrariedad. Si se aceptara que hay un contrato y éste establece la prohibición de copiarlo, es para todos los efectos (a menos que se exprese lo contrario, lo cual no es el caso en los ejemplos corrientes). Un tercer punto se refiere a la expresión “robo implícito”, con lo que parece suavizar o matizar lo que a su juicio constituye un delito. En rigor, no hay tal cosa como robo implícito, es robo o no lo es, y si se trata de esto último es siempre explícito, adjetivo que convertiría la expresión en un pleonismo.

Por último, concordamos plenamente con Rothbard (igual que con Spencer) en que un derecho de propiedad no debe tener vencimiento, pues de lo contrario se trataría de una concesión. Por esto es que siempre nos han parecido inconsistentes aquellos que pretenden la prohibición de reproducir aquello que se ha hecho público y que no es escaso y, simultáneamente, sugieren una fecha para que expire el así llamado

derecho, ya sea la vida del autor más veinticinco, cincuenta o setenta años. De todos modos, se nos ocurre que eventualmente se producirían algunas complicaciones si se siguiera la secuencia rothbariana, por ejemplo, casos como los pagos por *copyright* que se les debería a los autores involucrados en la Biblia, léase los descendientes de personajes tales como Samuel, Mateo, etc. (por no decir nada de los problemas operativos para transferir sumas a Dios) ya que, en última instancia, no resulta relevante si había o no legislación respecto al *copyright* sino de los aspectos éticos que estarían presentes.

Por su parte, Ayn Rand⁴⁷ estudia las patentes y los *copyrights* de forma conjunta y no hace la separación que efectúa Rothbard. Señala que todos los trabajos que se traducen en objetos materiales implican una dosis de tarea intelectual y que las obras escritas tienen ese ingrediente en grado superlativo. Explica que “Lo que [...] protege el *copyright* no es el objeto material como tal sino la **idea** que contiene. Al prohibir una reproducción no autorizada del objeto, la ley declara, en efecto, que el trabajo físico de la copia no constituye la fuente del valor del objeto, que el valor es creado por quien origina la idea y no puede ser utilizado sin su consentimiento; por tanto, la ley establece el derecho de propiedad de la mente que le ha dado la existencia”⁴⁸.

Después de distinguir la diferencia entre lo que es un descubrimiento y una invención, Rand dice que: un descubrimiento científico o filosófico que identifica una ley de la naturaleza, un principio o un hecho de la realidad desconocido hasta ese entonces no puede ser la exclusiva propiedad del descubridor porque: a) no lo **creó** y b) si desea hacer su descubrimiento público, alegando que es cierto, no puede demandar que los hombres continúen pensando o practicando falsedades, excepto con su permiso. **Puede** hacer que su libro esté sujeto a *copyright*, en el que presenta su descubrimiento, y **puede** demandar que se le dé crédito a su autoría por el descubrimiento y que ninguna otra persona pueda apropiarse o plagiarlo -pero no puede hacer un *copyright* por los conocimientos teóricos”⁴⁹.

⁴⁵ Ibid. p. 214.

⁴⁶ Op. cit. p. 215. Dice el autor (p.18) que en apariencia hay una contradicción entre la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense (libertad de expresión) y la sección 8 de su primer artículo que, agregamos nosotros, pone de relieve una óptica que pretende ser utilitaria: “El Congreso tendrá el poder [...] de promover el progreso de las ciencias y las artes útiles asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos”. Para una discusión sobre la libertad de expresión véase Henry J. Abraham *Freedom and the Court* (Oxford University Press, 1982) Cap. V.

⁴⁷ “*Patents and Copyright*”, *Capitalism: The Unknown Ideal* (New York: New American Library, 1946).

⁴⁸ Op. cit. p. 130.

⁴⁹ Ibid. p. 130-1.

Pensamos que si se es consistente con el argumento arriba presentado por Rand, no vemos por qué deba ser excluido el conocimiento teórico-filosófico-científico. Desde luego que resultaría ridícula semejante pretensión, pero es que el resto de la argumentación conduce a esta conclusión. No vemos que una conclusión como la mencionada pueda sostenerse en base al esqueleto analítico presentado. En otros términos, si fuera correcto que lo que alguien escribe y hace público no puede ser copiado por nadie esto debería incluir todas las ideas que son escritas por primera vez por un autor. A estos efectos, no nos parece que agregue nada la distinción entre invención y descubrimiento, lo cual quiere decir que —siempre en esta línea argumental— también, aunque parezca inverosímil, debería considerarse plagio (es decir, el crimen mayor que pueda concebirse en el campo intelectual) el que alguien reproduzca la idea de que dos más dos es igual a cuatro si es que se pudiera detectar quién lo dijo primero y suponiendo que las leyes de *copyrights* ya hubieran estado en vigencia y el descubridor decidiera acogerse a dicha ley. Es de interés anotar al margen que el “*Happy Birthday*” tiene *copyright* por Birchtree Ltd., a quien debe pagársele cada vez que se canta públicamente (vence en el 2010, año en el que pasará al dominio público). La canción fue escrita por dos hermanas en 1893 y actualmente reporta un millón de dólares anuales⁵⁰.

Hay todavía otro asunto en la propuesta que a este respecto hace Ayn Rand y que se refiere a la duración del derecho sobre el que venimos discutiendo. En este caso nos parece que la autora se interna en una especie de galimatías que no resulta posible eludir. Así afirma que:

“La propiedad material representa un monto estático de riqueza ya producida. Puede dejarse a herederos pero no puede quedar en la posesión perpetua de quienes no realizan esfuerzo alguno: los herederos pueden consumirla o deben **ganar** a través de su esfuerzo productivo para mantener la posesión. Cuanto mayor el valor de la propiedad, mayor será el esfuerzo que les demande a los herederos. [...] Pero la propiedad intelectual no puede ser consumida. Si fuera retenida a perpetuidad, conducirá a lo

opuesto al mismo principio en el que se basa: conduciría no a la ganancia obtenida por los logros sino al apoyo de parásitos”⁵¹.

Por esto es que sostiene que la llamada propiedad intelectual no puede retenerse a perpetuidad, aunque para ello Rand deba apartarse de su filosofía anti-utilitaria, lo cual es reforzado más adelante cuando hace extensas disquisiciones sobre los negocios a largo plazo que se verían frustrados si el período de tiempo resulta demasiado corto, etc. (p.132). En verdad, lo que dice del carácter parasitario de los herederos puede, por una parte, aplicarse de igual modo para el autor mientras vive y, por otra, no se ve por qué dentro de cierto plazo los herederos no serían parásitos y se convertirían en eso sólo después de transcurrido cierto plazo arbitrariamente escogido.

Por último, Rand dice que cuando vence el *copyright* “[...] la propiedad intelectual involucrada no se transforma en ‘propiedad pública’ (aunque se la denomine ‘del dominio público’); deja de existir *qua* propiedad. Y si la invención o el libro continúan produciéndose, el beneficio de esa expropiación no se destina al ‘público’, se destina a los verdaderos herederos: a los productores, a aquellos que realizan el esfuerzo de corporeizar la idea en nuevas formas materiales y, por tanto, mantenerla viva”⁵². Curiosamente, esto último es coincidente con lo que argumentamos quienes sostenemos que no hay tal cosa como propiedad intelectual, solamente que Ayn Rand *de facto* acepta esas argumentaciones después de transcurrido un lapso de tiempo arbitrariamente establecido por la legislación vigente según sea el país de que se trate.

Friedrich A. Hayek expresa sus dudas de que sea finalmente posible salir del círculo vicioso que presenta el *copyright*, puesto que hay un interés creado en los propios escritores para que se les mantenga ese privilegio. Así dice que “sería interesante descubrir hasta dónde puede existir una crítica seria de la ley de *copyright* [...] en una sociedad en la que los canales de expresión están extensamente controlados por gente que tiene un interés creado en la situación prevalente”⁵³. Con anterioridad, Hayek ya había señalado respecto de los *copyright*: “creo

⁵⁰ Roy J. Ruffin y Paul R. Gregory *Principles of Economics* (New York: Addison-Wesley, 1997) p.313. Véase también “*Yes, You Did Hear It Right: Happy Birthday Is For Sale*” *New York Time*, octubre 20, de 1988.

⁵¹ p. 131.

⁵² p. 132.

⁵³ “*The Intellectuals and Socialism*” *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (The University of Chicago Press, 1967) p. 182 [1949].

más allá de toda duda que en este campo se ha extendido el error de aplicar el concepto de propiedad del mismo modo como se lo aplica a los bienes materiales, lo cual ha hecho mucho para fortalecer el crecimiento del monopolio y, por tanto, se requerirían en esto reformas drásticas si la competencia ha de tener vigencia”⁵⁴. Ya hemos consignado que Arnold Plant comparte esta última idea y que también comparte la preocupación de Hayek que hemos consignado en primer término: “Hay desde luego una dificultad especial que se presenta en la discusión sobre el tema del *copyright* y es que el escritor no es imparcial ¿Cuántos de nosotros encaramos el tema con un espíritu como el que evidencia H.C. Catey en sus ‘Cartas sobre *copyright* internacional’?”⁵⁵. A continuación Plant cita del trabajo de Carey: “Quien escribió estas ‘Cartas’ no tenía interés personal en el tema que allí se discutía. El mismo es un autor [...] ahora escribe en la creencia de que el derecho está del lado de los consumidores de libros y no de parte de quienes los producen, sean estos autores o editores”⁵⁶.

Plant apunta que “hay autores –académicos y también poetas- que están dispuestos a pagar cantidades importantes para que sus libros se publiquen”⁵⁷, y también alude a muchos oradores que están solamente interesados en que se difundan sus ideas⁵⁸. El mismo autor lo cita a Frank H. Knight (de su libro “Riesgo, incertidumbre y beneficio”), quien se refiere a las razones por las cuales los economistas escriben ensayos y libros: “El ingreso monetario directo por las ventas de lo que escriben no figura en la provechosa discusión que plantea el profesor Knight sobre las motivaciones de los economistas-autores, a pesar de que a través de tres sino cuatro siglos los partidarios de la propiedad por el derecho a copiar han estado argumentando como si la producción de libros fueran la respuesta de autores, editores e

imprenteros debido a la existencia de la legislación sobre *copyright*”⁵⁹.

Esto no quiere decir que los autores no quieran recibir dinero a cambio de su trabajo, muy por el contrario, cuando resulta posible generalmente lo reciben con gusto, más aún, como ya hemos puesto de manifiesto, en ausencia de *copyright*, se pueden recibir sustanciosos pagos adelantados o jugosos *royalties* o una combinación de ambas cosas. Plant cuenta que, por ejemplo, muchos escritores ingleses, a pesar de que en su país había legislación sobre *copyright*, preferían venderle sus obras a editoriales estadounidenses en la época en que allí no existía dicha legislación debido, precisamente, a los atractivos pagos que recibían por adelantado.⁶⁰

También Plant se refiere al libro de G.H. Thring, “*The Marketing of Literary Property*”, donde el autor explica extensamente las diversas estrategias editoriales para cubrir eficientemente el mercado a los efectos de minimizar las posibilidades de reproducción por parte de otras editoras.⁶¹ Este fenómeno también sucedía antiguamente con los manuscritos: “En los días de los manuscritos, hasta donde alcanzan nuestros elementos de juicio, nunca se pensó en *copyrights* de autor. Los manuscritos se vendían lisa y llanamente, el autor sabía que cada copia que vendiera constituía una fuente potencial para copias competitivas adicionales. Por tanto, al vender trataba de explotar con todas sus habilidades la ventaja que poseía en el tiempo inicial hasta tanto apareciera la competencia de las copias”, del mismo modo que hoy ocurre en el terreno de las modas⁶².

Jacob Burkhardt se refiere a “[...] la sistemática creación de bibliotecas por medio de copias”⁶³ y a la colección de obras del florentino Niccolò Niccoli

⁵⁴ “*Free Enterprise and Competitive Order*”, *Individualism and Economic Order* (The University of Chicago Press, 1948), [1947] p. 114.

⁵⁵ A Plant “*The Economic Aspects of Copyright in Books*”, op.cit.p.57-8.

⁵⁶ Loc.cit.

⁵⁷ Ibid. p.58.

⁵⁸ Ibid. p. 59.

⁵⁹ Ibid. p.57.

⁶⁰ Ibid. p. 62.

⁶¹ Ibid. p. 63. No siempre resulta fácil competir con editoriales avezadas, y muchas veces incluso la fotocopia del libro resulta ser mucho más cara que una edición de bolsillo.

⁶² A Plant, ibid. p.61.

⁶³ *The Civilization of Renaissance in Italy* (New York: Oxford University Press, 1944) p.114.

cuyo agente “[...] descubrió seis oraciones de Cicerón y el primer Quintiliano [...] que] dijo que copió en treinta y dos días en una lindísima escritura”⁶⁴. Y sigue diciendo Burkhart que “entre los copistas profesionales, aquellos que entendían griego ocupaban el lugar más alto y para quienes se reservaba el nombre de *scrittori* [...] el resto se conocían simplemente como *copisti* [...]”. Cuando Sosimo de Medici estaba apremiado para formar la biblioteca destinada a su fundación predilecta, lo mandó llamar a Vespasiano, quien le aconsejó que se olvidara de conseguir libros ya que los que valían la pena eran difíciles de adquirir y que, por tanto, hiciera uso de los copistas [...]. Vespasiano, junto con cuarenta y cinco escribas, bajo su dirección reprodujeron 200 volúmenes en veintidós meses”⁶⁵. Concluye Burkhardt que “cuando había tanto esmero en honrar el contenido de un libro a través de una forma tan bella [el trabajo de los copistas], es comprensible que la abrupta aparición de libros impresos fuera recibida con la vergüenza de tener uno de ellos. Claro que los fatigados copistas –no aquellos que vivían del comercio, sino los que estaban forzados a copiar un libro para tenerlo– celebraron la invención alemana [...]. Después de un tiempo la relación moderna entre el autor y el editor comenzó a desarrollarse y, bajo Alejandro VI, [...] la prohibición de la censura hizo su aparición”⁶⁶.

Respecto de la legislación sobre *copyright*, según Dale A. Nance “decir que se puede mirar pero no copiar es reclamar las ventajas de la publicación sin aceptar las consecuencias”⁶⁷, y Arnold Plant subraya que dicha legislación produce sin duda ganancias superiores a las del mercado para los interesados, pero “de más está decir que ese hecho indiscutible no es una razón adecuada para que el público en general deba otorgarles cualquier grado de poder monopólico”⁶⁸. Por su parte, al igual que otros autores, Tom G. Palmer asimila las patentes a los *copyright*, por eso es que recurre al ejemplo del ábaco, y también por eso es que en su conclusión incluye todo lo que se ha dado en llamar derechos de propiedad intelectual. En este sentido, según su opinión:

“Al ser yo dueño de mi computadora restrinjo el acceso a esa computadora, pero no constituye una restricción general a su libertad para que adquiera una computadora similar, o un ábaco, o para que cuente con sus dedos o para que use papel y lápiz. En contraste con esto, reclamar un derecho sobre un proceso es reclamar un derecho generalizado para controlar las acciones de otros. Por ejemplo, si el derecho a usar un ábaco se le otorgara a alguien, esto querría decir que otros no podrían hacer un ábaco a menos que tuvieran permiso de quien posee el derecho”.

⁶⁴ Ibid. p. 115.

⁶⁵ Ibid. p. 117.

⁶⁶ Ibid. p. 117-18.

⁶⁷ “Foreword: *Counting Ideas*” *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol.13 No. 3 verano de 1990, p. 772.

⁶⁸ “*The Economic Aspects...*” *op.cit.*, p. 60.

MANUEL NOYA DE LA PIEDRA

ABOGADO

NOTARIO DE LIMA

JIRON OCOÑA 180 - 2º PISO
LIMA 1, PERU

TELF.S.: 427-3921 427-9622 427-8768
427-9438 Fax: 428-8304

EL ORDENAMIENTO AMBIENTAL INTERNACIONAL¹

Rüdiger Wolfrum²
Profesor de Derecho Internacional
Universidad de Heidelberg
Director del Max Plank Institut

I.- INTRODUCCIÓN

El ordenamiento ambiental internacional es parte integrante del Derecho Internacional Público vigente. Su particularidad consiste en que, como reacción al desarrollo técnico y económico, ha evolucionado más vigorosamente que el resto del Derecho Internacional hasta convertirse en un sistema que descansa sobre sus propios principios particulares. Entre dichos principios, cabe mencionar las obligaciones de cooperación entre los Estados, de consideración vecinal y de solidaridad. Además, compete al ordenamiento ambiental internacional, con especial significado, el principio según el cual determinadas zonas de la tierra han sido declaradas como herencia o patrimonio universal de la humanidad.

Existen muchos fundamentos para la trascendente evolución de un ordenamiento ambiental internacional. En general ha aumentado claramente en muchos estados la conciencia ambiental. Ello ha conducido a la intensificación de los diversos Derechos del Medio Ambiente nacionales; en la medida en que aumenta el conocimiento de que muchos problemas ecológicos pueden ser efectivamente combatidos únicamente en el ámbito internacional, crece también la necesidad de las correspondientes regulaciones internacionales. Dicha necesidad es determinada además por otro criterio. Las regulaciones ambientales que directa o indirectamente imponen barreras a la actividad económica, representan para los bienes manufacturados producidos un factor de costo en comparación con bienes de

La protección del medio ambiente ha evolucionado en los últimos años al dejar de constituir un problema del ordenamiento interno nacional, para ser un objetivo fundamental de protección internacional. El criterio base de este cambio es el hecho de que la defensa ambiental es un problema de la humanidad en su conjunto, por lo que la búsqueda del desarrollo de la cooperación interestatal es lo más importante.

Bajo esta perspectiva, el autor nos da una visión introductoria al desarrollo de la normatividad internacional desarrollada a través de las cada vez más constantes Convenciones Internacionales sobre el Medio Ambiente.

¹ Este artículo ha sido traducido del alemán por Gonzalo Zegarra Mulanovich, ex-miembro del Comité Directivo de THÉMIS-Revista de Derecho. Los editores agradecen al doctor Eduardo Ferrero Costa por haberlo cedido, con autorización del autor, para su publicación. Título original: "Internationale Umwelterdnung".

² El autor es Miembro de la Comisión de la ONU contra la Discriminación Racial.

ámbitos económicos en los cuales no existen regulaciones análogas. En tal sentido, la consecución de regulaciones para la protección del medio ambiente es producida, no sólo por la preocupación por la conservación de determinados bienes ecológicos, sino también por la necesidad de distribuir colectivamente los costos de la protección ambiental. Desde el inicio de la década de los noventa, es reconocido el principio de causalidad como componente del ordenamiento ambiental internacional.

La protección internacional de la ecología y las regulaciones ambientales nacionales están necesariamente ligadas mutuamente, pero pueden igualmente encontrarse en una relación de tensión mutua. La inmanente vinculación de ambos niveles de regulación se deriva del hecho de que las normas del ordenamiento ambiental internacional solamente pueden ser logradas a través o con ayuda del Derecho nacional. En el ordenamiento ambiental internacional, como en general en el Derecho Internacional Público, se separa el establecimiento de normas y la aplicación de dichas normas. La razón para ello consiste en que el Derecho Internacional Público carece de instancias centrales de coerción y en esa medida tiene que remitirse a los estados nacionales como únicos mecanismos de aplicación normativa existentes. La recíproca dependencia de ambos niveles de regulación descansa por cierto también en otro concepto. El Derecho Internacional Público resulta de coaliciones interestatales. Para la formulación de los fines de las negociaciones, los estados se remiten a las regulaciones nacionales e introducen su Derecho nacional en el proceso de negociación internacional. En términos ideales adquiere con ello el Derecho nacional una función de modelo.

Al mismo tiempo, puede el así resultante Derecho Internacional influir fructíferamente sobre el Derecho nacional, que hasta entonces se mantenía relegado detrás de sujetos de derecho internacionales o de estándares de estados comparables. La misma influencia fluye de los ordenamientos ambientales internacionales regionales o comunitarios. De especial relevancia es en esta medida el Derecho Ambiental logrado por la Unión Europea.

En general influyen tanto el ordenamiento ambiental internacional como el Derecho Ambiental Internacional Comunitario en dirección a una unificación jurídica. En el Derecho alemán ello se pone en evidencia, entre otras cosas, en la Ley Federal de Protección de la Naturaleza, cuyo Quinto Capítulo (Quinta Sección), sobre Protección y Fomento de los Animales y Plantas en Estado Salvaje está influido por el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies de Plantas y Animales Salvajes en Peligro de Extinción de 1973, a pesar de que dicho complejo se considera en el estadio más elemental de la Protección Ambiental.³ Esto rige también en el ámbito del Derecho Penal ambiental. El Tribunal Federal Supremo ha establecido, en una sentencia del 16 de agosto de 1996, que las reglas de punición del Derecho de Protección de las Especies deben ser precisadas o actualizadas de acuerdo con las ventajas internacionales o en todo caso europeas y que una condena sobre esa base no colisiona con el principio de Estado de Derecho.⁴

La necesidad de un ordenamiento ambiental internacional descansa también en el hecho de que el comercio y la actividad económica ambientalmente relevantes pueden tener concretas consecuencias negativas ultrafronterizas. Una situación típica en este sentido fue la que alcanzó el juicio arbitral del caso *Trail Smelter*. Este proceso sentenció a Canadá a la reparación de perjuicios por daños ultrafronterizos causados por medio de gases venenosos.⁵

Asuntos similares son constantemente conocidos por los tribunales nacionales. Especialmente famoso ha devenido el caso *Mines de Potasse d'Alsace*.⁶

La más reciente evolución del ordenamiento jurídico internacional descansa por cierto en el doble conocimiento de que el estropicio de los componentes ambientales puede tener consecuencias de alcance mundial y está ligado a destruir o al menos menoscabar las condiciones de vida de las generaciones futuras, así como de que problemas ambientales de ese tipo sólo pueden ser solucionados en el ámbito internacional. Esto rige especialmente para la protección de espacios de la comunidad interna-

³ Beudomir-Kahlo (1996) En: Gassner y otros (Editor). *Bundesnatur Schutzgesetz, Kommentar*. (Ley Federal de Protección de la Naturaleza Comentada).

⁴ Sentencia del 16 de agosto de 1996 – StR 745/96.

⁵ *Reports of International Arbitral Awards* (RIAA) III, 1965.

⁶ Véase Jessurum d' Oliveira (1978): *La pollution du Rhin et le droit international privé*, En: Hueting y otros. (Editores): *La pollution du Rhin – Aspects juridiques, économiques et techniques*.

cional, (altamar-aguas internacionales-, la Antártida o el espacio exterior), o para los intereses difusos (el clima, la capa de ozono, especies animales y vegetales o la biodiversidad).

Principalmente hay que distinguir entre los siguientes conjuntos regulatorios del ordenamiento ambiental internacional: disminución del daño ambiental ultrafronterizo, explotación coordinada para la conservación y protección de recursos naturales que son requeridos por diversos Estados, regulación de la explotación y protección de zonas ajenas a las jurisdicciones estatales de intereses difusos o bienes colectivos.⁷

II.- ELEMENTOS DEL ORDENAMIENTO AMBIENTAL INTERNACIONAL

El ordenamiento ambiental internacional vigente prohíbe fundamentalmente daños ambientales ultrafronterizos. El desarrollo de este principio ha sido resuelto jurídico-consuetudinariamente. Entre tanto, este postulado ha encontrado acogida en las declaraciones de grandes Conferencias Ambientales y en el Derecho Internacional de los tratados. Este principio encontró su punto de partida en la sentencia del caso *Trail-Smelter*.⁸ El laudo arbitral estableció lo siguiente:

*"... no State has the right to use or to permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein..."*⁹

Asimismo, pueden mencionarse otras decisiones de laudos arbitrales como el caso de *Lac-Lanoux*¹⁰ y el caso *Gut Dam*.¹¹ El artículo 21 de la Declaración Ambiental de Estocolmo (1972) repite este principio; también se encuentra igualmente en el artículo 2 de la Declaración de la Conferencia de Río de

Janeiro sobre Ecología y Desarrollo de 1992 (Declaración de Río).

La prohibición de los daños ecológicos ultrafronterizos tiene su origen en el principio de la soberanía de los Estados. Éste permite a los Estados la explotación fundamentalmente ilimitada de sus territorios estatales (soberanía estatal absoluta) así como la libertad de ocasionar daños ecológicos ultrafronterizos (integridad estatal). Entre estos extremos debe establecerse una concordancia práctica; en consideración a la interdependencia de los Estados deben hacerse concesiones o atenuaciones tanto a la soberanía estatal como también a la integridad estatal.¹²

De ahí que esté prohibido solamente el daño ambiental untrafronterizo severo o grave; daños ambientales por debajo de este límite *standard* han de ser tolerados.

La pregunta acerca de cuándo un daño ambiental ha de ser calificado como severo debe ser respondida según la intensidad de las consecuencias negativas en la ecología. Entre otros, deben considerarse también las posibilidades técnicas del Estado emisor para reducir este tipo de efectos ecológicos, el *standard* ambiental promedio vigente en el Estado emisor, el daño preciso en la zona, y su explotación anterior. Vale decir; el concepto de "daño ambiental severo" no es estático sino que ha de ser fijado a la luz de la realidad local, tomando en consideración el estado de desarrollo técnico del Estado emisor. En países en vías de desarrollo han de establecerse, por tal motivo, exigencias distintas, de menor alcance que en países industrializados. Este criterio se manifiesta claramente en el artículo 11 de la Declaración de Río. Allí se establece:

"States shall enact effective environmental legislation. Environmental standards, managements objectives and

⁷ Véase Birnie, P.W.-Boyle, A.E. (1992): *International Law & the Environment*, p.82 y ss.

⁸ Sobre este conjunto ver Handl, G. (1975): *Territorial Sovereignty and the Problem of Transfrontier Pollution*. En: *American Journal of International Law* (AJIL) 69, pp. 50-76.

⁹ Nota del Traductor: La cita textual no ha sido traducida del inglés por el autor. Una versión libre de este fragmento en castellano puede traducirse de la siguiente manera: "... ningún estado tiene el derecho de usar o de permitir el uso de su territorio de tal manera que cause daños por humos en o al territorio de otro o a las propiedades o personas yacentes en él".

¹⁰ RIAA XII, 281.

¹¹ *International Legal Materials* (ILM) 11(1972), 1416-1469 (1420).

¹² Handl G. (1986): *National uses of transboundary Air Resources: The International Entitlement Issue Reconsidered*. En: *Natural Resources Journal* 26 p. 405-467 (413 y ss.), Wolfrum, R. (1990): *Purposes and Principles of International Environmental Law*. En: *German Yearbook of International Law* 33 p. 308-330 (311).

*priorities should reflect the environmental and developmental context to which they apply. Standards applied by some countries may be inappropriate and of unwarranted economic and social cost to other countries, in particular developing countries"*¹³

La aplicación de este axioma en el desenvolvimiento de la relación vecinal no está libre de problemas, puesto que conduce a la exportación de costos de producción y desarrollo a los estados vecinos.

La prohibición de los daños ambientales ultrafronterizos contiene un aspecto adicional. También está prohibida la exportación de procesos de fabricación peligrosos que trasladen al país de destino o importador, riesgos ecológicos que no serían tolerados en el país de origen del respectivo empresario o empresa exportadora.

Sobre todo para empresarios o empresas multinacionales nace así la posibilidad de trasladar una producción ambientalmente dañina, o en todo caso ligada con riesgos ambientales, a países con estándares ecológicos más bajos, para así reducir sus costos de producción. Esta prohibición de trasladar riesgos o daños ecológicos ha encontrado acogida en una serie de tratados o convenios ambientales internacionales, aunque -por cierto- no rige universalmente. Así, el Protocolo de Montreal sobre sustancias que conducen a la destrucción de la capa de ozono (1987) prohíbe el traslado de la producción de hidro-fluor-cloro-carbono a otros estados; y el Convenio de Bamoko sobre la prohibición de la importación de desechos peligrosos y control del transporte ultrafronterizo al África (1991) prohíbe la exportación de desechos al África.

La vecindad en Derecho Internacional Público contiene, además de la prohibición de daños ambientales ultrafronterizos, una serie de obligaciones jurídicas de procedimiento. Los estados están obligados a informar a sus vecinos acerca de la edificación de instalaciones que implican o contienen peligros ambientales ultrafronterizos. Además, tienen que estar dispuestos o abiertos para las respectivas consultas. Similares obligaciones de informar rigen igualmente para accidentes que puedan tener re-

percusiones ultrafronterizas.¹⁴ Este tipo de obligaciones informativas se encuentran en una serie de Convenios bilaterales o comunitarios, entre otros en el Convenio de los Países Nórdicos para la Protección del Medio Ambiente así como en el Tratado de 1992 entre la República Federal de Alemania y la República de Polonia sobre el trabajo conjunto en el ámbito de la hidroeconomía y las aguas fronterizas; en las recomendaciones de la OECD de 1974 y 1977, así como en los artículos 18 y 19 de la Declaración de Río. Ejemplos adicionales se encuentran en el convenio entre Dinamarca y Alemania sobre el intercambio de información respecto a la construcción de plantas de energía nuclear a lo largo de la frontera (1978). Asimismo, cuando las informaciones y consultas deben darse en un momento en que los planes para las actividades no han sido culminados, no resulta de ello ningún derecho de veto contra tales planes por parte del potencial Estado afectado.

Además de las obligaciones de información y consultas recíprocas se han configurado o han resultado comprendidos principios adicionales del Derecho de Vecindad Internacional: La obligación de hacer pruebas de compatibilidad o impacto ambiental ultrafronterizo, así como el principio de la no-discriminación, esto es, de la igualdad de trato a los ciudadanos. Según ello, el Estado que planea una inversión o instalación está obligado a incluir, en la medida de lo posible, el interés ambiental del país vecino en sus pruebas de compatibilidad o impacto ambiental. En la práctica los procedimientos de audiencia o procesos orales acerca de planes de instalaciones contiguas a la frontera tienen éxito en Alemania, así como en Francia, Bélgica y Luxemburgo. Para tales efectos pueden integrarse y participar en el procedimiento de audiencia ciudadanos de estos estados; ellos disponen de un correspondiente derecho de veto. No existe una regulación general del Derecho Internacional de los Tratados al respecto. Este criterio resulta, por cierto, de la práctica estatal así como de determinados convenios de Derecho Internacional.

Así, por ejemplo, la Convención sobre pruebas de compatibilidad o impacto ambiental prevé en cir-

¹³ N. De T.: La cita textual no ha sido traducida del inglés por el autor. Una versión libre de este fragmento en castellano puede traducirse de la siguiente manera: "Los estados deben establecer legislación ambiental efectiva. Los estándares ambientales, objetivos administrativos y prioridades deben reflejar el contexto ecológico y de desarrollo al cual se aplican. Los estándares aplicados por algunos países pueden ser inapropiados y de un costo económico y social no garantizado para otros, en particular para países en vías de desarrollo."

¹⁴ Ver: Ress, G. (1985): *Rechtsvergleichende, europarechtliche und völkerrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Verfahrensbeteiligung in Umweltrecht*. En: Ress, G. (Editor) *Grenzüberschreitende Verfahrensbeteiligung in Umweltrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, p. 1-52; Wolfrum, R. (1984) *Die grenzüberschreitende Luftverschmutzung im Schnittpunkt von nationalem Recht und Völkerrecht* En: *Deutscher Verwaltungsblatt*, p. 493.

cunstances ultrafronterizas una amplia incidencia de transparencia internacional.

Regulaciones en ese sentido se encuentran en la Convención sobre las consecuencias ultrafronterizas de los accidentes industriales así como en el Código de Procedimientos de la *Economic Commission for Europe* (ECE) sobre contaminación accidentalmente condicionada de conductos hidrológicos ultrafronterizos. Para la práctica estatal relevante en este punto ha de tenerse en cuenta la alianza acordada en 1980 por los Estados de Sarre, Renania-Palatinado, Lorena¹⁵ y Luxemburgo. Dicha alianza garantiza la igualdad de trato a los ciudadanos de cualquier lado de la frontera en los procedimientos de licencia de protección contra las emisiones. La Carta Mundial para la Naturaleza expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1982 exige un derecho general y ampliamente definido para absolutamente todos los estados miembros para la participación en procesos de decisión ambiental. En la misma dirección apunta la Carta Europea "Ambiente y Salud" de 1990, según la cual todo ser humano puede exigir tomar parte en el proceso de información y de toma de decisiones ambientales. Numerosas, aunque ciertamente no vinculantes, resoluciones de organizaciones o convenios internacionales estatales y no estatales, sobre todo recomendaciones del parlamento de la OECD, exigen la realización de este principio al interior de los estados. La jurisprudencia en Francia, Suiza, Austria y Alemania ha reconocido un derecho de esta naturaleza.¹⁶

El Derecho Internacional Público apenas pone a disposición mecanismos para la exigencia o efectiva aplicación de las obligaciones del Derecho de Vecindad Internacional. Teóricamente se encuentran a disposición procedimientos judiciales o arbitrales internacionales.

Condición necesaria para ello es por cierto que los convenios internacionales involucrados exhiban las correspondientes cláusulas de sometimiento arbitral o jurisdiccional (compromiso arbitral, convenio arbitral). Este no suele habitualmente ser el caso en los modernos tratados internacionales.

Ante estos tribunales arbitrales puede denunciarse después la no utilización o, en todo caso, la infrecuente utilización de estos convenios por parte de otras partes contratantes. Típica es en este aspecto

la cláusula arbitral del Convenio para la Protección de la Ecología Marina del Atlántico Noreste de 1992.

El Derecho Internacional de la responsabilidad ofrece un medio adicional de aplicación del Derecho Ambiental Internacional. A él se puede recurrir al menos cuando —a través de daños ambientales— se generan también daños a bienes materiales o inmateriales subordinados, ya sea al Estado o a sujetos de Derecho Privado.

Tendencias más recientes en el Derecho Internacional Público parten de reconocer también una reparación de perjuicios por daños a los componentes ambientales. El monto del aporte de la reparación de los perjuicios se mide entonces según los costos para la reposición del *status quo ante*. Sobre este principio descansan el Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil por Daños Causados por Contaminación con Combustibles y Petróleos de 1963 (y de 1984) así como el Protocolo de Protección Ambiental para el Tratado Antártico. Tribunales nacionales han reconocido ya la figura jurídica del daño ambiental en casos particulares. Sin embargo, esta premisa envía una pluralidad de complejos problemas al Derecho Internacional Público.

La cooperación entre estados nacionales es fortalecida en tanto se trata de la protección de un bien (río, mar, recursos biológicos vivientes) que es utilizado o al que acceden varios estados.

A diferencia de lo que sucede en la aplicación del Derecho de vecindad internacional, la administración de recursos conjuntamente utilizados admite ser únicamente desarrollada en el plano de los convenios de Derecho Internacional Público. Este tipo de convenios son perfeccionados bilateralmente, por lo general en un contexto regional-comunitario. Intentos de desarrollar un tratado universal conjunto sobre este complejo han fracasado siempre. Hay, sin embargo, una serie de convenios internacionales sobre la administración de recursos compartidos que muestran reconocidas características comunes. En esta medida, es típica la convención de 1976 suscrita entre los estados ribereños para la protección del Rin frente a la contaminación a través de cloruros.

Esta convención obliga a Francia a interrumpir e impedir el estropicio por cloruros en el Rin. Los

¹⁵ N. del T.: Saarland –Sarre–, Rheinland-Pfalz, Renania-Palatinado, y Lothringen –Lorena, son Estados de la República Federal de Alemania.

¹⁶ Handl, G. (1991): *Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch* pp. 87 y ss.

costos así generados para Francia son repartidos entre todos los estados ribereños; así, los Países Bajos asumen un porcentaje más alto de los costos que, por ejemplo, Francia. Otros convenios sobre caudales fluviales o lacustres utilizados por varios estados, establecen o fijan únicamente una obligación de cooperación genérica y no fundan ningún tipo de prohibición comercial o de uso. Típico es en ese sentido el tratado sobre Cooperación en relación al Lecho del Amazonas de 1978. Un convenio adicional, que contiene elementos administrativos esenciales es el tratado entre Rusia, Japón, Canadá y los Estados Unidos de América sobre la protección y la conservación de las focas peludas pacíficas de 1911. Según él, Japón y Canadá se abstienen de cazar las focas peludas y obtienen de Rusia y de los Estados Unidos de América una compensación en pieles por dicha abstención.

Sería consecuente delegar la administración de recursos colectivamente utilizados a una institución internacional. Una consolidación institucional de este tipo ciertamente no se ha producido hasta ahora en lo referente a la administración de recursos colectivamente utilizados, que se encuentran en el ámbito de soberanía de un Estado. No existen por lo demás indicios de un desarrollo en ese sentido. La constitución o fundación de comisiones fluviales en el siglo XIX (por ejemplo, la Comisión Central de navegación del Rin, la Comisión Europea del Danubio) no estuvo al servicio de la protección ambiental, sino de la apertura navegatoria de las corrientes fluviales internacionales, y es sólo limitadamente utilizable como modelo.

Un desarrollo normativo especial relativo a la protección ambiental se ha producido en lugares libres de soberanías estatales. Éste se ha derivado de la necesidad de asegurar la utilidad o explotación de esos lugares no sólo para todos los estados sino también para las generaciones futuras. Puesto que la regulación efectiva de la explotación de dichos lugares sólo puede originarse o llevarse a cabo a través de la comunidad internacional, subsisten condiciones favorables para el desarrollo de un genuino ordenamiento ambiental internacional.

Particularmente amplias son las regulaciones sobre la protección de la ecología en las profundidades marinas frente a las consecuencias negativas de la minería marítima de las profundidades. La Convención Internacional de Derecho del Mar de 1982 establece estándares ecológicos en esa materia; se trata por cierto únicamente de un marco de referencia. Es la tarea de la Autoridad Internacional de los

Fondos Marinos continuar precisando las ventajas o condiciones normativas para la minería marítima de las profundidades.

El proyecto, hasta ahora existente, para un código obligatorio y vinculante de minería de las profundidades marinas, contiene amplios imperativos de conducta y obligaciones de cuidado dirigidas tanto a los Estados como a los particulares. La aplicación de estas normas se logra directamente a través de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que en tal medida puede remitirse o dirigirse a los estados nacionales.

Menos extenso y desarrollado es el ordenamiento legal para la protección de los mares frente a la contaminación a través de embarcaciones; sobre la tierra o sobre la atmósfera. Es decir, existen normas de Derecho Internacional Público que delimitan reglas de conducta para las embarcaciones o tienden a evitar accidentes navales, o en todo caso delimitan las negativas consecuencias ecológicas de tales accidentes. Con ello se comprende por cierto tan sólo una parte de las fuentes de contaminación. Por el contrario, hasta el momento no se ha logrado expedir regulaciones generales y efectivas para la disminución de daños y perjuicios contaminantes a través de sustancias peligrosas. Regulaciones de este tipo existen únicamente en contextos regionales (por ejemplo para el Ostsee)

La protección de los recursos vivientes del mar prospera en esencia a través de los estados del litoral costero, a quienes les ha sido confiada la administración de estos recursos a través de la Convención de Derecho del Mar. Los resultados de este permiso hasta el momento no satisfacen. Los estados del litoral costero no han sido capaces, por diversas razones, de desarrollar o en todo caso lograr una política pesquera preservadora de la existencia de las especies.

La protección internacional de bienes ecológicos propone finalmente problemas más complejos, para cuya conservación existe un interés de la comunidad internacional (clima, capa de ozono, fauna y flora, biodiversidad), puesto que para lograr dicha conservación es necesaria la actividad en territorios nacionales; vale decir, estos bienes se encuentran ubicados o yacen en territorios soberanos. Recién se han alcanzado las primeras etapas en la protección de la capa de ozono, en la medida en que hasta ahora no se ha determinado con absoluta certeza y seguridad la causa del daño en dicha capa. El sistema de protección a ser desarrollado en el tiempo futuro contiene mandatos de comportamiento dirigidas a los estados, que tienden a reducir la producción de

productos dañinos para la capa de ozono a lo largo de todo el planeta.

La Convención de Protección de las Especies de Washington de 1973 pretende la protección de especies animales y vegetales en peligro de extinción indirectamente a través de una restricción al comercio con productos derivados de las respectivas especies animales y vegetales. Su propuesta supone en última instancia reducir los incentivos para la caza, así como para la recolección de especies animales y vegetales en peligro de extinción, mediante la restricción del mercado de productos de este tipo.¹⁷

Con la suscripción de la Convención para la Protección de la Diversidad Biológica en el año 1992, la comunidad internacional ha demostrado su predisposición general para enfrentar la mundialmente observada pérdida de la diversidad biológica. Se han desarrollado para ello nuevos principios y mecanismos que pueden ser continuados por el Derecho Internacional Público y hasta una determinada medida también por el Derecho Ambiental nacional. En el centro del régimen para la protección de la diversidad biológica se encuentra no sólo la intención –la idea– de la protección, que con ayuda de prohibiciones de uso ha de ser aplicada, sino la reflexión de que en el caso de la diversidad biológica se trata de un bien colectivo, que requiere a la administración en su totalidad. De esta manera, asume dicha administración tanto la utilidad económica, como también la protección de la diversidad biológica. Además, con la Convención para la Protección de la Diversidad Biológica, se reconoce que en el caso de los recursos biológicos se trata de un bien en cuya administración la comunidad internacional posee un legítimo interés, aunque estos recursos en la mayoría de los casos yacen en territorios de estados nacionales particulares. Ya en ello encontramos una restricción o excepción a la soberanía de los estados nacionales.

Es característico de esta Convención que los estados suscriptores de ella hayan contribuido a la conservación de la diversidad biológica de diversas for-

mas – los estados poseedores de los respectivos recursos biológicos a través de su conservación, así como la apertura al acceso de estos recursos; los estados industrializados a través de la puesta a disposición de medios financieros así como de la apertura del acceso a tecnología de protección y utilización o aprovechamiento. Finalmente, la Convención intenta subordinar los recursos biológicos a una utilidad económica, de tal manera que los mecanismos del mercado logren así su protección¹⁸. Esta Convención está, al igual que aquellas para la protección de la capa de ozono y del clima, dinámicamente propuesta y puede continuar desarrollándose en adelante a través de la conferencia de los estados que la suscribieron.

III.- RESUMEN – CONCLUSIONES

El ordenamiento ambiental internacional está caracterizado por fortalecer la cooperación entre los estados¹⁹, y por contener regulaciones que hasta entonces recaían bajo la soberanía de los estados nacionales. El desarrollo del ordenamiento ambiental internacional prospera sectorialmente así como en diversos ámbitos o niveles internacionales, universalmente, comunitariamente, regionalmente y bilateralmente. Regulaciones en el ámbito comunitario manifiestan fundamentalmente una densidad y sistemática normativas mayores. Ello resulta de la mayor homogeneidad de intereses estatales en el ámbito comunitario.

La meta del ordenamiento ambiental internacional es la protección de componentes ambientales – ecológicos– en interés de la humanidad, con lo cual las generaciones futuras se encuentran comprometidas. Hay por lo demás tendencias a proteger componentes ecológicos también incondicionalmente; vale decir, por ellos mismos. Es difícil prever si esta tendencia irá en aumento en el futuro²⁰.

La instrumentación protectora constituida por el ordenamiento ambiental internacional ha atravesado por un desarrollo esencial²¹. Mientras que en un

¹⁷ Birnie, P.W. – Boyle, A.E., 443 y ss.

¹⁸ Wolfrum R. (1996): *The Convention on Biological Diversity: Using State Jurisdiction as a Means of Ensuring Compliance*, En: Wolfrum, R. (Editor). *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?* P. 373 y ss.

¹⁹ Stoll, P.-T. (1996): *The International Environmental Law of Cooperation*, En: Wolfrum R. (Editor): *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, pp. 39 y ss.

²⁰ Ver al respecto Birnie, P.W.- Boyle, A.E., 213 y ss.

²¹ Bothe, M. (1996): *The Evaluation of Enforcement Mechanisms in International Environmental Law*, En: Wolfrum, R. (Editor): *Enforcing Environmental Standards Economic Mechanisms as viable Means?* pp. 13 y ss.

inicio dominaban pautas de conducta –o bien prohibiciones de conducta– devienen luego en creciente intervención incentivos económicos de diversos tipos. Típica en ese sentido es la Convención del Clima, así como la Convención para la Protección de la Diversidad Biológica. A partir del advenimiento de este desarrollo se configura el principio del “*sustainable development*”²², según el cual la utilización económica y la protección ambiental han de ser entendidas no como antónimos, sino como objetivos complementarios de las naciones.

El ordenamiento ambiental internacional es el resultado de procesos de negociación interestatales, en los cuales el significado de las conferencias mundiales²³ se ha acrecentado en el ámbito universal. Además existe la tendencia de abrir estas conferencias también para organizaciones no gubernamentales, con lo cual aquéllas

–las conferencias– adquieren un elemento plebiscitario. A ello se debe la creciente intervención de los grupos sociales en la formulación y aplicación del Derecho Ambiental en los ámbitos nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Birnie, P.W. - Boyle, A.E. (1992): *International Law & the Environment*.
- Brown-Weiss, E. (1988): *In Fairness to Future Generations*.
- Kiss, A. - Shelton, D. (1991): *International Environmental Law*.
- Kiss, A. - Shelton, D. (1993): *Manual of European Environmental Law*.
- Wolfrum, R. (Editor) (1996): *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means*.

²² N. De T.: El autor ha utilizado la expresión en inglés que equivale a lo que en español conocen los ecologistas como “desarrollo sustentable”.

²³ Conferencia de Estocolmo de 1972 y de Río de Janeiro de 1992.

DOMINIO DEL HECHO POR DOMINIO DE VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. UNA VALORACIÓN CRÍTICA Y ULTERIORES APORTACIONES*

Kai Ambos**

Uno de los objetivos más importantes -sino el más importante- dentro del Derecho Penal, consiste en tratar de identificar al sujeto responsable de la comisión de un acto delictivo. Sin embargo, hasta hace algunos años esta investigación se enfocaba únicamente en el ejecutor directo del hecho criminal, ignorándose el hecho de que, en muchos casos, éste era tan sólo el instrumento del verdadero artífice.

Teniendo en cuenta la importancia que reviste este asunto, y para lograr los objetivos del Derecho Penal, incluyendo, sobre todo, la justicia, el autor del presente artículo realiza una exhaustiva descripción de aquel sujeto que denomina el "hombre de atrás", y, a la vez, un análisis de las diferentes consecuencias jurídicas que acarrea su actuación, tanto para él, como para quien actúa como su instrumento.

En el año 1963, Roxin¹ presentó en la revista *Goldammer's Archiv* su doctrina del "dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", desarrollada sobre la base de la teoría del dominio del hecho. En la actualidad -más de treinta años después-, esta doctrina, si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia (I.), aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse satisfactorio. La doctrina científica ha realizado una intensa actividad de nuevos elementos terminológicos, sometiendo el modelo de Roxin a una crítica que en parte se halla plenamente justificada. Sin embargo, no se han presentado en este contexto propuestas de solución convincentes (II.). Sólo a través de la necesaria concreción de la misma noción de dominio en virtud de organización es como se puede alcanzar su limitación material a dos grupos de casos, siendo entonces también prescindible el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico (III.).

I. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Como es sabido, en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás -a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable- tiene dominio del hecho cuando "aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su

* Traducido por el Doctor Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Este artículo fue originalmente publicado en una versión más corta en *Goldammer's Archiv* (GA) 5/1998.

** Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. Br.), encargado de las secciones Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica. Asistente científico (prof. asistente) de la Universidad de Freiburg.

¹ GA 1963, p. 193 (pp. 200 y ss.); *Tüterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edición, 1994, pp. 242-252.

contribución al hecho desencadena procesos reglados".² De acuerdo con esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: "si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar", será autor mediato.³ Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás -de acuerdo con una resolución reciente⁴ - sea un sujeto con facultades de decisión política; también el comandante de un regimiento de tropas de fronteras puede convertirse mediante la orden de disparar (realizada mediante actos concluyentes) dada a un subordinado en autor mediato del homicidio cometido por éste.

Sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del **dominio del hecho**. En contra de ello parece abogar el hecho de que -como ya sucedía antes- siga tomando como punto de referencia la "voluntad de tener dominio del hecho", realizando tan sólo -al igual que en los casos normales de autoría mediata- correcciones objetivas mediante los criterios de la teoría del dominio del hecho.⁵ Por otra parte, sin embargo, cabría calificar con Roxin⁶ este mantenimiento de la "voluntad de tener dominio del hecho" como "irrelevante" y "superfluo", si se tiene en cuenta que se hace un uso constante de los criterios de la teoría del

dominio del hecho, especialmente en el caso del rechazo de la coautoría por falta de reparto funcional de tareas (vid. sobre esto más adelante). Desde este punto de vista, cabría considerar entonces la resolución BGHSt 40, p. 218, como resolución en la que "se impone definitivamente la teoría del dominio del hecho". En todo caso, lo que es seguro es que el BGH no apoya de modo general la autoría mediata en el interés en el hecho del hombre de atrás, de modo que no retorna a la teoría subjetiva extrema (Staschynskij, caso de la bañera⁷; teoría que en todo caso ya no sería defendible, teniendo en cuenta el tenor literal del § 25¹ I, primera alternativa StGB "por sí").⁸

II. POSICIONES DEFENDIDAS EN LA DOCTRINA

1. La teoría del dominio del hecho y del dominio en virtud de organización de Roxin como punto de partida dogmático

Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: (**dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional**)⁹, pudiendo darse el **dominio por voluntad** -que es el que adquiere relevancia en este contexto- en tres modalidades: "Se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como **factor causal ciego**; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda **intercambiarse libremente**".¹⁰ De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción,¹¹ por error¹² o "en virtud de

² BGH *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218), así también BGH *Strafverteidiger* (StV) 1995, p. 70 (71) y LG Berlin, sentencia de 10.9.1996, autos No. (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95) ("generales"), pp. 111 y s.

³ BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).

⁴ BGH NJW 1996, p. 2042 (2043).

⁵ En sentido similar Schulz, *Juristische Schulung* (JuS) 1997, p. 109 (111); cfr. de modo general sobre la llamada teoría subjetiva, partiendo de una consideración del tipo objetivo, por ejemplo, Kühl, *Strafrecht* AT, 2nda. edic. 1997, § 20 n.m. 30 y ss.

⁶ Roxin, *Juristische Ausbildung* (JZ) 1995 s, p. 49 (50 y s.). Se suma Murmann, GA 1996, p. 269, (271). Cfr. también ya Herzberg, *Jura* 1990, p. 16 (20 y s.) respecto de BGHSt 35, p. 347 ("rey de los gatos").

⁷ Cfr. Kühl, AT (supra n. 5), § 20 n.m. 22 y s. * El § 25 StGB dispone: "Autoría. (1) Será penado como autor quien cometa el hecho punible por sí o por medio de otro. (2) Si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será penado como autor (coautores)."

⁸ En este mismo sentido Roxin, *Juristenzeitung* (JZ) 1995, p. 49 (50).

⁹ Cfr. Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 127 y ss., 142 y ss., 275 y ss. Tan sólo el dominio de hecho funcional se adscribe de modo unívoco a una forma de autoría (a la coautoría; ibidem, pp. 275 y ss.).

¹⁰ Ibidem, p. 245.

¹¹ Ibidem, pp. 142 y ss.

¹² Ibidem, pp. 170 y ss.

aparatos organizados de poder¹³. Esta última modalidad del dominio por voluntad, que Roxin también denomina **dominio por organización**,¹⁴ consiste en su opinión en “el modo de funcionamiento específico del aparato... que está a disposición del hombre de atrás”. De acuerdo con este punto de vista, ese aparato funciona “sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático”.¹⁵ Partiendo del hecho de que los ejecutores son **intercambiables (fungibilidad)**, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo.¹⁶ Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”,¹⁷ de modo que la figura central en el suceso -a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho- es el hombre de atrás en virtud de su “medida de dominio de organización”.¹⁸ Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que “pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros”.¹⁹ De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato de organización de tal modo que “pueda dar órdenes a personas subordi-

nadas a él” y haga uso de esa facultad “para la realización de acciones punibles”.²⁰

2. Posiciones que coinciden en los resultados alcanzados

Dentro del grupo de aquellos autores que afirman en última instancia la concurrencia de autoría mediata, cabe advertir al menos tres puntos de partida diferentes:

a) Dominio por organización en virtud de fungibilidad (opinión dominante)

La opinión dominante,²¹ siguiendo a Roxin, asume el criterio del dominio por organización, siendo pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación propia.²²

Herzberg²³ coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de Roxin a partir de que -configurando una excepción al principio de responsabilidad por él reconocido- la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. Pues, en su opinión, en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el “aparato”, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.

Bloy²⁴ asume que se trata de un supuesto de imputación por “injusto de organización”, y tan sólo en el

¹³ Ibidem, pp. 242 y ss., 653 y s. Cfr. también Roxin, GA 1963, p. 193 (200 y ss.); idem, *Lange-Festschrift* (FS) 1976, p. 173 (192 y s.); LK-Roxin, 11ª ed., 8ª entrega, 1993, § 25 n.m. 128 y ss.; idem, JZ 1995, p. 49.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 246, 249.

¹⁵ Ibidem, p. 245.

¹⁶ Así ya Jäger, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (MSchrKrim) 1963, p. 73 (78 y s.).

¹⁷ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 245.

¹⁸ Ibidem, p. 247.

¹⁹ Ibidem, p. 248.

²⁰ Ibidem.

²¹ Cfr. S/S-Cramer, 25ª ed., 1997, § 25 n.m. 25; Lackner, StGB, 21ª ed., 1997, § 25 n.m. 25; Tröndle, StGB, 48ª ed., 1997, § 25 n.m. 3 (remitiendo, sin embargo, tan sólo a Schroeder); Maurach/Gössel, AT/2, 7ª ed., 1989, § 48 n.m. 88 (con una posición crítica respecto de la contradicción con el principio de responsabilidad); Eser, *Strafrecht II*, 3ª ed., 1980, p. 157; Kühl, AT (supra n. 5), § 20 n.m. 73; Stratenwerth, AT, 3ª ed., 1981, n.m. 790 y s.; idem, *Schweizer Strafrecht*, 2ª ed., 1996, § 13 n.m. 34; Wessels, *Strafrecht AT*, 27ª ed., 1997, n.m. 541; Lampe, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften* (ZStW) 106 (1994), p. 683 (743); Jung, JuS 1995, p. 173 (174).

²² Cfr., además del texto que sigue, la muy instructiva exposición de Gropp, Jus 1996, p. 13 (15 y ss.), quien, a pesar de expresar ciertas dudas, acaba siguiendo a Roxin en lo que se refiere a los resultados alcanzados.

²³ Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 42 y s.; idem, Jura 1990, p. 16 (23 y s.).

²⁴ Bloy, GA 1996, p. 424 (437 y ss.).

caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad. Resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido **vertical** suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano **horizontal**.²⁵

También Schmidhäuser²⁶ acepta en la actualidad el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de autoría mediata también en aquellos casos en los que la víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.

b) Otras fundamentaciones del dominio por organización (Bottke, Schild)

Si bien Bottke²⁷ hace uso del concepto de **dominio de configuración desde una posición (relevantemente) superior** (en lugar de dominio por voluntad), en última instancia también toma como punto de referencia el dominio por organización, al afirmar la concurrencia de autoría mediata en quien "ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida".²⁸

También Schild²⁹ reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce -al igual

que en el caso del dominio por coacción y por error no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al **dominio de la acción** del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario -en contra de la autoría mediata como categoría autónoma- de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.

En todos los casos de la autoría mediata defendida por Roxin en cuanto dominio por voluntad (es decir, en virtud de coacción, de error o de aparatos organizados de poder³⁰), de acuerdo con el punto de vista de Schild, el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo "por medio" de otro (como lo prevé el § 25 I, segunda alternativa), "sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro **crea él mismo la acción típica** (precisamente, a través de un instrumento, y, por lo tanto, no por medio de 'otro')"³¹; en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la Parte Especial, incluyendo el dolo.³² De este modo, Schild proclama que la distinción entre autoría directa y mediata en el sentido del § 25 I -distinción que en su opinión se basa en "un concepto de acción prenormativo, que toma como referencia los fenómenos externos (inmediatos) en sí mismos..."³³ - es superflua de modo general.

c) Equivalentes del dominio de organización (Schroeder, Murmann)

Schroeder³⁴ erige en criterio la **decisión incondicional de cometer el hecho** en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una "construcción *ad hoc*" cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del he-

²⁵ Respecto de la estructura de mando vertical en la antigua República Democrática Alemana (RDA) -aunque en relación con la fundamentación de la inducción- Lüderssen, *Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt?*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 88 y s.

²⁶ Schmidhäuser, *Strafrecht AT (Studienbuch)*, 2ª ed., 1984, 10/95; respecto de su opinión anterior, cfr. idem, *Lehrbuch Strafrecht AT*, 2ª ed., 1975, 14/49.

²⁷ Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992, pp. 60 y ss., 71 y ss. Cfr. la valoración crítica de Lesch, GA 1994, p. 112 (123 y s.).

²⁸ Bottke (supra n. 27), pp. 71 y s.

²⁹ Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 10, 16, 19, 24 y ss. Vid. la valoración crítica de Bloy, GA 1996, p. 239.

³⁰ Cfr. supra texto correspondiente a las notas 10 y ss.

³¹ Schild (supra n. 29), p. 24.

³² En contra, Bloy, GA 1996, p. 239 (241).

³³ Schild (supra n. 29), p. 24.

³⁴ Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 y ss. (152, 158, 167 y s.); idem, *Juristische Rundschau (JR)* 1995, p. 177 (178).

cho. Pues, en su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aún el hecho de que los ejecutores no fueran intercambiables no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material está en que en todo momento existan "personas dispuestas a llevar a cabo el hecho". Por lo demás, Schroeder se remite a Korn,³⁵ quien considera que el criterio de la fungibilidad es "superficial" y por ello recurre a otros distintos, como que no existan disposiciones jurídicas contrarias al hecho que impidan su ejecución (disposiciones que, en su opinión, no existían en el sistema nazi), la educación para cumplir sin objeción alguna las órdenes recibidas, así como la relación de superioridad y subordinación en un orden jerárquico con amplia división de competencias.

En conjunto, la exposición de Schroeder no puede resultar convincente.³⁶ Antes que nada, hay que destacar que Korn no constituye una referencia fiable en contra de Roxin, porque no sólo -a pesar de la crítica antes mencionada- invoca constantemente los argumentos de éste como base de su propio desarrollo,³⁷ sino que, además, llega al mismo resultado material que él, al considerar al individuo como "instrumento" "cuando ejerza su actividad en un aparato organizado de poder de tal modo... que actúa sin voluntad de dominar el hecho".³⁸ Por otra parte, la tesis de Schroeder de la disposición "incondicionada" a llevar a cabo el hecho por parte del ejecutor recuerda mucho la delimitación propuesta ya antes por Roxin³⁹ entre autoría (mediata)

y participación en el ámbito de los aparatos organizados de poder: quien es requerido (el inducido o ejecutor) no posee la voluntad responsable, "que en otros casos se ubica como muro insuperable entre el hombre de atrás y el hecho y coloca a quien formula el requerimiento en el ámbito marginal de la participación...", sino que, por el contrario, es dominado por los hombres de atrás ("los iniciadores del delito") de tal modo que la voluntad de estos últimos se superpone o desplaza a la del ejecutor, siendo aquella, en todo caso, la voluntad que domina en realidad el suceso. Materialmente,⁴⁰ ha de darse la razón a Roxin⁴¹ al rechazar el criterio de Schroeder de la "disposición incondicional" haciendo referencia al § 30 II StGB, ya que de acuerdo con este precepto, el "caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho" (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino inducción (consumada o en grado de tentativa). Finalmente -sigue argumentando Roxin-, el criterio de la disposición incondicional es superfluo, ya que lo "específico del dominio de organización está precisamente en que el funcionamiento, y con ello también la realización del tipo" están asegurados con independencia de esa disposición. Esto resulta convincente, además, porque en la realidad jurídica -prescindiendo de los escasos casos de *omnimodo facturatus*- no concurren frecuentemente ejecutores "incondicionalmente dispuestos", de modo que con este criterio difícilmente podría fundamentarse una autoría mediata del hombre de atrás. Finalmente, Schroeder no parece decidirse a tomar posición de modo definitivo, al considerar que "con frecuencia en la intervención en una organización habrá coautoría"⁴², abandonando de este modo la base de

³⁵ Korn, NJW 1965, p. 1206 (1208 y s.).

³⁶ Adopta también una posición crítica Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 362 y ss.

³⁷ Cfr., especialmente, Korn, NJW 1965, p. 1206, n. 5 y 17 y ss. remitiéndose a Roxin, GA 1963, p. 193 (199 y ss.) Por lo demás, el criterio de la ausencia de un ordenamiento jurídico que se oponga es debido también a Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 249 y ss.

³⁸ NJW 1965, p. 1209 Sin embargo, para Korn el instrumento tan sólo es cómplice.

³⁹ GA 1963, p. 193 (201).

⁴⁰ Puede plantearse la duda acerca de si realmente se discute el fondo de la cuestión al plantear Schroeder la pregunta de "cuáles son los argumentos que en última instancia se han impuesto" (JR 1995, p. 177).

⁴¹ Roxin, JZ 1995, p. 49 (51), con ulteriores referencias. En el mismo sentido, Heine, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (ed.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, p. 51 (66 en n. 61).

El § 30 StGB dispone: "Tentativa de participación. (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito grave o a inducirlo, será penado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa del delito grave. Sin embargo, la pena habrá de atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1. Se aplicará análogamente el § 23, párrafo 3°. (2) Del mismo modo será penado quien declare estar dispuesto a cometer un delito grave o inducirlo, quien acepte el ofrecimiento de otro de cometer un delito grave o inducirlo o quien convenga con otro cometer un delito grave o inducirlo."

⁴² Schroeder, *Täter* (supra n. 34), p. 169.

discusión común originaria (es decir, cómo puede fundamentarse la **autoría mediata** del modo más convincente).

Murmann⁴³ defiende un **dominio del hecho por poder de instrucción**. En su opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando así de lado que también un -hipotético- funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor. Desde este punto de vista, es "una imagen distorsionada la de calificar a seres humanos que están imbricados en estructuras de organización como parte de una máquina", pues en virtud de la cualidad de seres humanos de los intervinientes, "la incerteza que deriva de la libertad... se plantea siempre de nuevo en los mismos términos". Y si, además, desde el punto de vista normativo (desde la perspectiva del ordenamiento jurídico) ha de esperarse la realización de una conducta ajustada a Derecho, no está claro cómo "un comportamiento contrario a la expectativa, antijurídico, puede dar lugar a la imputación a título de autor".⁴⁴ Desde el punto de vista empírico, para Murmann también pone en duda la fungibilidad de los ejecutores inmediatos el hecho de que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de "un número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho".⁴⁵ Por estas razones, en su opinión ha de tomarse como punto de referencia la "relación mutua de reconocimiento" entre autor (Estado) y víctima (ciudadanos). En la relación entre Estado y ciudadanos, la víctima no es lesionada por el ejecutor inmediato, sino también por un ejercicio antijurídico del poder por parte del Estado. El ejecutor inmediato transmite y concreta la **instrucción** lesiva y antijurídica del Estado para la comisión del hecho. De este modo, el Estado estaría interviniendo de manera directa en la esfera de libertad del ciudadano, y ello "aun en los casos en los que precisa para la realización de la orden de una persona ejecutora".⁴⁶ Desde esta perspectiva, se

llega a la conclusión de que ha de partirse de un dominio del hecho normativo y personal, mediante el cual el hombre de atrás (Estado) domina el suceso a través de un ejecutor que actúa en libertad (por ejemplo, centinela en la frontera) cuando en su relación con la víctima (refugiado) concurren deberes especiales, "de modo que ya la instrucción al ejecutor constituye una modificación de la relación con la víctima hacia lo injusto".⁴⁷

Ha de darse la razón a Murmann cuando advierte de que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización en cuanto tal, sino también el dominio del hecho por parte del hombre de atrás que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor) han de probarse en el caso concreto. Ha de oponérsele, sin embargo, que tampoco la construcción de una relación de instrucción entre autor mediato, ejecutor y víctima está en condiciones de resolver el problema de la libertad del ejecutor. Pues tampoco la instrucción estatal priva al ejecutor de modo automático de la libertad de acción. Teniendo en cuenta lo anterior, el modelo de Murmann parece innecesariamente complicado y abstracto. En última instancia, no queda claro cómo el Estado en cuanto hombre de atrás puede siquiera dominar al ejecutor sin un aparato organizado de poder.

Últimamente Schulz⁴⁸ ha propuesto rechazar el dominio de organización por ser demasiado amplio, sustituyéndolo por el **dominio por coacción** ya conocido en la teoría del dominio del hecho. Esta posición, sin embargo, no sólo no aporta mejoras materiales -pues, precisamente, es necesario concretar en mayor medida la figura del dominio de organización-, sino que, además, genera confusión, ya que el concepto del dominio por coacción ya está "cubierto" por otros grupos de casos en los que suele faltar la especialidad de una organización jerárquica.⁴⁹ Por otra parte, Schulz es incoherente al rechazar la aplicación del § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) en el caso de los soldados

⁴³ Murmann, GA 1996, p. 269 (273 y ss.).

⁴⁴ Ibidem, p. 274.

⁴⁵ Ibidem, p. 273.

⁴⁶ Ibidem, p. 278.

⁴⁷ Ibidem, p. 281.

⁴⁸ Schulz, JuS 1997, p. 109 (112 y s.).

⁴⁹ Cfr. Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 142 y ss.

que hicieron disparos en el muro de la RDA, si al mismo tiempo constata una "situación de presión psíquica en el ejecutor" desde la perspectiva del hombre de atrás.

También ha de rechazarse el criterio de Stein,⁵⁰ quien afirma que tratándose de ejecutores "no libres" han de entrar en juego ya las reglas del dominio por coacción y por error, siendo, por tanto, innecesario el dominio por organización. Pues la "falta de libertad" del ejecutor puede consistir precisamente en que **desde la perspectiva del hombre de atrás es dominado** con base en la estructura del aparato organizado de poder en cuestión, siendo por ello **jurídicamente** (desde el punto de vista normativo) "no libre".

3. Puntos de vista discrepantes

Los representantes de un principio de responsabilidad sin restricciones defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro.⁵¹

Sin embargo, no sólo el principio de responsabilidad como tal es objeto de discusión,⁵² sino que también dentro del campo de sus defensores algunos de ellos están dispuestos a reconocer el dominio de organización como una excepción lícita al principio de responsabilidad.⁵³

a) Coautoría (Jakobs)

Especialmente Jakobs⁵⁴ se ha manifestado en contra del dominio por organización, prefiriendo en gene-

ral la coautoría a la autoría mediata en este contexto.⁵⁵ En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permitan el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe - como afirma Roxin - un "dominio superior de cualidad propia", sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango; por lo demás, el ejecutor jurídicamente no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable "lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático".⁵⁶ Para Jakobs, el carácter común de la decisión de realizar el hecho - que es necesario para una coautoría - queda configurado por la consciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución. En los casos de los soldados que dispararon en la frontera de la antigua RDA, las instrucciones de los hombres de atrás habrían creado la posibilidad de los homicidios, teniendo por ello el mismo peso social que los hechos directos ejecutados en "régimen de reparto de tareas".⁵⁷

⁵⁰ Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 203.

⁵¹ Cfr. Jakobs, *Strafrecht AT (Studienausgabe)*, 2ª ed., 1993, 21/103; idem, *NStZ* 1995, p. 26; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed., 1996, p. 670; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehren*, 5ª ed., 1996, § 21 n.m. 92; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, 10ª ed., § 29 n.m. 147; SK-Samson, 1993, § 25 n.m. 36.

⁵² Cfr. -respecto de la sentencia en el caso del "rey de los gatos" (BGHSt 35, p. 347)- Herzberg, *Jura* 1990, p. 16 (22 y ss.), tomando como punto de referencia el "principio del instrumento" y la "quiebra de la responsabilidad"; también Küper, *JZ* 1989, p. 935 (936 y s., 940 y ss.).

⁵³ Cfr., por ejemplo, Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75; también Stratenwerth y Wessels (supra n. 21), y Herzberg (supra n. 23). Respecto de las discrepancias existentes en otros grupos de casos, vid. Bloy, *Beteiligungsform* (supra n. 36), pp. 347 y ss.

⁵⁴ Jakobs, *AT* (supra n. 51), 21/103, en n. 190; idem, *NStZ* 1995, p. 26 (26 y s.).

⁵⁵ En favor de la coautoría también Jescheck/Weigend, *AT* (supra n. 51), p. 670; SK-SAMSON, 1993, § 25 n.m. 36.

⁵⁶ Jakobs, *NStZ* 1995, p. 26 (27); en contra Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17) para quien nadie puede estar en una posición mayor de inferioridad jurídica que quien recibe órdenes.

⁵⁷ Jakobs fundamenta la autoría -en vez de participación- en el caso del Consejo Nacional de Defensa de la RDA con base en que los hombres de atrás, en cuanto miembros de un órgano constitucional (artículo 73 de la Constitución de la RDA), ocupaban una posición de deber especial, tratándose, por lo tanto, de delitos de deber (cfr. Jakobs, *NStZ* 1995, p. 26 [26 y s.]; idem, *AT* [supra n. 51], 21/115 y ss.). En sentido similar Murmann, *GA* 1996, p. 269 (278), al tomar como punto de referencia el deber del Estado de ejercer el poder estatal de modo ajustado a Derecho.

Otto⁵⁸ indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del "planificador" sobre su persona. Por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que concurre coautoría.

b) Inducción por el hombre de atrás

La inducción tiene como presupuesto que el autor directo y el hecho sean susceptibles de ser determinados⁵⁹ desde la perspectiva del inductor.⁶⁰ Aunque se considere que estos presupuestos pueden ser cumplidos en el caso de los supuestos de disparos en la frontera de la RDA -el círculo de soldados de fronteras como autores susceptibles de ser determinados y los disparos mortales como hechos determinados-, una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no sólo aprehende de modo más adecuado el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás,⁶¹ sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación. En este sentido, Schroeder⁶² ha indicado con razón que en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductor) con las contrafuerzas psíquicas "fieles al Derecho" del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la "ausencia de cualquier fuerza que se oponga". Partiendo de lo anterior, el soldado que hizo disparos en el muro se corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho, cuya "disposición in-

condicional"⁶³ el hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho. El instigador domina al instigado, y este **dominio** del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento en favor de la autoría mediata en lugar de la inducción.

c) Bockelmann/Volk⁶⁴ afirman que concurre **autoría accesoria**, argumentando que la coautoría queda excluida a falta de una común decisión a realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables. Frente a esto Roxin ha aducido con razón que la imbricación de las distintas acciones dentro del aparato organizado de poder excluye el fluir paralelo y sin vínculos de varias series causales que caracterizan a la autoría accesoria.⁶⁵

4. Valoración global

La figura del **dominio por organización** es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata. Los demás intentos de fundamentación, la afirmación de coautoría o incluso de inducción no pueden resultar convincentes.

En contra de la **coautoría** -que sería la alternativa más convincente- es de decisiva relevancia la consideración de que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas.⁶⁶ Los casos de los disparos en la frontera de la RDA demuestran que la ejecución del hecho era dejada por regla general a cargo de los soldados de fronteras, esto es, que no concurría un reparto funcional de tareas en el sentido de la coautoría. Igualmente, suele faltar una decisión común de realizar el hecho entre hombre de atrás y ejecutor del hecho. Por lo demás, la coautoría precisamente no refleja de modo adecuado las

⁵⁸ Otto, *Grundkurs* (supra n. 51), § 21 n.m. 92.

⁵⁹ Cfr. de modo general Kühl, AT (supra n. 5), § 20 n.m. 188 y ss.

⁶⁰ Cfr. Gropp, JuS 1996, p. 13 (17); vid. respecto de la inducción como forma de participación subsidiaria en estos casos Jakobs, AT (supra n. 51), 21/103; recientemente también Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 510 f.

⁶¹ En este sentido -formulado de modo positivo- el argumento jurídico-político de Roxin (JZ 1995, p. 49) en favor de la autoría mediata.

⁶² Schroeder, *Täter* (supra n. 34), pp. 143 y ss., 150, 196, 222; idem, JR 1995, p. 177 (178).

⁶³ BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).

⁶⁴ Bockelmann/Volk, *Strafrecht AT*, 4ª ed., 1987, p. 182.

⁶⁵ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 654.

⁶⁶ De modo convincente, Roxin, ibidem; idem, Lange-FS, 1976, p. 193; idem, JZ 1995, p. 49 (50).

jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad estatal organizada.⁶⁷

La **inducción** ha de rechazarse sobre todo porque deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En la realidad de la RDA de ningún modo puede considerarse que los soldados de fronteras siempre -en el sentido de un *omnimodo facturatus*- estaban decididos de modo incondicional a la comisión del hecho.⁶⁸ Por el contrario, muchos soldados de reemplazo intentaron "escaparse" de los servicios de centinela, o prestaban el servicio con la esperanza de que no se produjera ningún suceso en la frontera. En todo caso, para quienes emitían las órdenes eran ruedas intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva.

El principal argumento que se opone a la afirmación de la **autoría mediata**, la aparente contradicción del **dominio** sobre un ejecutor que actúa **de modo responsable**, queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre injusto individual e injusto colectivo, es decir, aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad⁶⁹).⁷⁰ Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho Penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad.⁷¹ La circunstancia de que el hombre de atrás -a diferencia de los casos "normales" de autoría mediata- no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una res-

ponsabilidad en virtud de competencia funcional (como "autor de escritorio", emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un **injusto de organización en lugar de injusto individual**.⁷² Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que "faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización".⁷³

Puesto que sólo la teoría del dominio por organización -a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción (sobre esto, vid. infra III.)- aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a Roxin el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es analizar cuáles han de ser la **estructura y las características de organización** de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización de los hombres de atrás.

III. SOBRE LA CONCRECIÓN DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN

1. Grupos de casos

Roxin se anticipa a la objeción de la "falta de determinación"⁷⁴ del dominio de organización al constatar que "no cabe formular... un concepto de autor de límites concisos del que se pudiera deducir la solución de estos casos (casi) de modo lógico-deductivo", sino que, por el contrario, han de destilarse del supuesto de hecho concreto las "formas estructura-

⁶⁷ Cfr. en este sentido la convincente distinción entre coautoría horizontal y autoría mediata vertical realizada por Bloy (supra n. 24).

⁶⁸ Así, sin embargo, el LG Berlin, *Neue Justiz* (NJ) 1994, p. 588, en el caso de un soldado de reemplazo que fue destinado a la frontera como conductor (!).

⁶⁹ Respecto del entendimiento aquí defendido de este concepto desarrollado por Jäger, vid. Ambos, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1996, p. 355 (362 y s.).

⁷⁰ Cfr. el ulterior desarrollo en este punto de Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (687 y ss.).

⁷¹ Vid. sobre esto ya Jäger, *MSchrKrim* 1962, pp. 73 a 83 (se suma Roxin, *Täterschaft* [supra n. 1], p. 243) y últimamente Jäger, en: Hankel/Stuby (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 325 (329 y s.).

⁷² Acertadamente Bloy, *GA* 1996, p. 424 (441).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Schroeder, *Täter* (supra n. 34), p. 168; vid. también *idem*, *JR* 1995, p. 177 (178).

les del dominio".⁷⁵ Con ello, el dominio por organización se convierte en un concepto "abierto" y la indeterminación en sistema. Sin embargo, entre lo "anquilosamiento dogmático"⁷⁶ y una falta de determinación absoluta existe un camino intermedio consistente en diferenciar distintos grupos de dominio por organización. Haciendo una primera distinción aproximativa, por un lado se trata de delitos cometidos por un aparato de poder de organización estatal y, por otro, de organización no estatal.

a) Delitos de un aparato de poder de organización estatal

El prototipo de este grupo de casos es el Estado totalitario como contraconcepto frente al Estado liberal. Ciertamente, el totalitarismo de un Estado, es decir, el grado de control y dominio de los ciudadanos, puede variar y nunca será verdaderamente "total". También se discute si es que los ejemplos históricos que se suelen mencionar siempre (es decir, el sistema nazi y otros sistemas fascistas, así como las dictaduras del socialismo real de corte estalinista) pueden ser conjuntados bajo el rótulo del totalitarismo como concepto unitario. Todo ello, sin embargo, puede quedar fuera de consideración en el presente contexto,⁷⁷ ya que tan sólo son de interés los elementos estructurales comunes de estos aparatos de poder. Para poder elaborar estos elementos, se ofrece, por un lado, un análisis teórico-sociológico, y, por otro, el análisis de sentencias penales en este ámbito. Aquí se emprende el camino enunciado en segundo lugar, ya que sólo el tratamiento del pasado por medio de la justicia penal tiene como presupuesto -aparte de una comprobación exhaustiva de los hechos- la valoración jurídica de las relaciones de participación.

Mientras que la jurisprudencia alemana⁷⁸ tan sólo con su lenta aproximación a la teoría del dominio del hecho hubo de reconocer una autoría mediata basada en dominio de organización por parte de órganos de dirección políticos o administrativos,⁷⁹ la figura adquirió relevancia con anterioridad en el extranjero. En las sentencias pronunciadas en el caso Eichmann⁸⁰ -ya recogidas por Roxin y otros⁸¹- se constató que la teoría tradicional de la participación (en especial, inducción y complicidad) no podía aprehender de modo adecuado los delitos juzgados. La solución del Tribunal de Distrito consistió, en lugar de ello, en hacer aumentar la responsabilidad jurídico-penal individual -prácticamente, invirtiendo la teoría habitual de la participación- en la medida en que la distancia hacia el hecho fuera mayor, de modo que se arribaba a la conclusión de que el hombre de atrás que dirigía el suceso poseía una mayor responsabilidad que el autor directo:

"Los delitos juzgados son delitos masivos..., de modo que la cercanía o el alejamiento respecto del hombre que mató de hecho a la víctima no puede tener ninguna influencia en el alcance de la responsabilidad. Por el contrario, la medida de la responsabilidad se ve incrementada... en cuanto más nos alejamos de aquel que pone en funcionamiento el arma homicida con sus manos y llegamos a los niveles de jerarquía superiores, los "inductores" en la terminología de nuestro legislador. Respecto de las víctimas... es especialmente difícil definir en términos técnicos quien prestó auxilio a quien: aquel que recogía los datos de las víctimas y las deportaba al campo de concentración, o más bien aquel que allí les obligaba a realizar trabajos forzados."⁸²

⁷⁵ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 251.

⁷⁶ Cfr. Roxin, GA 1963, p. 193 (207), haciendo referencia a que sólo un sistema abierto puede evitar el "anquilosamiento dogmático" (y por tanto un déficit en la capacidad de solución de problemas).

⁷⁷ Cfr. con más detalle Dahn, en: Görnitz/Prätorius (ed.), *Handbuch Politikwissenschaft*, 1987, pp. 567 y ss.; Naßmacher, *Politikwissenschaft*, 1994, pp. 143 y ss.; últimamente Maier, *Totalitarismus und politische Religionen*, 1996.

⁷⁸ Cfr. supra n. 2.

⁷⁹ Con anterioridad se recurría a la teoría subjetiva (cfr. supra I). Sin embargo, ya a Staschynskij se le podría haber condenado con base en la teoría del dominio del hecho como autor directo y al hombre de atrás responsable en el KGB como autor mediato en virtud de dominio por organización (cfr. Roxin, GA 1963, pp. 194 y ss.; idem, *Täterschaft* [supra n. 1], pp. 247 y s.).

⁸⁰ Cfr. la sentencia del Tribunal de Distrito de 12.12.1961 (traducción alemana en Less, *Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann*, 1987; en inglés en *International Law Reports=ILR* 36 [1968]m pp. 5 a 14 [summary], 18 a 276) y la sentencia confirmatoria del Tribunal Supremo en apelación de 29.5.1962 (ILR 36 [1968], pp. 14 a 17 [summary], 277 a 344).

⁸¹ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 246 y ss. (= GA 1963, pp. 201 y ss.); también Schroeder, *Täter* (supra n. 34), p. 167; Jäger, *MschKrim* 1962, p. 73; Baumann, *JZ* 1963, p. 110; idem, *NJW* 1963, pp. 561, 564 y s.; Peters, *Eckart Jahrbuch* 1961, pp. 229 y ss.; cfr. también últimamente el análisis histórico-penal de Grue's, *Der Eichmann-Prozess zwischen Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1995 (sobre esto Geerds, GA 1997, p. 99).

⁸² Tribunal de Distrito (supra n. 81), para. 197.

Aunque se considere que esto es correcto, con ello en todo caso queda dicho que no entra en consideración la participación para estos supuestos,⁸³ pero no se resuelve la cuestión -que es la única que aquí interesa- de si concurre coautoría o autoría mediata. En el caso se llegó a la conclusión de que se trataba de coautoría, la fundamentación ofrecida, sin embargo, es más adecuada para fundamentar un dominio por organización. Pues en resumen se constata que Eichmann "no era una 'marioneta' en manos de otros", sino que tenía "su lugar entre los directivos".⁸⁴ Desde este punto de vista, *de facto* ostentaba la responsabilidad administrativa de la "solución final". Si esto es así, sin embargo, y siguiendo a Roxin,⁸⁵ cabe comprobar que su falta de proximidad frente al hecho, o la reducción de ésta, quedaba compensada con un incremento de **dominio por organización**. En contra de la coautoría, al menos desde la perspectiva alemana, han de recordarse los argumentos ya mencionados.⁸⁶

Sin embargo, la afirmación de que concurre un **dominio** del hecho en Eichmann en virtud de un aparato organizado de poder parece una solución bastante amplia si se tienen en cuenta otros procedimientos de estas características. Si se compara su posición y función -en su último cargo, como jefe del negociado IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad

del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*, RSHA⁸⁷), era responsable de las deportaciones de judíos- con las de los acusados en los procesos de Núrnberg⁸⁸ o en los procesos relacionados con la RDA (contra el Consejo Nacional de Defensa o los "generales"), llama la atención que en éstos se acusaron o acusan a los miembros de la dirección del Estado en sentido amplio,⁸⁹ mientras que Eichmann tan sólo era un funcionario de cierto rango, una "pequeña ruedecilla en el engranaje global"⁹⁰; una rueda importante e insustituible, pero a mucha distancia de los principales criminales de guerra como Hitler, Goebbels, Himmler, Göring, etc. ¿Podía realmente equipararse a Eichmann, el funcionario y autor de escritorio con esos acusados de alto rango? La cuestión es sugerente, ya que precisamente tal equiparación no deriva de las sentencias en el caso Eichmann, al afirmar éstas que el alcance de la responsabilidad personal crece con una mayor responsabilidad en el aparato de poder, abriendo así la posibilidad de un **dominio de organización escalonado**. Por lo demás, que ésta ni siquiera se planteara en los procesos de Núrnberg está más relacionado con la tendencia más bien pragmática que teórica del Derecho Penal estadounidense que con una decisión dogmática consciente. Ya las bases jurídicas de Núrnberg abrían la posibilidad de equiparar meras conductas de apoyo con acciones de ejecución de propia mano,⁹¹

⁸³ Así, por ejemplo, Baumann, JZ 1963, pp. 119 y s.

⁸⁴ Tribunal de Distrito (supra n. 81), para. 180, vid. también 194 y s., 242.

⁸⁵ Así ya acertadamente Roxin, *Tüterschaft* (supra n. 1), p. 247.

⁸⁶ Cfr. supra II. 4.

⁸⁷ El RSHA de las SS se formó el día 27.9.1939 con base en la Oficina Central de Seguridad, un departamento del partido nazi, y la Oficina Central de Policía de Seguridad, una institución del Estado, sin que, sin embargo, se consiguiera la fusión policial entre Estado y partido que se pretendía (cfr. Höhne, *Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS. 1967* [reimpresión s. f.], pp. 235 y ss.)

⁸⁸ Entre los "procesos de Núrnberg" hay que mencionar el proceso contra Göring y otros (Tribunal Militar Internacional [*Internationaler Militärgerichtshof*, IMG], *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG*, Núrnberg, 1947, 42 tomos) y los 12 procedimientos subsiguientes ante Tribunales Militares de los EE.UU. (*US-Government Printing Office, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, Washington D.C., 1950-1953, 15 tomos; cit. como TWC, tomo).

⁸⁹ Como casos comparables surgen en el marco de los procesos de Núrnberg, especialmente, las sentencias respecto de los juristas, el RSHA y el ministerio de AA.EE. En estos procesos se juzgaba la responsabilidad de funcionarios en su mayoría de mayor rango que Eichmann (ministros, secretarios de Estado, directores generales, etc.), y a pesar de ello no se habló de dominio de hecho en virtud de un aparato organizado de poder (cfr. TWC III, pp. 945 a 1201; TWC V, pp. 88 a 169; TWC XIV, pp. 308 a 942).

⁹⁰ Baumann, JZ 1963, p. 119.

⁹¹ De acuerdo con el artículo 6 1 S del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (8.8.1945, en: TMI, supra n. 88, t. I, p. 10), la responsabilidad jurídico-penal no se limitaba a la conducta propia, sino también a aquellas acciones que hubiera realizado "cualquier" persona en ejecución de un plan para la comisión de determinados delitos (delitos contra la paz, delitos de guerra, y delitos contra la humanidad), en la medida en que hubiera participado en cuanto líder, organizador, inductor o participe en la planificación criminal o en una conspiración para su comisión.

De acuerdo con el artículo II No. 2 de la Ley del Consejo de Control No. 10 (Consejo de Control No. 3, 31.1.1946, pp. 50 y ss.), que configura la base de los doce procesos estadounidenses subsiguientes, es culpable quien como autor o participe haya intervenido en los delitos, los haya ordenado o favorecido, haya participado mediante aprobación, haya estado en conexión con su planificación o ejecución, haya pertenecido a una organización en ese sentido o quien -respecto de delitos contra la paz- haya ocupado una posición de alto rango en el ámbito político, estatal, militar, financiero, industrial o económico.

al exigirse únicamente de manera muy genérica la prueba de una intervención criminal ("*participation*").⁹² Esta base extensiva -fundamentada en la teoría de la participación estadounidense, próxima al concepto unitario de autor⁹³ - de la imputación hacía superflua una distinción entre autoría y participación, y por tanto también las consideraciones relativas a la autoría mediata en virtud de dominio de organización.

Por lo tanto, con el caso Eichmann ha de reconocerse la posibilidad de un **dominio de organización en varios escalones**. Y es que el supuesto no sólo enseña -como formula acertadamente Jäger⁹⁴ - que "también una acción que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato", sino, además, que también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha. En esta medida, ha de darse la razón a Roxin⁹⁵ cuando afirma que cabe fundamentar autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones ubicada en "cualquier punto" del aparato organizado de poder. Pero también queda claro que no podrá descenderse mucho más que a la posición del funcionario medio del corte de Eichmann. El dominio de organización siempre

tiene como presupuesto el **dominio sobre** una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores **sustituibles**, y, con ello, también la concurrencia de un dominio **mediante** esta organización. **Este dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales.**

De modo explícito, sin embargo, la teoría del dominio de organización alcanzó por primera vez, y, en lo que se alcanza, también por única vez, relevancia práctica en el **proceso contra los antiguos comandantes de las Juntas militares argentinas**.⁹⁶ En este proceso, el tribunal de apelación con competencia en primera instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital)⁹⁷ y la Corte Suprema (CS)⁹⁸ valoraron la conducta de los acusados como autoría mediata, pero los condenaron - en contra del criterio de la acusación⁹⁹ - por cooperación necesaria.¹⁰⁰ Pues a los acusados no se les imputaron -como es necesario para afirmar la concurrencia de autoría mediata- los homicidios dolosamente ordenados por ellos, sino los "hechos principales" cometidos por los autores directos (es decir, torturas con consecuencia de muerte). Con ello, se llegó en última instancia a una **responsabilidad en régimen de accesoriedad**.¹⁰¹

⁹² Cfr., de nuevo sólo a título de ejemplo, el reproche central, pero muy inconcreto, en la sentencia en el caso de los juristas: "*conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice*" (TWC III, 985).

⁹³ En el *common law*, sin embargo, en un principio se distinguía entre "*principal*" ("*in the first and second degree*") y "*accessory*" ("*before and after the fact*") respecto de la "*felony*" (delito), lo que impide una equiparación con el concepto unitario de autor -que sí regía, en cambio, respecto de los "*misdeamors*" (faltas). Pero la legislación reciente de prácticamente todos los Estados miembros de los EE.UU. ha renunciado a la distinción entre "*principal*" y "*accessory before the fact*". Ahora sólo se delimita con claridad el "*accessory after the fact*" (es decir, la participación después de la consumación del hecho) con claridad de las demás formas de participación (cfr. en detalle LaFave/Scott, *Substantive Criminal Law II*, 1986, pp. 125 y ss.; Honig, en: Mezger/Schönke/Jescheck, *Das ausländische Recht der Gegenwart IV*, 1962, pp. 7 a 262, pp. 217 y ss.).

⁹⁴ Jäger, *MschKrim* 1962, p. 73 (80).

⁹⁵ Cfr. ya supra nota 19 y texto correspondiente.

⁹⁶ Se trata del proceso contra los miembros de las tres juntas militares (1976-1983), que consistían en cada caso de un miembro del ejército (Videla, Viola, Galtieri), de la marina (Massera, Lambruschini, Anaya) y de las fuerzas aéreas (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nombrándose respectivamente al miembro del ejército presidente, y siendo el último el general Bignone -que no fue acusado (!)- (cfr. artículo I Decreto 158/83, de 15.12.1983). Crítico respecto del procedimiento Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, 1988, pp. 1 y ss.; vid. también Maier, *ZStW* 107 (1995), p. 143 (146 y ss.).

⁹⁷ Sentencia de la Cámara de 9.12.1985, en: Fallos CS, t. 309-I/II, pp. 33 a 1657. La Cámara avocó el procedimiento de la jurisdicción militar (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas) por dilaciones indebidas con base en el artículo 10 de la Ley 23.049 (cfr. respecto de la situación normativa Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 140 con ulteriores referencias).

⁹⁸ Sentencia de la CS de 30.12.1986, en: Fallos CS, t. 309-II, pp. 1689 a 1923.

⁹⁹ Cfr. Fallos CS, t. 309-II, p. 1586, así como el informe del Procurador General como director del Ministerio Público (artículo 120 de la Constitución), Fallos CS, t. 309-II, pp. 1657 y ss. (1668 a 1670).

¹⁰⁰ La cooperación necesaria deriva del artículo 45 CP (infra n. 114) y se castiga como la autoría, de modo que la solución divergente de la CS carecía en principio de relevancia respecto de las consecuencias jurídicas.

¹⁰¹ Cfr., por ejemplo, la Sentencia de la CS (supra n. 98), p. 1612 (No. 5) respecto de Videla. Crítico a este respecto Sancinetti (supra n. 96), pp. 29 y s. De otra opinión Roxin, quien cree que se asumieron sus tesis (*Täterschaft* [supra n. 1, p. 653], con más cautela en n. 349; vid. también idem, *JZ* 1995, p. 49, n. 3). Sin embargo, su influencia fue enormemente relevante, como también demuestra la referencia a la teoría del dominio por organización en la sentencia en primera instancia en el proceso por el asesinato del antiguo ministro de AA.EE. chileno Letelier (Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria, p. 154).

La Cámara constató, en primer lugar, que las reglas de imputación habituales del Derecho Penal individual no pueden ser aplicadas sin más.¹⁰² En lo relativo a la delimitación de autoría y participación, en opinión del tribunal ha de considerarse que en la actualidad es dominante la **teoría del dominio del hecho**, mientras que debe rechazarse la teoría formal-objetiva, que en parte aún se defendía en la Argentina.¹⁰³ Del artículo 514 del Código de Justicia Militar¹⁰⁴ -basado en preceptos alemanes¹⁰⁵ - cabría deducir que el superior es responsable de los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones. De este modo, se establece una modalidad de autoría mediata del superior con base en la especial relación de subordinación militar.¹⁰⁶ Si bien la plena responsabilidad del ejecutor excluye en principio el dominio del hecho por parte del hombre de atrás (principio de responsabilidad), habría que establecer una excepción, siguiendo a Roxin, en el ámbito del **dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder**.¹⁰⁷ Tal sería el caso en el supuesto enjuiciado. De modo literal, respecto de esta cuestión el tribunal afirma lo siguiente:

“Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque **controlaban la organización** que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar.

...

En este contexto, el **ejecutor concreto** de los hechos **pierde relevancia**. El **dominio** de quienes controlan el **sistema** sobre la consumación de los hechos que han ordenado es **total**, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería **automáticamente reemplazado** por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El **instrumento** de que se vale el hombre de atrás es el **sistema mismo** que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por **hombres fungibles** en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una ‘voluntad indeterminada’, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un **papel secundario** en la producción del hecho. **Quien domina el sistema domina** la anónima voluntad de **todos los hombres** que lo integran.”¹⁰⁸

Frente a ello, la CS rechaza la concurrencia de autoría mediata en la sentencia firmada por todos los magistrados, pero de la -decisiva¹⁰⁹ - suma de los votos particulares deriva una mayoría de tres jueces (Fayt, Petrachi y Bacqué) a dos (Caballero, Belluscio) en favor de la autoría mediata, siguiendo los magistrados Petrachi y Bacqué expresamente la doctrina del dominio de organización de Roxin.¹¹⁰ Esta opinión coincide en lo fundamental con la de la Cámara, de modo que tan sólo es necesario exponer brevemente el punto de vista de los jueces Caballero y Belluscio:

¹⁰² Sentencia de la Cámara (supra n. 97), p. 1587.

¹⁰³ Ibidem, pp. 1589 y s.

¹⁰⁴ La competencia de la jurisdicción militar se deriva del artículo 10 de la Ley No. 23.049, que la establece para todos los hechos cometidos entre el 24.3.1976 y el 26.9.1983 para la persecución del “terrorismo” (cfr. Ambos [supra n. 97], p. 139).

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 1592 y s. (referencia al § MSrGB de 1872 y 1942; § 10 I StG; § 33 WStG).

¹⁰⁶ Sentencia de la Cámara (supra n. 97), pp. 1590 y ss. Respecto de la discusión dentro de la doctrina argentina, cfr. Ambos (supra n. 97), pp. 319 y ss.

¹⁰⁷ Sentencia de la Cámara (supra n. 97), pp. 1597 y s.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 1601 y s. (énfasis del autor).

¹⁰⁹ Cfr. Sancinetti (supra n. 96), p. 243 (nota a pie de página). Que ello sea lo decisivo es, sin embargo, difícil de entender también para penalistas argentinos.

¹¹⁰ Sentencia CS (supra n. 98), pp. 1796 y ss., 1802 y ss., par. 14 y s.; en favor de la autoría mediata también el magistrado Fayt (ibidem, pp. 1762, 1781 y ss., esp. par. 21 y s.).

rechazan ya el entendimiento del artículo 514 CJM como forma de autoría mediata¹¹¹ y sostienen que la teoría del dominio del hecho no se halla reconocida de modo general ni en Alemania ni en Francia, Italia y España. Por el contrario, aún serían mayoritarios la teoría formal-objetiva y el principio de responsabilidad, de lo que habría que deducir que no entra en consideración una existencia paralela de ejecutor responsable y autoría mediata del hombre de atrás, debiéndose afirmar, en todo caso, una coautoría o inducción.¹¹² La teoría del dominio por organización¹¹³ no ha alcanzado, en opinión de estos jueces, relevancia en jurisprudencia y doctrina, y tampoco se trata de una concepción lo suficientemente concreta. La ampliación del tipo que ello conlleva es contraria a la prohibición de retroactividad (artículo 18 de la Constitución) y vulnera los límites trazados por el artículo 45¹¹⁴ del Código Penal.¹¹⁵ Por lo anterior, habría que llegar a la conclusión de que los acusados eran culpables de cooperación necesaria, es decir, que su "actividad contribuyó a la realización del delito". En este sentido, su punición igual a la de los autores -ordenada por la Ley (cfr. artículo 45)- no significaría que la estructura de su conducta fuera la de un autor, pues ésta estaba en todo caso muy alejada de la verdadera realización típica.¹¹⁶

Esta postura debe **rechazarse**. La distancia entre hombre de atrás y hecho directo es sencillamente constitutiva de la autoría mediata. Quien no reconoce esto, no entiende su estructura típica. También la afirmación de que el artículo 45 limita la cointervención delictiva a la mera participación es incorrecta y demasiado formal, ya que la doctrina argentina viene interpretando desde siempre la demasiada estrecha disposición del artículo 45 en un sentido amplio, incluyendo todas las formas de cointervención.¹¹⁷ Autores más recientes incluso dan por supuesta la autoría mediata, sin siquiera

entrar en una posible limitación derivada del tenor literal del artículo 45 CP.¹¹⁸

De la -acertada- fundamentación contenida en la sentencia de la Cámara y en la de la mayoría de la CS deriva -como confirmación de la teoría del dominio por organización- la **regla general de que la estructura de organización de un aparato de poder militar puede otorgar a los hombres de atrás responsables dominio del hecho sobre los autores directos.**

b) Delitos de un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada)

A falta de puntos de conexión con la práctica, en este ámbito estamos en un terreno menos seguro que el del anterior grupo de casos. El traslado, hecho más bien de pasada, por el BGH del dominio de organización al "crimen organizado de modo similar a la mafia" y a las empresas¹¹⁹ puede entenderse como una invitación a iniciar una discusión, pero no conduce más allá desde el punto de vista material.

De acuerdo con el estado de la cuestión, llevaría demasiado lejos el subsumir **empresas** bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en el plano puramente conceptual de que ha de tratarse de "aparatos de poder", es decir, de organizaciones **criminales** (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente -aún adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas- podrán calificarse las grandes empresas. Las empresas no son criminales *per se*, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de

¹¹¹ Ibidem, pp. 1695 y ss. (par. 13 y ss.).

¹¹² Ibidem, pp. 1701 y ss. (par. 20 y ss.), refiriéndose sobre todo a Jescheck.

¹¹³ Refiriéndose la CS a la traducción de Elbert (Doctrina Penal, DP, 1985, pp. 398 y ss.), y no, como la Cámara, al original alemán de Roxin.

¹¹⁴ El artículo 45 CP castiga la participación en la ejecución del hecho, la ayuda o cooperación necesaria (inciso 1) así como la determinación directa para la comisión del hecho (inciso 2) y la autoría.

¹¹⁵ Sentencia CS (supra n. 98), pp. 1703 y ss. (par. 22 y ss.).

¹¹⁶ Sentencia CS (supra n. 98), p. 1708 (par. 28).

¹¹⁷ Cfr. Soler, Derecho Penal Argentino II, 3ª ed., 1963, pp. 250 y ss.; Nuñez, Tratado de Derecho Penal, Parte General II, 2ª ed., 1978, pp. 280 y ss.; Bacigalupo, La noción de autor en el Código Penal, 1965; Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal IV, 1982, especialmente pp. 319 y s.

¹¹⁸ Cfr., por ejemplo, Sancinetti, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991, pp. 691 y ss. (713 y s.).

¹¹⁹ Cfr. supra n. 2.

mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son "accidentales".¹²⁰

Si la situación es diversa, es decir, si las "actitudes criminales"¹²¹ son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del "crimen organizado de modo similar a la mafia", y, por lo tanto, en el del grupo de casos aquí analizado. Si, por el contrario, se parte del "tipo normal" de la empresa legal, tampoco concurren los presupuestos materiales del dominio por organización.¹²² En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios "procesos reglados". Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y lineal, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse "procesos reglados" por instrucciones desde "arriba", no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad.¹²³

En lo que se refiere a las **organizaciones criminales per se** -incluyendo las de carácter terrorista-, la situación es muy poco clara. En este contexto, el dominio por organización tiene de acuerdo con Roxin¹²⁴ como presupuesto -aparte de los elementos ya mencionados¹²⁵ y de la problemática "desvinculación del Derecho" (sobre esto, más adelante en el texto)- que los miembros actúen "como órganos de la cúpula dirigente, cuya autoridad reconocen". Sin embargo, para Roxin no puede ha-

blarse de un aparato de poder "cuando se junta media docena de elementos asociales para realizar delitos en común y eligen... a uno de ellos como jefe", pues en este caso falta el presupuesto fundamental del dominio por voluntad, es decir, la "existencia independiente de los cambios en los miembros" de la organización. La doctrina restante rechaza tal ampliación del dominio de organización a la criminalidad no estatal sobre la base de consideraciones de principio¹²⁶ o en virtud de otras premisas.¹²⁷

Para realizar ulteriores diferenciaciones, puede resultar útil una distinción entre **aparato de poder formal y grupo informal**.¹²⁸ Desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un **aparato de poder formal**, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-lineal y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. Con ello se entra en el ámbito, apenas investigado en el plano empírico, de la **criminalidad organizada**. Parece claro que en los conceptos conocidos en Derecho Penal -"banda" (por ejemplo, §244I 3StGB) y "asociación criminal" (§ 129 StGB)- por regla general falta una organización estrictamente jerárquica y que -a causa de un número reducido de miembros - también carecen del elemento de la fungibilidad de los ejecutores.¹²⁹ Cuando una "asociación criminal", más allá de la habitual conexión poco densa en forma de red,¹³⁰ sí presente estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, formará parte de la "crimina-

¹²⁰ Lampe, ZStW 106 (1994), p. 685 (708). Vid. también BGHSt 32, pp. 202, 206 (la fundación de una empresa "por sí sola" aún no constituye la formación de una asociación delictiva).

¹²¹ Schönemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 22.

¹²² Cfr. especialmente Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 104, así como idem (supra n. 41), pp. 61 y ss., indicando precisamente el peligro de desbordamiento de la responsabilidad jurídico-penal. En contra también Roxin, JZ 1995, p. 49 (51 y s.); Murmann, GA 1996, p. 269 (275, 278 y ss.); Schumann (supra n. 53), p. 76; en favor, sin embargo, Schönemann (supra n. 121), pp. 102 y s.

¹²³ Otra cuestión, que aquí no ha de discutirse con mayor detalle, es la de en qué medida puede fundamentarse una responsabilidad jurídico-penal de la persona jurídica, es decir, una responsabilidad de la empresa como colectivo en contraposición con una responsabilidad jurídico-penal individual de sus miembros, sobre la base de un "dominio de organización funcional-sistémico" (cfr. Heine [supra n. 122], pp. 129 a 134, 250 y s., 254, 287 y s., 311 y s.; vid. también Lampe, ZStW 106 [1994], pp. 683, 728 y ss.).

¹²⁴ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 250 y s.; idem, GA 1963, p. 205; idem, JZ 1995, p. 49 (51).

¹²⁵ Cfr. supra II. 1.

¹²⁶ Herzberg, *Täterschaft* (supra n. 23), p. 43; Schumann, *Handlungsunrecht* (supra n. 53), p. 76.

¹²⁷ Así, especialmente, Murmann, GA 1996, pp. 269, 278 y s., al tomar como punto de referencia la relación entre Estado y ciudadano.

¹²⁸ Con Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (687 y ss.) también cabe distinguir entre sistemas de injusto **organizados y simples** (asociación criminal, empresa y Estado frente a la mera coautoría).

¹²⁹ Cfr. Göppinger, *Kriminologie*, 5ª ed., 1997, p. 552; Kaiser, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, pp. 411 y s., 518 y s.

¹³⁰ Sobre esto cfr. Göppinger (supra n. 129), pp. 552 y s. con ulteriores referencias.

alidad organizada" en sentido estricto.¹³¹ De este modo, sin embargo, ya nos encontramos plenamente en el campo de la criminología y de la política criminal (entre "mito y realidad"¹³²) y hemos de contentarnos con una mera definición de trabajo¹³³ y con un gran número de indicadores que en parte son muy indeterminados. Sin embargo, al menos cabe deducir de éstos que cuando los **miembros sean en gran medida intercambiables** y exista una estructura de organización **caracterizada por un estilo de mando estricto** hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada.¹³⁴ En este caso entra en consideración también un dominio por organización. Por lo tanto, en ningún caso puede afirmarse de manera genérica que con la concurrencia de criminalidad organizada - si es que ésta puede siquiera constatarse de modo claro - existirá dominio por organización. Por el contrario, ha de comprobarse en cada caso que ello sea así. En muchos casos, resultará difícil realizar esta constatación con total seguridad, pues, por un lado, "hasta el día de hoy no se ha logrado descubrir completamente la estructura interna, los ámbitos de actividad y el alcance de ésta respecto del crimen organizado",¹³⁵ ni, por otro lado, es indiscutido que exista una estructura jerárquica estricta.¹³⁶ En lo que se refiere a Alemania en cuanto lugar de comisión, habrá que constatar que existen más bien estructuras en forma de red como las antes mencionadas que grupos organizados de modo jerárquico (como existen, por ejemplo, en Japón).¹³⁷ Estudios propios nos confirman que también en el caso de los llamados "cárteles de la droga" colombianos difícilmente podrá demostrarse la existencia de una estructura de organización de carácter jerárquico.¹³⁸

Por consiguiente, a pesar de todos los nuevos datos conocidos, queda una considerable magnitud de inseguridad que impide concluir, en el caso de la criminalidad organizada, de modo genérico de que existe dominio de organización. Esta posibilidad, en todo caso, entra en consideración cuando concurren los indicios antes mencionados (estructura de organización estricta, posibilidad de intercambiar los miembros). En el caso concreto, sin embargo, será difícil constatar su concurrencia.

2. Dominio por organización y aparatos desvinculados del Derecho

Los grupos de casos antes formados permiten ahora plantearse de nuevo la cuestión acerca del sentido del criterio de la desvinculación del Derecho. Roxin¹³⁹ dice: "De la estructura del dominio de organización se sigue que sólo puede existir en aquellos casos en los que el aparato actúa en su conjunto fuera del ordenamiento jurídico". Según este punto de vista, sólo entonces -a falta de normas jurídicas que se opongan- la instrucción para la realización de acciones punibles puede tener un efecto fundamentador del dominio y poner en movimiento al aparato. Frente a ello, el cumplimiento de instrucciones antijurídicas en una comunidad organizada conforme a las reglas del Estado de Derecho sólo puede ser entendido como "emprendimiento privado", pues el aparato en sí mismo sólo funciona dentro de los cauces del Estado de Derecho, por lo que no puede ponerse en marcha mediante una instrucción antijurídica; en tal caso, incluso, se estaría actuando en contra de él. Respecto de las modalidades de aparición, Roxin

¹³¹ Así hay que interpretar probablemente a Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (696 y s.) cuando identifica de modo general la asociación criminal con la criminalidad organizada.

¹³² Kaiser (supra n. 129), p. 409.

¹³³ De acuerdo con la cual la criminalidad organizada es "la comisión planificada de delitos determinada por la persecución de beneficios y poder, siendo las infracciones por sí solas o en su conjunto de considerable relevancia y colaborando (bajo determinadas circunstancias) más de dos intervinientes durante un tiempo prolongado o indeterminado" (Publicaciones del Parlamento Federal 12/989, 24. Exposición de Motivos a la Ley de Criminalidad Organizada [OrgKG] de la RFA). Crítico en general con los intentos de definición, pero aportando al menos una "definición de mínimos" Krauthausen, *Moderne Gewalt. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien*, 1997, pp. 24 y ss.

¹³⁴ Cfr. los indicadores de la Oficina Federal de Criminalidad alemana (BKA, *Bundeskriminalamt*) enunciados en Kaiser (supra n. 129), p. 410.

¹³⁵ Kerner, en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª ed., 1993, p. 377; con similar precaución también Göppinger (supra n. 129), p. 552; Kaiser (supra n. 129), pp. 409, 412.

¹³⁶ Cfr. Göppinger (supra n. 129), p. 553.

¹³⁷ *Ibidem*, con ulteriores referencias. Fundamental Sieber/Bögel, *Logistik der organisierten Kriminalität*, 1993, pp. 23 y ss., 56 y ss.

¹³⁸ Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, pp. 38 y s.; en sentido similar Krauthausen (supra n. 133), p. 26; desde una perspectiva más general, Kerner (supra n. 135), p. 380.

¹³⁹ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 249.

distingue entre el **poder estatal** que opera en sí mismo de modo desvinculado del Derecho y las **organizaciones criminales no estatales**, que en cuanto "Estado dentro del Estado" desarrollan sus actividades en contradicción con el ordenamiento jurídico interno estatal. Considera que son ejemplos históricos de un poder estatal desvinculado del Derecho no sólo el sistema nazi, sino también la antigua RDA, al afirmar - al hilo del comentario de la más reciente jurisprudencia del BGH - que esa "estructura típico-ideal del dominio de organización" concurre también en este último caso "en una configuración clásica".¹⁴⁰

Este criterio de la desvinculación del Derecho no ha sido cuestionada en realidad nunca. El criterio es asumido o sometido a un ulterior desarrollo, por ejemplo, por parte de Bottke,¹⁴¹ quien considera que el aparato en cuestión se encuentra ubicado "fuera de la cultura jurídica de las naciones civilizadas" [sobre esto, vid. infra b)]. En lo que se alcanza, tan sólo Schild¹⁴² mantiene una discusión crítica al respecto. Argumenta frente a Roxin que lo decisivo es el dominio social, la "posición de poder social en el marco de la organización", y no una eventual desvinculación del Derecho. Esta conclusión ha de aplaudirse, pero la desvinculación del Derecho necesita de una crítica más pormenorizada.

La limitación de responsabilidad que implica el criterio de la desvinculación del Derecho (esto es, a aparatos de poder desvinculados del ordenamiento jurídico) necesita de una legitimación. La cuestión es **si -y en caso afirmativo, por qué razones- ha de estimarse que la desvinculación del Derecho es un presupuesto imprescindible del dominio por organización**. Sólo podrá tener tal carácter si el dominio del hecho por parte del hombre de atrás **deriva precisamente de la desvinculación del Derecho** del aparato de poder que está a su disposición, al no verse el ejecutor impedido en la realización de la orden por normas jurídicas (previstas por el ordenamiento) que se opongan a ello. Esto, sin embargo, no es así. Más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la **estructura**

de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aún: si el aparato no está "fuera del ordenamiento jurídico" (como requiere el criterio de la desvinculación del Derecho), sino **es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él**, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho. Verifiquemos lo anterior - en orden inverso - sobre la base de los grupos de casos antes formados.

a) Aparato de poder de organización no estatal

En este ámbito, el criterio de la desvinculación del Derecho parece ser convincente a primera vista, ya que se pretende separar así la paja criminal (criminalidad organizada) del trigo legal (empresas).¹⁴³

De este modo, la criminalidad organizada está fuera del ordenamiento jurídico estatal, pero ello sólo en la medida en que no mantenga una relación simbiótica con el Estado, como por ejemplo sucede en el caso de la mafia siciliana¹⁴⁴ o de los "cárteles de la droga" colombianos.¹⁴⁵ Si, en cambio, es éste el caso, si la criminalidad organizada opera como "para-Estado",¹⁴⁶ es decir, no de modo desvinculado al Derecho, paralelo al ordenamiento jurídico existente o en contra de él, sino estando integrada en éste, como elemento del ordenamiento, aprovechando los "cauces del Derecho" (Roxin) para la común satisfacción de intereses. El hecho de que entonces ya no estemos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en nada el efectivo dominio del hecho y de los autores por parte de la cúpula dirigente. Posiblemente, la desvinculación del Derecho concorra en la mayoría de los casos, pero su ausencia no impide la apreciación de dominio de organización. Por lo tanto, es sólo un presupuesto **posible**, pero no necesario de ésta.

b) Aparato de poder de organización estatal

En este ámbito se aprecia con mayor claridad aún que las afirmaciones antes hechas son correctas. Ha de reconocerse que puede concurrir desvinculación

¹⁴⁰ Roxin, JZ 1995, p. 49 (50).

¹⁴¹ Bottke (supra n. 26), pp. 72 y s. (cfr. al respecto también más adelante en el texto).

¹⁴² Schild (supra n. 29), pp. 22 y s.

¹⁴³ En este sentido Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 251; idem, JZ 1995, p. 49 (51).

¹⁴⁴ Cfr. Hess, *Mafia*, 1993, pp. VI, 157 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. Ambos (supra n. 138), pp. 56 y ss., 394 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. Hess (supra n. 144), pp. 200 y ss. (la "mafia como para-Estado").

del Derecho en determinados casos. Si la destrucción de determinados grupos étnicos o de la oposición política no es ordenada por Ley, sino está basada en una "orden del Führer" o en un plan de acción secreto de la dirección *de facto* del Estado (Argentina, Chile), existe un paralelismo de dos ordenamientos "jurídicos": el ordenamiento "normal", que tiene como cometido luchar contra la criminalidad común, y el ordenamiento "anormal", "pervertido", que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. El único fin de éste es la ejecución del plan de destrucción. El aparato fascista del precedente argentino ofrece el ejemplo representativo:

"... mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen *de facto*) estaba en vigor, al igual que el Código Penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de la víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles."¹⁴⁷

La situación es distinta, sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico en sí mismo es la base del terrorismo de Estado, es decir, es en sí mismo "criminal" y por ello no puede hablarse de una desvinculación del Derecho al menos en el sentido de una **desvinculación del Derecho positivo**. Si el reproche central, como en el caso de la sentencia de los juristas relacionados con el sistema nazi, es una participación en el delito "*in the name of law by the authority of the Ministry of Justice, and through the instrumentality of the courts*",¹⁴⁸ ello significa que el

Derecho mismo ha intervenido en los asesinatos en masa, es decir, que fue instrumentalizado y usado como Derecho de dominación. En tal caso, "ni el Estado ni sus instituciones son... ilegales; por el contrario, siguen las leyes de acuerdo con las que han sido creados..."¹⁴⁹ También en otros Estados dictatoriales, como por ejemplo en las dictaduras militares de la Argentina y de Chile,¹⁵⁰ cabe constatar tal juridificación de la represión.

Finalmente, rige lo mismo respecto del totalitarismo de corte real-socialista, como, por ejemplo, la anterior RDA. Pues cuando la represión se halla regulada con tanta exactitud como en el caso de la antigua RDA -piénsese sólo en el régimen de fronteras, con una regulación jurídica exhaustiva-, ni hay un aparato de poder **paralelo** ni un ordenamiento jurídico paralelo; existe tan sólo un aparato de poder estatal de **competencia territorial**. Lucha, como cualquier Estado, contra la criminalidad general, y reprime **simultáneamente**, como "Estado injusto", la resistencia política. Puede prever para estos "hechos abominables"¹⁵¹ un Derecho especial (por ejemplo, un Derecho Penal terrorista) y también órganos especiales (policía política, servicios secretos, etc.), pero se trata en todo caso de un aparato de poder estatal. También aquí falta, por lo tanto, la desvinculación del Derecho, pero ello no impide el dominio del hecho por los hombres de atrás. Incluso lo facilita. Pues mientras que el ejecutor subordinado en el caso del aparato de poder desvinculado del Derecho puede al menos orientarse sobre la base del ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho) que sigue existiendo en paralelo, cuando se da la concentración de Derecho e injusto en las manos de un aparato de poder estatal está sin posible orientación. Sólo hay un ordenamiento jurídico, y éste ordena también la realización de "hechos abominables", y ello en la forma o sobre la base de una Ley emitida de modo correcto (en el marco del orden estatal predado). Este dominio del hecho, por lo tanto, es más completo ("más total") que en el caso de ordenamientos jurídicos paralelos. Puesto que el ordenamiento jurídico "vivido" y el fin "injusto" del Estado son una misma cosa, existe una **estructura de instrucción y de**

¹⁴⁷ Sentencia de la Cámara (supra n. 97), p. 1603 (énfasis del autor).

¹⁴⁸ Cfr. ya supra n. 92.

¹⁴⁹ Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (709, también 714 y s.: el Estado como creador de las leyes suele respetar el ordenamiento jurídico).

¹⁵⁰ Cfr. Ambos, en: Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, pp. 86 y ss. (Argentina), 139 y ss. (Chile).

¹⁵¹ Jakobs, GA 1994, p. 1.

mando vertical que no se ve perturbada por dudas jurídicas.

En este caso, sólo puede afirmar la desvinculación del Derecho quien toma como punto de referencia valoraciones propias del Estado de Derecho que en última instancia son supralegales y de Derecho natural en el sentido de la fórmula de Radbruch.¹⁵²

Es probablemente esto lo que Roxin tiene en mente de modo intuitivo cuando habla de garantías propias del Estado de Derecho, de valores fundamentales y derechos humanos.¹⁵³ También Bottke va en esta dirección con la creación de un aparato injusto "a(nti)civil".¹⁵⁴ Un aparato estatal que se contraponen a la *lex naturalis* o *lex aeterna*, actúa de modo injusto y por tanto se separa del "Derecho".¹⁵⁵ Esto es convincente en el plano valorativo, pero resulta demasiado abstracto. Una desvinculación del Derecho entendida de este modo se diluye y la abstracción del Derecho positivo que comporta crea una situación jurídica que no puede oponerse al dominio del hecho por parte del hombre de atrás. Pues los principios no escritos supralegales no son evidentes

para el ejecutor del hecho, y por ello no pueden constituir una barrera para la ejecución de la orden. Por lo tanto, también esta noción de desvinculación del Derecho pierde su base y razón de existencia.

CONCLUSIÓN

El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una **organización estructurada de modo jerárquico** y estricto y un **dominio del hecho del hombre de atrás** sobre ejecutores **fungibles**. Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La **desvinculación del Derecho** de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta **prescindible** en cuanto elemento estructural del dominio por organización.

¹⁵² Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ) 1946, p. 105 (107); sobre esto Arth. Kaufmann, NJW 1995, p. 81 (83); Sprenger, NJ 1997, p. 3 (5 y s.).

¹⁵³ Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), p. 250.

¹⁵⁴ Bottke (supra n. 26), pp. 72 y s.

¹⁵⁵ Jakobs, GA 1994, pp. 1 y s.

**ESTUDIO
DE TRAZEGNIES & URÍA
ABOGADOS**

TENEMOS EL AGRADO DE COMUNICAR QUE
HEMOS INCORPORADO COMO SOCIO DE
NUESTRO ESTUDIO AL DR. EDUARDO
BENAVIDES TORRES.

ASIMISMO, LES INFORMAMOS QUE A PARTIR
DEL 3 DE AGOSTO NUESTRAS OFICINAS
ESTARÁN SITUADAS EN:

AV. VICTOR ANDRES BELAÚNDE 147 -
VÍA PRINCIPAL 155
EDIFICIO REAL 3, PISO 12 - SAN ISIDRO

TELÉFONO: 222-3202 / 222-3159

FACSIMIL: 222-1573

"SOCIEDADES DE RIESGO" Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS*

Dino Carlos Caro Coria** 1

I

El riesgo social asumido a raíz del desarrollo de nuevas tecnologías, como por ejemplo el uso de la energía nuclear y la utilización del ambiente natural dificulta la estructuración y concreción de los llamados bienes jurídicos colectivos, lo que ocasiona, del como lo denomina el autor, la creación de "sociedades de riesgo". Éstos se presentan cuando se percibe una constante tensión entre seguridad y riesgo, lo que origina, como plantea el autor, una reevaluación del Derecho Penal liberal, tal como se presenta hasta el momento.

1. Caso de la talidomida o *Contergan*. Entre fines de los años 50 y primeros de los 60, como posible consecuencia del consumo del tranquilizante denominado *Contergan* en Alemania, el cual era recomendado para mujeres gestantes y cuyo compuesto principal era la talidomida, se produjeron más de 10,000 casos de abortos y graves daños en los sistemas óseos de los recién nacidos, que morían al poco tiempo de nacer o sobrevivían con serias malformaciones, focomelias o extremidades en forma de foca, y lesiones irreversibles².

Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado alemán, sin queja alguna, unos *sprays* (*Ledersprays*) para la conserva-

* Esta contribución corresponde esencialmente a una parte del ensayo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho Penal de septiembre de 1997, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla-La Mancha (España), en Lima. La versión final fue concluida en el *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau*-Alemania, en noviembre de 1997, y sirvió de base para las ponencias presentadas en las Universidades de Ibagué y Neiva (Colombia) en diciembre del mismo año.

** Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Derecho Penal. Abogado del Estudio Benites, Mercado & Ugaz. Becario Mutis 1995-1998 de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España), bajo la dirección del Rector y Catedrático Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y la Profesora Laura Zúñiga Rodríguez.

¹ Abreviaturas: AT (*Allgemeiner Teil*). BGHSt (Sentencia del *Bundesgerichtshof*-Tribunal Supremo Federal alemán-). BT (*Besonderer Teil*). CE (Constitución española de 1978). CP (Código Penal español de 1995). LGSt (Sentencia del *Landgericht*-Tribunal de cada *Land* alemán). PE (Parte Especial). PG (Parte General). SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial). StGB (*Strafgesetzbuch*-Código Penal alemán-). STS (Sentencia del Tribunal Supremo español). trCP (Texto Refundido del Código Penal español -derogado-). Revistas: A (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi). ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). AP (Actualidad Penal). CPC (Cuadernos de Política Criminal). DDDP (*Dei Delitti e delle Pene*). DoP (Doctrina Penal). EPC (Estudios Penales y Criminológicos). GA (*Goldammer's Archiv für Strafrecht*). JA (*Juristische Arbeitsblätter*). JB (*Juristische Blätter*). JPD (Jueces para la Democracia). JuS: (*Juristische Schulung*). JZ (*Juristenzeitung*). LQC (*La Questione Criminale*). NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*). NPP (Nuevo Pensamiento Penal). NStZ (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*). PJ (Poder Judicial). RIDPP (*Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*). wistra (*Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*). ZStW (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*).

² LGSt de Aachen, de 18 de diciembre de 1970, en: JZ. (1971) pp. 507ss. KAUFMANN. "Tipicidad y causación en el procedimiento *Contergan*". En: NPP. No. 1. (1973) pp. 7ss. MAIWALD. *Kausalität und Strafrecht*. Göttingen, 1980, passim. GÓMEZ BENÍTEZ. Causalidad, imputación y cualificación por el resultado. Madrid; Ministerio de Justicia 1988, pp. 123ss.

ción del cuero de zapatos y ropa. No obstante, al finalizar el otoño de 1980 la empresa productora recibió reclamaciones relativas a la producción de daños en la salud de personas que usaron el producto correctamente, tales como dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos o fiebre, detectándose en la generalidad de casos un edema pulmonar. Hasta 1986 se suscitaron muchos resultados similares³.

Caso *Holzschutzmittel*. Desde los años 50 la empresa *D. Chemie GmbH* fabricaba productos protectores de madera (*Holzschutzmittel*), pudiendo evadir dos denuncias por supuestas lesiones interpuestas en 1956 y 1963. Fue recién en la década de los 70 en que se generalizó en Alemania el consumo de estos productos, razón por la cual la citada empresa comercializó el protector «Xyladecor 200» que, entre sus componentes, contenía las sustancias PCP y Lindano, estableciendo hasta 1979 la indicación «apropiado para usos interiores», pese a que ningún estudio científico avalaba su inocuidad en tales circunstancias. No obstante, innumerables investigaciones concluyeron que el uso normal del producto en interiores, debido a los componentes PCP y Lindano, sería el causante de al menos una muerte ocurrida en agosto de 1977, y de las lesiones padecidas por innumerables consumidores, tales como daños en la piel y mucosidades⁴.

Caso del aceite de colza. En mayo de 1981 se descubrió una epidemia inicialmente localizada en Torrejón de Ardoz y Madrid, de la que luego se conoció su extensión a otras zonas de España. Las lesiones correspondieron a una neumonía intersticial. Tras barajarse varias hipótesis sobre el origen de estos hechos, cobró fuerza su atribución al consumo de aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%. Dicho producto era importado principalmente de Francia para actividades industriales de modo que, para asegurarse el no desvío para el consumo de boca, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar los caracteres organolépticos del aceite mediante, entre otros productos, anilina al 2%. Pese a ello, a través de una compleja red de intervenciones individuales y de empresas, como RAPSA y RAELCA, dicho aceite desnaturalizado fue «refinado» y distribuido, mayoritariamente por vendedores ambulantes, en muchas regiones de España, lo que habría dado lugar a no menos de 330 muertes y 15.000 afectados⁵.

2. Hechos paradigmáticos como los anteriormente descritos⁶ y múltiples estudios científicos⁷, son suficientemente representativos de lo que actualmente ha venido a denominarse «sociedades de riesgo»⁸, es decir, aquéllas donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y

³ BGHSt 37, 106, en: JZ. (1992), pp. 253ss. LGSt de Mainz, pp. 163ss. BEULKE/BACHMANN. "Die «Lederspray-Entscheidung» -BGHSt 37, 106". En: JuS. (1992) pp. 737ss. SCHMIDT-SALZER. "Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH". En: NJW. (1990) pp. 2966ss. KUHLEN. "Strafhaftung bei unterlassener Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte". En: NStZ. (1990) pp. 566ss. MEIER. "Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der «Lederspray»-Entscheidung des BGH". En: NJW. (1992) pp. 3193ss. HASSEMER. "Strafrechtliche Produkthaftung". En: JuS. (1991) pp. 253ss. SCHUMANN. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la «Sentencia Erdal» del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)". En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona; J.M. Bosch 1996, pp. 199ss.

⁴ BGHSt, de 2 de agosto de 1995, en: NJW (1995) pp. 2930ss. = en: NStZ. (1995) pp. 590ss. = en: wistra. (1995) pp. 303ss. LGSt de Frankfurt am Main, de 25 de mayo de 1993. PUPPE. "Zur Körperverletzung durch Vertrieb von Holzschutzmitteln". En: JZ. (1996) pp. 315ss. INIGO CORROZA. "El caso del «producto protector de la madera» (*Holzschutzmittel*). Síntesis y breve comentario de la BGHSt". En: AP. Vol 1. (1997) pp. 439ss.

⁵ SAP de 24 de mayo de 1989, en: AP. N.º 495. (1989). STS de 23 de abril de 1992, en: A 6783. PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos. Valencia; Tirant lo Blanch 1995. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (Primera Parte)". En: Responsabilidad penal de las empresas, cit., pp. 263ss. En la misma publicación, PAREDES CASTAÑÓN. "Problema de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza». (Segunda Parte)", pp. 289ss. "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»". En: PJ. No. 33, marzo. (1994) pp. 421ss. MAQUEDA ABREU. "La relación «Dolo de peligro» - «Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»". En: ADPCP. (1995) pp. 419ss. MUÑOZ CONDE/HASSEMER. La responsabilidad por el producto en DP. Valencia; Tirant lo Blanch 1995, pp. 49ss. PUPPE. "Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien". En: NStZ. (1994) pp. 37ss.

⁶ A los que puede sumarse la «experiencia general» derivada de otros innumerables eventos lesivos, como los desastres de Seveso, Chernobyl, los Alfaques y San Juan. Vid. MUÑOZ CONDE/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/GARCÍA ARÁN. La reforma penal de 1989. Madrid; Tecnos 1989, pp. 62-63.

⁷ BECK. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt 1986, passim.

⁸ Sostiene BECK, *Ibid.*, passim, que las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como verdaderas "sociedades de riesgo", pues las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos. Sobre la repercusión penal de esta verificación, Vid. PRITZWITZ. *Strafrecht und Risiko*.

riesgo⁹, como se evidencia, por ejemplo, en sectores como el uso de la energía nuclear, la utilización del ambiente natural, la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo. En tales ámbitos, los componentes de la tecnósfera, en su dinámica e interacción, conforman innumerables fuentes de riesgo y determinan que bienes individuales como la vida o la salud de las personas y su patrimonio se encuentren permanentemente sometidos al peligro de ser lesionados. Pues bien, esta constatación ha logrado dos sensibles repercusiones en la ciencia del Derecho Penal. En primer término, la creciente toma de conciencia de que dentro del Derecho Penal «clásico»¹⁰ no pueden encontrarse las barreras apropiadas para enfrentar los nuevos modos de amenaza originados por la civilización técnica¹¹.

Ciertamente, el modelo penal liberal, en orden a privilegiar la esfera de la libertad, fue articulado principalmente como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales¹², para lo cual cimentó una dogmática funcional a dicha tutela y obediente de los principios de legalidad, lesividad y causalidad. De este modo, el Derecho Penal clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra en una relación individualizable entre autor y víctima, pues sus criterios de atribución, que actualmente proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre tal fundamento y para esa

función¹³. En tal orden la inidoneidad de los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, obedece a que se sustentan en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos «nuevos riesgos» que se desea controlar¹⁴, tales como la imposibilidad de prever y dominar, espacio-temporalmente, las consecuencias de la técnica¹⁵; la llamada «explosión de ignorancia» originada por el progreso científico que acredita como mayor lo ignorado que lo conocido sobre los procesos naturales; y, la operatividad de tal progreso en el marco de una estructura social que lo canaliza primordialmente mediante organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas, como la empresa capitalista o el Estado intervencionista.

En segundo lugar, y como secuela de las limitaciones del Derecho Penal «clásico», la sentida presencia de riesgos que hallan su fuente en el mundo moderno¹⁶ sumada a las exigencias del Estado social y democrático¹⁷, han provocado la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permitan atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex-ante* riesgosos y que se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados. En tal línea de esfuerzos se inscribe la protección generalizada de los bienes jurídicos colectivos¹⁸, la revaluación de los delitos imprudentes y omisivos, la

Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt; Vittorio Klostermann 1993, passim. HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg; R.V. Decker's 1991, passim. "Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)". En: ADPCP. (1993) pp. 318-319. SCHÜNEMANN. "Las reglas de la técnica en Derecho Penal". En: ADPCP. (1994) pp. 307ss.

⁹ LAU. "Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken". En: *Soziale Welt*. (1989) p. 418. HERZOG. "Límites al control penal", cit., p. 318.

¹⁰ HASSEMER. "Crisis y características del moderno Derecho Penal". En: ADPCP. (1993) pp. 636-637.

¹¹ HEINE. "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente". En: ADPCP. (1993) p. 290.

¹² BUSTOS RAMÍREZ. "Los bienes jurídicos colectivos". En: *Control social y sistema penal*. Barcelona; PPU 1987, pp. 183ss.

¹³ HEINE. "Accesoriedad administrativa", cit., p. 291.

¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN. "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente". En: AP. Vol 1. (1997) p. 218. DENNINGER. "Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno". En: *Doxa*. No. 14. (1993) pp. 368-372.

¹⁵ PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 49ss. KLEINE-COSACK. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*. Berlin 1988, pp. 54 y ss. SAMSON. "Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht". En: *ZStW*. (1989) pp. 617ss.

¹⁶ SCHÖNE. "La protección del hombre en el mundo moderno. (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho Penal)". En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears*. No. 12. (1985), pp. 51ss.

¹⁷ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 184.

¹⁸ Se entiende pues que la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas no puede conseguirse hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos. Vid. HERNÁNDEZ PLEASNCIA. "Delitos de peligro con verificación de resultado lesivo: ¿concurso de leyes?". En: ADPCP. (1994) p. 113. FIANDACA. "Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminal". En: *Diritto Penale in trasformazione*. Milano; Giuffrè 1985, p. 168. MARCONI. "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale". En: RIDPP. (1979) p. 1053.

técnica de los delitos de peligro y de la ley penal en blanco, la responsabilidad de las personas jurídicas y sus órganos de dirección, el distanciamiento del «dogma causal» y el reconocimiento del valor del método de la imputación objetiva del resultado, entre otras construcciones dogmáticas¹⁹. Somos pues testigos de una verdadera «crisis» del Derecho Penal liberal, a la par que se asienta la necesidad de articular un modelo dogmático capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos.

3. En este contexto de riesgo social y tránsito hacia una dogmática moderna, especialmente situados en el terreno del Derecho Penal económico, la doctrina y la jurisprudencia europea actualmente remarcan la trascendencia de los bienes jurídicos colectivos, en tanto instrumentos jurídicos capaces de enfrentar eficazmente los peligros de la modernidad de fines de siglo. Por ello, se evaluará la legitimidad político criminal y el rendimiento dogmático de estos bienes colectivos (II), para finalmente revelar la intrascendencia penal de la noción de interés difuso (III).

II

4. Aunque es generalizado en la doctrina penal el uso de la categoría «bienes jurídicos colectivos», y dejando de lado por el momento la discusión acerca

de sus relaciones con los intereses difusos²⁰, debe advertirse que no reina acuerdo sobre su admisibilidad como categoría autónoma de la ciencia penal. Ciertamente, uno de los temas más debatidos en la actual teoría del bien jurídico²¹ reposa precisamente en torno al contenido, necesidad de protección, relación material con los bienes jurídicos individuales y técnicas de tipificación de los comportamientos que afectan bienes colectivos²². Frente a ello, sin embargo, considero importante reivindicar su trascendencia y autonomía, en razón de las deseadas consecuencias político criminales a que conducen²³.

El doble fundamento material de los bienes jurídicos colectivos se sostiene en la realidad social y en el modelo de Estado social. Por una parte, existen nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnósfera concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, y que demandan su satisfacción, entre otros medios, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar esos riesgos de la modernidad²⁴. Pues bien, la atención de tales demandas tiene precisa acogida en el modelo de Estado social y democrático de Derecho²⁵, en virtud del cual éste debe atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto de tender hacia la libertad e igualdad material²⁶, razón que justifica una intervención estatal activa para promover la atención de dichas necesidades, superando las

¹⁹ HILGENDORF. "Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»". En: NSfZ. (1992) pp. 10ss. KUHLEN. "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft". En: GA. (1994) pp. 347ss. PRITTWITZ. *Strafrecht und Risiko*, cit., passim. HASSEMER. "Crisis y características", cit., pp. 638ss.

²⁰ Vid. infra §§12ss.

²¹ Para un estado de la cuestión en torno a la doctrina del bien jurídico Vid. CARO CORIA. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: THEMIS - Revista de Derecho No. 35. (1997) pp. 137ss., en este trabajo he sostenido la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal en función de los principios de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit o Strafbedürfnis*), pp. 163-168. En igual sentido, mi monografía *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal*. Inédito. Salamanca 1997, pp. 154-199. Entre otros Vid. además, MARX. *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*. Köln; Carl Haymanns 1972. CALLIES. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main 1974. MIR PUIG. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*". En: EPC. (1991) pp. 205ss. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona; J.M. Bosch 1992, pp. 267 y ss, 284ss. LUZÓN PENA. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". En: ADPCP. (1993) pp. 21ss. Ya MAYER. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. Heidelberg 1923, pp. 22-23, partía de los conceptos de «merecedor de protección», «necesitado de protección» y «capacidad de protección», según recoge luego para la doctrina de habla hispana MUÑOZ CONDE. "Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal". En: NPP. (1973) pp. 412-415.

²² MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid; UCM y Ministerio de Justicia 1993, p. 30.

²³ En el mismo sentido, entre otros, BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., pp. 197ss. MAQUEDA ABREU. "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal". En: AP. Vol 1. (1994) p. 492. LAURENZO COPELLO. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia; Tirant lo Blanch 1992, pp. 120-121.

²⁴ TIEDEMANN. *Lecciones de Derecho Penal económico*. Barcelona; PPU 1993, pp. 34-36.

²⁵ Aunque esta fórmula de síntesis se halla expresamente reconocida, por ejemplo, en la Constitución española (artículo 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho ..."), en el caso de la Constitución Peruana de 1993, se impone una lectura sistemática de los artículos 43 pá. 1 (Estado social y democrático), 38 y 51 (Estado de Derecho), entre otros.

²⁶ Vid. el conocido artículo 9.2 de la Constitución española: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

disfuncionalidades económicas y sociales²⁷. En esa perspectiva, Bustos Ramírez ha concluido que "los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social"²⁸, concepto que en términos generales es compatible con lo aquí sostenido²⁹.

5. No obstante, contra una concepción autonomizadora de los bienes colectivos se han levantado Hassemer, Padovani y Terradillos Basoco, señalando que todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional³⁰. Por ende, esta tendencia plantea la duda de si el bien jurídico, como creación del Estado liberal, es acaso capaz de solventar materialmente una visión social y no individualista del ilícito penal³¹.

Hassemer no rechaza formalmente los bienes jurídicos «universales»³² (léase colectivos), pero los funcionaliza desde la persona, aceptándolos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre³³, pues de lo que se trata es

de "funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciliados- del individuo"³⁴. En tal sentido, dicho autor rechaza explícitamente que, por ejemplo, se pueda proteger el ambiente natural por sí mismo, sino como medio para satisfacer las necesidades de salud y vida del hombre³⁵, lo que al no evidenciarse en los tipos penales del §324 y siguientes del StGB, daría lugar a que éstos se califiquen como meros ilícitos administrativos³⁶, más aún cuando en la criminalización se recurre a los delitos de peligro abstracto, de forma tal que se renuncia a proteger concretos intereses humanos a cambio de tutelar instituciones sociales o «unidades funcionales de valor», realidades que por su vaguedad o falta de concreción impiden normalmente criticar un tipo penal por su excesiva amplitud³⁷.

En semejante tendencia, para Padovani los bienes colectivos no son bienes jurídicos propiamente, sino simples "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo"³⁸. De este modo, por ejemplo, la referencia

²⁷ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 196. Ciertamente, "El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÄBERLE un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que ésta tiende" (*Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt 1980, p. 87), Vid. la cita de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Honor y libertad de expresión. Madrid, Tecnos 1987, p. 16, nota 7.

²⁸ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 197.

²⁹ Este autor defiende una concepción básicamente sociológica del bien jurídico-penal, como la síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, Vid. BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PE. 2ª ed. Barcelona, Ariel 1989, p. 3. No obstante, aunque a mi modo de ver las posiciones sociológicas no logran dotar de contenido material al bien jurídico-penal, pues se limitan a precisar los fundamentos centrales del merecimiento de pena, en términos de dañosidad social y referencia al individuo, no por ello juzgo inoportuna la definición de Bustos respecto de los bienes colectivos, dado que lo central en ellos radica precisamente en la dañosidad social y su relación de complementariedad con los bienes individuales.

³⁰ En la doctrina italiana sigue esta orientación FIANDACA. "Il «bene giuridico»", cit., p. 168. En España, HERNÁNDEZ. "Delitos de peligro", cit., pp. 113, 114 nota 7.

³¹ BUSTOS. "Los bienes jurídicos", cit., p. 186.

³² Denominación impropia dado que todo bien jurídico siempre implica una valoración masiva y universal, Ibid., p. 191.

³³ HASSEMER. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: DoP. (1989) p. 282.

³⁴ Ibid., p. 281.

³⁵ Ibid., p. 283 citando a Lackner. Le sigue MATELLANES RODRÍGUEZ. "La protección penal del medio ambiente". En: El nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca 1997, p. 63 nota 14.

³⁶ HASSEMER. "Lineamientos", cit., p. 284.

³⁷ Ibid., pp. 279-280. Dado que SILVA. Aproximación, cit., p. 272 nota 392, p. 276 nota 405, comparte las críticas de Hassemer, MATELLANES. "La protección penal", cit., p. 63 nota 14, equipara las posiciones de ambos autores. Empero, a distinta conclusión debe arribarse teniendo en cuenta que Silva, en la delimitación del bien jurídico-penal, recoge la orientación personalista de Hassemer apenas como un criterio para el juicio sobre el merecimiento de pena.

³⁸ PADOVANI. "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni". En: DDDP. (1984) p. 117.

al ambiente natural lo es a situaciones instrumentales consideradas fundamentales para la salvaguarda de los intereses puestos en peligro en un determinado contexto existencial como el proporcionado por el ecosistema, aunque es innegable que dichas situaciones instrumentales están ligadas a bienes jurídicos aceptados pacíficamente, pero respecto de los cuales la tutela es insuficiente e inadecuada³⁹. También en el plano crítico, y retomando los argumentos de Padovani, Terradillos Basoco⁴⁰ señala la innecesariedad de que los bienes jurídicos colectivos, en tanto condiciones instrumentales, sean dotados de sustantividad propia y autonomía, de forma que sus ataques revistan la forma de delitos de lesión. Considera que no es posible construir el concepto de bien colectivo sin que en él se identifiquen bienes individuales, pues dicho concepto constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que garantizan la viabilidad de éstos. Consecuentemente, el autor sostiene la conveniencia de reducir al máximo los casos en que tales marcos abstractos se eleven a la categoría de bien jurídico colectivo, por razones de certeza y lesividad en la definición de los objetos de ataque tan difusos, que difícilmente podrían ser abarcados por el dolo, y, además, para evitar procesos de sobrecriminalización sustentados en bienes jurídicos ficticios y que dejan sin contenido la antijuricidad material. Por ello, Terradillos concluye apuntando a la necesidad de proteger sólo los bienes jurídicos individuales que «se esconden tras los colectivos», los cuales les dan contenido recurriendo a los tipos de peligro. Fuera de estos casos, deberá recurrirse al empleo de sanciones administrativas.

6. Ahora bien, pese a la importancia de los aportes antes reseñados, que reivindicaban las garantías inherentes al carácter personalista del bien jurídico-penal, considero que éstos conducen a resultados político criminales reñidos con las necesidades de protección penal de los propios bienes jurídicos

individuales. En efecto, al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse sólo las conductas que vulneran, por ejemplo, la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el Derecho Penal es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados peligrosos o lesivos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho. Si a ello se añade que aún se desconocen científicamente la mayoría de relaciones causa-efecto entre tales riesgos y los daños que padecen los bienes personales⁴¹, es evidente que la eficacia de la norma penal queda muy limitada.

Dicho desconocimiento es neurálgico en sectores propios de la «sociedad de riesgo» y objeto de constante preocupación en la jurisprudencia europea, principalmente de Alemania y España, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, como dan cuenta los asuntos antes citados: *Contergan*, *Lederspray*, *Holzschutzmittel* y *Colza*; oportunidades donde la imposibilidad de contar con leyes fenoménicas de carácter determinista⁴² a fin de demostrar con certeza el nexo causal entre el consumo normal de un producto y las consecuencias lesivas para la salud pública y los bienes jurídicos individuales, dio origen a profundos desacuerdos científicos en torno a la determinación de la ley fenoménica probabilística⁴³ aplicable en cada caso concreto. Con todo, estas experiencias han evidenciado, en el ámbito judicial, los importantes límites de la ciencia para explicar los fenómenos y sucesos naturales, incluso aquellos que pueden originarse en un comportamiento humano. Sin embargo, la desmitificación de la fe ciega en la ciencia no es reciente, pues ya desde la

³⁹ Ibid., p. 117.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO. Derecho Penal de la empresa. Madrid; Trotta 1995, p. 50.

⁴¹ PAREDES/RODRÍGUEZ. El caso de la colza, cit., pp. 49ss. En el terreno penal ambiental, por ejemplo, muchos de los procesos que operan en el ecosistema no pueden explicarse mediante los modelos causales mecanicistas clásicos, pues obedecen más bien a fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal. Vid. SAMSON. "Kausalitäts", cit., p. 618.

⁴² Ellas establecen una "conexión necesaria entre dos especies de hechos". Vid. PAREDES CASTAÑÓN. El riesgo permitido en Derecho Penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid; Ministerio de Justicia e Interior 1995, pp. 172-173, la forma lógica de estas leyes es la de una proposición predicativa perfecta: $Ax(A \rightarrow B)$. Es decir: Para todo supuesto, si se produce A, entonces se produce también B. Vid. Ibid., p. 173 nota 62.

⁴³ Es decir, "aquellas que establecen una conexión de frecuencia entre dos especies de hechos. Se trata, por lo tanto, de leyes que no garantizan con seguridad la conexión, sino que únicamente afirman que dicha conexión se da entre una parte de ambas especies de hechos, y, además, cuantifican esa parte (...). indican que, a partir de una acción A, se deriva la consecuencia C con un porcentaje P de probabilidades". Vid. Ibid., pp. 173-174. En su forma lógica, estas leyes señalan que dadas las especies de hechos A y B, $Ex(A \rightarrow B)$. Existe al menos uno de esos hechos de la especie A del que se sigue un hecho de la serie B. Vid. Ibid., p. 174 nota 69.

segunda mitad del siglo XIX, las investigaciones de Max Planck en el campo subatómico pusieron en crisis la concepción mecanicista del mundo, de tradición aristotélica y newtoniana, aferrada al principio de la causalidad y a las categorías de espacio y tiempo⁴⁴. Luego, con los desarrollos y fórmulas elaboradas por Heisenberg (1927), la denominada física de la mecánica cuántica erigió su propio modo de calcular las magnitudes de los movimientos y los lugares en el interior de los átomos, a partir de lo cual se acepta que en el terreno subatómico no opera la ley de la causalidad⁴⁵. En similar orientación, la formulación por Einstein de las conocidas teorías de la relatividad general y especial, así como la generalizada aceptación de la teoría del «big bang» sobre el origen del universo, han afectado también negativamente a las categorías de tiempo y espacio⁴⁶. Por ello, actualmente el mundo ya no puede ser visto como un inmenso reloj sumamente preciso, es decir, como un sistema físico altamente regular⁴⁷. Ahora bien, frente a esta relativización del conocimiento científico y, en particular, del principio de la causalidad y las categorías de espacio y tiempo, cabe preguntarse sobre su repercusión en la órbita penal. En este sentido, no puede albergarse dudas sobre la incapacidad del Derecho Penal de elaborar y manejar un concepto

propio o privativo de causalidad, dado que ello significaría solucionar anteladamente los problemas que, frente a las categorías de espacio y tiempo, enfrenta la física teórica⁴⁸. En tal sentido, considero que la reevaluación teórica de la causalidad en el plano físico no debe evitar su empleo en el ámbito jurídico⁴⁹, por lo que debe aceptarse como punto de partida la relevancia jurídico-penal de las leyes fenoménicas deterministas y probabilísticas, éstas últimas de enorme importancia para el control de las fuentes de riesgo para los bienes jurídicos colectivos.

Consecuentemente, la opción personalista del bien jurídico le resta autonomía a los bienes jurídicos colectivos⁵⁰ y constituye un proyecto tributario de un modelo penal retribucionista e ineficaz, es decir, desprotector de los bienes jurídicos individuales que, contradictoriamente, pretende tutelar garantísticamente. Tales críticas, en el terreno penal ambiental, están corroboradas empíricamente con la experiencia criminalizadora del derogado artículo 347 bis del trCP, el cual exigía para la tipicidad poner “en peligro grave la salud de las personas”⁵¹.

7. Por estas razones, considero importante poner de relieve la autonomía de los bienes jurídicos colecti-

⁴⁴ REYES ALVARADO. Imputación objetiva. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá; Temis 1996, p. 35, señala que “Los trabajos de Max Planck demostraron comportamientos irregulares en el campo subatómico, donde las órbitas de los electrones que giran alrededor del núcleo de los átomos desafían las leyes de la física ya que pese al gasto de energía que sus desplazamientos suponen, mantienen idénticas órbitas en lugar de que (como sería de esperarse) ese gasto de energía las hiciera ser atraídas hacia el núcleo describiendo círculos más pequeños y a mayor velocidad”.

⁴⁵ Ibid., pp. 35-36. Sin duda los aportes de Heisenberg sirvieron para demostrar las inconsistencias del determinismo, pues se logró “demostrar que existían procesos ínfimos que convertían al reloj determinista en algo impreciso. La física cuántica se vio obligada a introducir las probabilidades. Si el mundo físico no era un mundo regulado por las leyes newtonianas, sino que en él regía la imprecisión y la irregularidad, los fundamentos empíricos del determinismo quedaban seriamente debilitados”, Vid. DOVAL PAIS. Delitos de fraude alimentario. Pamplona; Aranzadi 1996, p. 271 nota 32

⁴⁶ REYES. Imputación objetiva, cit., pp. 36-37.

⁴⁷ POPPER. Un mundo de propensiones. Madrid, 1992, p. 22. La constatación de esta realidad constituye el principal aliciente de la ciencia en el afán de mermar permanentemente el desconocimiento sobre la explicación de los sucesos y fenómenos naturales, aunque evidentemente conserva plena vigencia la idea de la filosofía antigua de que es más lo desconocido que lo conocido sobre tales fenómenos. En este contexto, se ha venido a entender que la ciencia modernamente “trata de buscar racionalidad al objeto y se asume que no hay «verdades» absolutas, sino que se van encontrando verdades parciales y provisionales, que van alcanzando consenso en la comunidad científica en un momento dado. Se trata de una razón comunicativa: testimonial y de fiabilidad”, Vid. ZÚNIGA RODRÍGUEZ. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal en el Perú?”. Inédito. Salamanca 1996, p. 1 nota 2, citando a Habermas, Adorno, Horkheimer y FLOREZ MIGUEL. Mundo técnico y humanismo. Universidad de Salamanca, 1994.

⁴⁸ REYES. Imputación objetiva, cit., p. 37.

⁴⁹ Ibid., p. 37, señala irónicamente Reyes: “En efecto, mientras los accidentes de tránsito con lesiones y muertes no sean provocados por vehículos que se mueven a velocidades cercanas a la de la luz, mientras no ocurran delitos dentro de los átomos, y en tanto el universo no termine de expandirse y comience su contracción, el Derecho puede seguir trabajando con el concepto tradicional de la causalidad sin preocuparse de los inconvenientes que él presenta como consecuencia de la física cuántica y la teoría de la relatividad”, pp. 37-38.

⁵⁰ No queda clara la coherencia, por ejemplo, de defender simultáneamente una opción personalista del bien jurídico-penal y la autonomía del bien jurídico ambiente, aunque MATELLANES. “La protección penal”, cit., p. 63, considera que ello es posible.

⁵¹ Vid. por todos, VERCHER NOGUERA. “Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente”. En: AP. Vol 1. (1995) p. 42. PÉREZ DE GREGORIO. “Jurisprudencia penal medioambiental”. En: LL. Vol 4. (1995) pp. 966-968. BAUTISTA PAREJO. “La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico”. En: La protección penal del medio ambiente. Madrid; Coda/Aedenat 1991, pp. 141-145.

vos en relación con los individuales, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues, partiendo de la clasificación de Bustos Ramírez⁵², los colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes microsociales como la vida humana o la salud, razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva⁵³. Esta construcción es plenamente acorde con el concepto de bien jurídico-penal que defiende⁵⁴, pues el merecimiento de pena en los bienes jurídicos colectivos se justifica por la relación teleológica que guardan en relación con las posibilidades de participación del individuo en sociedad, en el marco del modelo personalista consagrado en la Constitución, es decir, en orden al desarrollo libre y digno del individuo⁵⁵.

Con esas restricciones, considero superados los temores de un sector doctrinal en el sentido de que la protección de bienes jurídicos colectivos, en el

seno de un Estado social intervencionista, puede convertirse en una injustificada expansión del Derecho Penal, contradictoria con los principios de mínima intervención penal y el programa despenalizador⁵⁶. Ciertamente, si se entiende el proyecto de reducción penal según los principios de tutela exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad⁵⁷, podrá concluirse que éste no se limita a la simple descriminalización de los comportamientos bagatelares o mejor controlables en sede extra-penal, sino que conlleva a incriminar aquellos que son merecedores y necesitan de la reacción punitiva en orden a su prevención. Por ende, la mínima intervención se sustenta en un conjunto de procesos de entrada y salida, de criminalización y descriminalización, de acuerdo con los baremos que proporcionan los principios de merecimiento y necesidad de pena en el modelo de Estado social y democrático de Derecho⁵⁸. Asimismo, con la postura aquí defendida se difuminan las dudas sobre la pretensión de atribuir al Derecho Penal una misión promocional⁵⁹ que corresponde a otros medios de control social, y se evade el riesgo de administrativizar la reacción punitiva mediante el común recurso al Derecho Penal accesorio o complementario⁶⁰, de similar contenido material que el Derecho Administrativo sancionador⁶¹. En

⁵² BUSTOS, PE, cit., p. 6, diferencia los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con su funcionamiento. Los primeros permiten la existencia del sistema social, son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales e inciden en las relaciones microsociales como la vida humana o la salud individual. De otro lado, los bienes relacionados con el funcionamiento del sistema se refieren a las relaciones macrosociales. Sin su protección el sistema puede existir pero no funciona adecuadamente, pues están al servicio de las bases del sistema, por lo que implican una actividad de intervención para corregir sus disfunciones como ocurre con el ambiente natural, la fe pública o la libre competencia. Ahora bien, el autor distingue dentro de esta última categoría de bienes: los colectivos, los institucionales y los de control. Los colectivos se refieren intrínsecamente a las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, son bienes presentes de forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra, su afección impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc. En el mismo sentido, la 3ª ed. 1997.

⁵³ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34. La autora advierte que, por contra, si los bienes jurídicos colectivos, como proponen Hassemer, Padovani y Terradillos, "no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, (entonces) no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual", negrita entre paréntesis fuera de texto.

⁵⁴ CARO. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal", cit.

⁵⁵ Vid. los artículos 1 y 2.1 de la Constitución del Perú. Similar, artículo 10.1 de la Constitución española, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. El delito de lesiones. Universidad de Salamanca 1982, pp. 66ss.

⁵⁶ Como se cuestiona MIR PUIG. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la reforma penal". En: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona; Ariel 1994, p. 152. CUELLO CONTRERAS. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal". En: ADPCP. (1981) pp. 472ss.

⁵⁷ Sobre estos principios Vid. mis trabajos CARO CORIA. La protección penal del ambiente. Lima, B,M&U 1995, pp. 85ss. "Sistema penal y mínima intervención". En: THEMIS - Revista de Derecho No. 27-28. (1994) pp. 183ss.

⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En: CPC. No. 39. (1989) p. 740.

⁵⁹ Lo que sí sustenta BERDUGO. Honor y libertad de expresión, cit., p. 16.

⁶⁰ El «Nebenstrafrecht» del Derecho Penal alemán.

⁶¹ MIR. "Sobre el principio", cit., p. 154.

efecto, ya en otra oportunidad he negado rotundamente que el Derecho Penal deba constituirse en un apéndice del control administrativo pues ello nos llevaría a vaciar de contenido material el bien jurídico-penal y nutrirlo con un formalismo peligroso de matiz funcionalista radical⁶². En ese sentido, la delimitación del objeto de tutela, en función de los citados principios de merecimiento y necesidad, margina la temida administrativización y cualquier intento de atribuir al Derecho Penal funciones ideológicas promocionales, acentuándose por contra su función protectora de los valores fundamentales de la colectividad⁶³. En esta última línea de ideas, es impropio señalar que nos hallamos ante un bien jurídico supraindividual, porque no estamos ante una categoría que se halle «por encima» o «más allá» del individuo, pues los bienes colectivos están en función de todos los miembros de la sociedad, es decir, al servicio de cada ciudadano, de modo que la expresión «colectivo» excluye toda discriminación, beneficio unilateral o parcialidad en la protección. En coherencia con ello, los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales⁶⁴, de modo que su tutela sólo se justifica como forma autónoma y adelantada de protección de éstos últimos⁶⁵, adelantamiento que se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afeciones frente a las de orden microsociales.

8. Empero, estas ideas no necesariamente conllevan a justificar el recurso a los tipos de peligro abstracto⁶⁶, dado que dicho carácter complementario no implica que los delitos que se configuren para proteger bienes jurídicos colectivos hayan de ponerse, al definir su estructura típica, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. Por ello, no hay necesidad de recurrir a dicha fórmula de tipificación contraria al principio de lesividad, “ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto”⁶⁷, técnicas recomendadas, por ejemplo, por la Sección I del XV Congreso de la AIDP de 1994, relativa a los delitos contra el ambiente, cuando precisa que el elemento material mínimo de las infracciones penales debería ser “una acción u omisión que contravenga un texto legal o reglamentario y que cree un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente”⁶⁸.

Con todo, la discusión sobre la necesidad de instrumentar delitos abstractos de peligro ha cobrado gran actualidad en el terreno del Derecho Penal económico, de forma que un sector los considera esenciales en el marco de una política criminal con pretensiones de eficacia, para lo cual se ha sostenido últimamente que estos ilícitos no son ayunos de lesividad, pues siempre afectan la seguridad en el uso de los bienes⁶⁹.

⁶² Vid. CARO. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal”, cit., passim, donde me opongo al entendimiento de la misión del Derecho Penal como defensa de la vigencia de la norma, en el sentido que defienden Jakobs y sus epígonos. Vid. JAKOBS. *Strafrecht*. AT. 2ª ed. Berlin; W. de Gruyter 1991, 2/1-28, hay trad. 2ª ed. Madrid; Marcial Pons 1997. Del mismo, *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid; Civitas 1996, pp. 89ss. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid; Civitas 1996, pp. 15ss. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires; Ad-hoc 1996, passim.

⁶³ PORTILLA. “Principio de intervención mínima”, cit., p. 741.

⁶⁴ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., pp. 196-197. PÉREZ ALVAREZ. *Protección penal del consumidor*. Barcelona; Praxis 1991, pp. 51-53. En similar dirección, PAREDES. “Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»”, cit., pp. 219-220, señala p.e. que el ambiente “es un bien jurídico eminentemente «funcional», en el sentido de que posee sentido tan sólo por referencia a otros bienes e intereses ... se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco”, p. 219.

⁶⁵ RODAS MONSALVE. *Protección penal y medio ambiente*. Barcelona; PPU 1994, p. 29, en el terreno ambiental pp. 100-101, aunque sólo refiriéndose a la complementariedad respecto de la salud.

⁶⁶ En el ámbito del Derecho Penal económico la AIDP, en su XIII Congreso de 1984, recomendó (Sec. II, ítem 9) el uso de delitos de peligro abstracto. Asimismo, esta técnica fue considerada en la Resolución No. 1 Relativa a la protección del ambiente por el Derecho Penal, de la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, realizada en Estambul en 1990, cuyo apartado b) motiva examinar la oportunidad “De regular en éste ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, abstracto o potencial) con independencia del perjuicio efectivo”, negrita fuera de texto.

⁶⁷ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., p. 198. Similar, TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Barcelona; Ariel 1985, p. 36.

⁶⁸ Apartado II.8.b), en: RIDP. 1er. y 2do. trimestres. (1995) p. 76.

⁶⁹ KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main; Vittorio Klostermann 1989, passim. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico”. En: Varios Autores. *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. Madrid; BOE 1995, pp. 448ss. “La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión o de peligro”. En: *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá; Universidad del Externado de Colombia 1996, pp. 75-76, 80ss. Para este autor los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, conformado por la lesión, no del bien jurídico en sí mismo, sino de su seguridad, le sigue en España: CORCOY BIDASOLO. “Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”. En: ADPCP. (1989) p. 337.

o porque en ellos puede encontrarse un «disvalor potencial de resultado»⁷⁰. Por contra, otro sector entiende que debe primar el respeto a los principios esenciales como el de lesividad o determinación, de modo que sólo es posible recurrir a los tipos de lesión y peligro real o concreto⁷¹. A su vez, otra línea doctrinal considera que los principios básicos del Derecho Penal y las necesidades de eficacia, pueden salvaguardarse si se utilizan técnicas que contemplen como base mínima para la tipicidad la realización de un comportamiento *ex-ante* peligroso, y a las que algunos siguen denominando «peligro abstracto» y otros «fórmulas intermedias»⁷².

9. No obstante, debe reconocerse las mayores dificultades que plantea la concreción y estructuración de los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, frente a lo cual debe recurrirse a los criterios de merecimiento y necesidad de pena antes citados, pero teniendo presente además que generalmente nos hallamos ante relaciones de conflictividad entre múltiples intereses, de modo tal que la protección a instrumentarse no puede ser absoluta o pretenderse en términos de intangibilidad, sino más bien como producto de la ponderación de dichos intereses⁷³. Ciertamente, por ejemplo, en la protección del entorno natural, como señala Heine, existe en la mente del legislador un conflicto “entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro”⁷⁴. En esta línea de pensamiento, la ponderación de los con-

flictos sociales en relación a los bienes jurídicos individuales se efectúa en muchas ocasiones a través de las causas de justificación⁷⁵, sin embargo en relación a los colectivos, se efectúa principalmente al definir el bien jurídico y al estructurar el tipo penal⁷⁶.

En efecto, el binomio riesgo-seguridad no se aprecia maniqueamente en la actualidad, dada la enorme influencia del pensamiento utilitario (costo/beneficio) inherente a la lógica de los modelos económicos de mercado que imperan, de forma que la sociedad admite convivir con determinadas fuentes de peligro por los importantes beneficios que reportan⁷⁷. Dicho de otro modo, “**puesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico-concretamente aquí, su sector penal- autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos puedan llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos**”⁷⁸. Antes bien, pese a la «necesidad» de tolerar tales actividades, no se concibe que las conocidamente peligrosas se realicen sin someterse a un conjunto de reglas de conducta que, sustentadas en una finalidad preventiva y generalmente desarrolladas por la Administración, tienen como objetivo disminuir la probabilidad de que tales peligros se realicen en resultados lesivos para los bienes jurídicos. De esta forma, el ordenamiento jurídico limita la realización de las actividades peligrosas mediante la imposición de niveles de riesgo permitidos, es decir, que conductas en sí

⁷⁰ LAURENZO. El resultado, cit., pp. 180ss.

⁷¹ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., pp. 161ss., 207, 234ss.

⁷² SCHRÖDER. “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”. En: JZ. (1967) pp. 522ss. “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”. En: ZStW. (1969) pp. 7ss. GALLAS. “Abstrakte und konkrete Gefährdung”. En: Festschrift für Heimitz. Berlin; W. de Gruyter 1972, pp. 171ss. TORIO LOPEZ. “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”. En: ADPCP. (1981) pp. 825ss.

⁷³ PEDRAZZI. “El bien jurídico en los delitos económicos”. En: La reforma penal: delitos socio-económicos. Universidad de Madrid 1985, pp. 282-284.

⁷⁴ HEINE. “Accesoriedad administrativa”, cit., p. 292.

⁷⁵ Vid. por todos ROXIN. Política criminal y sistema del Derecho Penal. Barcelona; Bosch 1972, pp. 55ss. Antes bien, se viene imponiendo la idea de que en la determinación del «núcleo esencial» de los derechos fundamentales es necesario acudir a la técnica de la ponderación de intereses, muy común por ejemplo, para resolver la tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Vid. por todos ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1993. No obstante, los derechos fundamentales no se equiparan con el concepto de bien jurídico-penal, aunque debe reconocerse una relación más estrecha en el ámbito de los bienes jurídicos individuales.

⁷⁶ MÉNDEZ. Los delitos de peligro, cit., p. 34.

⁷⁷ SCHÜNEMANN. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. En: JA. (1975) p. 576. GÓMEZ PAVÓN. El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Barcelona; Bosch 1992, p. 104.

⁷⁸ PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 26.

mismas peligrosas son permitidas siempre que se respeten los límites de riesgo, mientras que la violación de tales límites puede determinar la antijuricidad de la conducta⁷⁹. En tal medida, cobra relevancia penal la institución del riesgo permitido, sobre la cual se discute aún su concepto, contenido, funciones y autonomía sistemática⁸⁰, pero existe cierta unanimidad en reconocer su rendimiento en la resolución de casos en donde la autorización general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien se deriva de considerar el concurso de otros intereses⁸¹, mercedores también de tutela, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección, en función de la ponderación de todos los intereses concurrentes⁸².

10. Ahora bien, cuando los bienes colectivos constituyen entidades macrosociales⁸³, entonces su efectiva lesión o puesta en concreto peligro no puede lograrse muchas veces a través de una mera conducta individual⁸⁴, sino mediante la reiteración generalizada de comportamientos que violan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento⁸⁵. Debido a ello, actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schönemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado"⁸⁶, a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente

imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo.

Precisa Rodríguez Montañés que "aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales (**individuales**), sino de proteger **otros bienes (colectivos)** cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (...) Siendo así, es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial (**colectivo**) que mediatamente se protege, pues **formalmente estamos ante delitos de lesión (respecto del bien intermedio ...)**. En cuanto a las exigencias del tipo subjetivo, es también irrelevante la referencia al bien jurídico (**colectivo**) mediatamente protegido: el dolo o la imprudencia del sujeto han de referirse sólo a los elementos típicos (...) sin necesidad de corrección alguna. Es suficiente con la lesión del objeto o bien «representante» (**o intermedio**) y con que el dolo o la imprudencia se refieran a ella"⁸⁷.

A mi juicio este punto de partida es esencialmente correcto, mas de allí, no se puede sostener que la técnica más adecuada para tutelar los bienes jurídicos colectivos son los delitos abstractos de peligro a través de la tipificación de la afectación de un "bien intermedio con función representativa"⁸⁸. Por el contrario, considero que esta acotación del bien colectivo o su mayor delimitación como bien inter-

⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid; UCM 1994, pp. 6-7.

⁸⁰ MAIWALD. "De la capacidad de rendimiento del concepto «riesgo permitido», para la sistemática del Derecho Penal". Bogotá: Universidad Externado de Colombia 1996, pp. 11ss.

⁸¹ Sin embargo, como se indicó, MÉNDEZ. Los delitos de peligro, pp. 34-35, considera que, en el terreno de los bienes jurídicos colectivos, la resolución de la conflictividad de los diversos intereses concurrentes puede arbitrarse mediante la propia determinación del bien jurídico y al estructurar el tipo penal. De allí que sea sostenible un concepto formal de «riesgo permitido», como propone MAIWALD. "De la capacidad", cit., pp. 35ss.

⁸² PAREDES. El riesgo permitido, cit., p. 517.

⁸³ Por ejemplo, la libre competencia, la salud pública, la estabilidad del ecosistema, etc.

⁸⁴ Por contra, ello sí puede suceder respecto de los bienes jurídicos colectivos reconducibles a bienes individuales, en cuyo caso los tipos incriminan conductas potencialmente lesivas, por ejemplo, para la vida o la salud de las personas, como ocurre en determinados delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 379ss. del Código Penal). Vid. RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 299-300.

⁸⁵ Ibid., pp. 300-301.

⁸⁶ SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen", cit., p. 798. Asume esta denominación, ROXIN. *Strafrecht*. AT. T.I. München; C.H. Beck 1992, 11/126. JAKOBS. AT, cit., 6/88, se refiere a los "delitos que lesionan un objeto con función representativa", lo que parece más adecuado al erradicarse todo signo de «espiritualismo» del discurso dogmático.

⁸⁷ RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 300-301, negrita entre paréntesis fuera de texto.

⁸⁸ Lo que sí defienden RODRÍGUEZ. Delitos de peligro, cit., pp. 301-302. FIANDACA. "La tipizzazione del pericolo". En: DDDP. (1984) pp. 455ss. Para el ámbito del Derecho Penal económico, TIEDEMANN. Poder económico y delito, cit., p. 36. "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität". T. I: AT. Studium; Hamburg 1976, pp. 81ss., 86. "Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Übersicht". En: JuS. (1989) p. 691.

medio para el ámbito de la tipicidad⁸⁹, permite con mayor razón desterrar el uso de los tipos de peligro abstracto. Por cierto, aquellas conductas que afectan o lesionan directamente al bien intermedio equivalen, al menos, a una puesta en riesgo concreto del bien colectivo. En todo caso, los comportamientos que sólo ponen en riesgo al bien intermedio, es decir, los que podría entenderse originan un peligro abstracto para el bien colectivo, deben controlarse, a mi entender, fuera del Derecho Penal, dado que la relación con los bienes individuales es tan lejana o remota que no se justifica el merecimiento de pena, por lo que debe instrumentarse para tales supuestos la intervención del Derecho Administrativo sancionador al no configurarse un bien jurídico-penal.

11. De este modo, lo expuesto puede resumirse como sigue: los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Éstos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto.

III

12. Finalmente, en cuanto a los bienes colectivos, me interesa poner de relieve su relación con los denominados intereses difusos, cuya referencia en sectores específicos como la protección del ambiente⁹⁰, y en general dentro del terreno penal económico⁹¹, constituye un lugar común para la ciencia penal contemporánea. No obstante, la determinación del concepto, límites y funciones de los intereses difusos no es clara en la doctrina, más aún cuando se pretende sostener diferencias ontológicas en relación con los bienes jurídicos colectivos, de cara a conocer si nos hallamos ante una dualidad innecesaria o más bien frente a dos realidades que sirven a fines diversos o complementarios. Como es ampliamente conocido, la noción de interés difuso o difundido⁹² fue introducida en la ciencia jurídica por Sgubbi⁹³.

Así identificaba Sgubbi aquél interés o aspiración difundida, es decir, presente de modo informal y propagado a nivel masivo en determinados sectores de la sociedad, con un control sobre las posiciones jurídico-económicas dominantes, todavía excluidas a la participación, de modo que se trata de una estructura alternativa a la tradicional categoría de derecho subjetivo que ha informado al Derecho en general y también al Derecho Penal, pues el bien jurídico no sería más que una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatista de derecho subjetivo⁹⁴. En la doctrina española, es también conocida la definición introducida por Lozano-Higuero y Pinto, según la cual difuso es el

⁸⁹ En tal sentido, por ejemplo, en los delitos contra el ambiente natural (artículos 325 y siguientes del Código Penal español), no cabe duda que la protección del bien jurídico-penal estabilidad del ecosistema sería inútil si los tipos penales contemplaran directamente la lesión o el peligro de dicho bien, pues tal punto de partida obligaría a criminalizar conductas lo suficientemente graves para ello, es decir las catastróficas (lesión) o las encaminadas hacia tal meta (peligro), lo que sólo se lograría tipificando conductas omnicomprendivas, inciertas o vagas. Como ello no es conveniente político criminalmente, ni desde el punto de vista del principio de legalidad, es necesario tipificar los comportamientos en relación con bienes intermedios, o mejor dicho a través de aquellos objetos que en su interacción permiten la estabilidad del ecosistema: es decir el aire, el agua, los suelos, la flora y la fauna, Vid. CARO. La estabilidad del ecosistema, cit., pp. 217 y ss.

⁹⁰ SGUBBI. "Protección penal del medio ambiente en Italia". En: Protección internacional del medio ambiente y Derecho Ecológico. Bilbao; UPV 1987, pp. 162ss. En la misma publicación, CARBONELL MATEU. "En torno a los intereses de titularidad colectiva", pp. 215ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente". En: Documentación Jurídica. Vol 2. No. 37-40. (1983) p. 879. PERIS RIERA. Delitos contra el medio ambiente. Universidad de Valencia 1984, p. 24.

⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ. "Perspectivas actuales del Derecho Penal económico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. No. 1. (1993) pp. 65ss.

⁹² SERRANO MORENO. "El conflicto ecológico en el momento judicial del Estado de Derecho". En: JPD. No. 25. (1996) p. 82 nota 10, precisa que la traducción correcta del italiano «diffusi» sería «difundidos» y no «difusos».

⁹³ SGUBBI. "Tutela penale di «interessi diffusi»". En: LQC. (1975) pp. 439-481.

⁹⁴ Ibid., pp. 439, 449 y 446. En similar dirección, la clásica S 2207/1978 de la Corte Suprema Italiana de Casación define los intereses difundidos como aquellos "que en relación al objeto protegido, a las características y a la particular naturaleza de la normativa concerniente, son inadecuados para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos, pudiendo así dar lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas, con la consecuencia de que la disposición administrativa destinada a incidir sobre dichos intereses difusos no perjudica -en vía directa y actual- la esfera jurídica individual del sujeto", cit. por SERRANO. "El conflicto ecológico", cit., p. 82 nota 13.

“interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -expandible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal”⁹⁵.

13. Ahora bien, descritas sólo a modo de ejemplo las anteriores definiciones, cabe poner de relieve que han sido varias e infructuosas las pretensiones doctrinales de diferenciar con certeza los intereses difusos de los colectivos, para lo cual se ha recurrido a variados criterios como la titularidad, el grado de organización, la divisibilidad del bien o su uso dentro de una rama del ordenamiento jurídico, entre otros⁹⁶. No obstante, en la doctrina penal González Rus ha demostrado que las únicas diferencias entre ambas categorías son «formales», es decir, de tratamiento jurídico, y no sustanciales, pues “sólo los intereses difusos que tienen una base organizada y directamente reconocible (colectivos) pueden llegar a tener reconocimiento y actuación jurídica, aunque sustancialmente y en su existencia prejurídica unos y otros son equivalentes”⁹⁷.

De igual modo, precisa Pérez Alvarez que los “bienes jurídicos colectivos y difusos son en esencia equiparables y las diferencias observadas no son sino de carácter formal (...). En definitiva no hay una diferencia de concepto entre tales objetos jurídicos sino una diferencia referente al tratamiento jurídico, no sustancial o de tutela jurídica”⁹⁸. Por tales motivos, Mateos Rodríguez-Arias entiende que si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el

momento en que se traspassa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, éste se habrá convertido en un interés colectivo, de suerte que no es otra cosa que “el interés difuso jurídicamente reconocido”⁹⁹. En similar línea, últimamente Bujosa Vadell, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio procesal de los intereses de grupo, ha concluido que la distinción entre intereses colectivos y difusos es relativa y poco neta, “que en todo caso tendría solamente un valor descriptivo pero no trascendencia jurídica. Es sólo un dato exterior el que cambia, no nos añade nada, sólo tiene eficacia descriptiva. La diferencia está en que los intereses colectivos implican una mayor determinación que facilita la identificación del portador, allanándose de éste modo las dificultades para su protección”¹⁰⁰.

14. Empero, y sin perjuicio de reconocer la virtud de éstas opiniones, considero que en el ámbito penal material el valor de los intereses difusos debe medirse por su utilidad en el terreno dogmático. En tal sentido, considero que esta categoría carece de trascendencia para el Derecho Penal¹⁰¹, pues no añade algo conceptualmente nuevo ni permite extraer consecuencias dogmáticas ciertas, sino más bien confusiones por su ambivalencia: por un lado, su semejanza con los bienes colectivos ha motivado infructuosos esfuerzos diferenciadores; y por otra parte constituye una concepción más bien opuesta al concepto material de bien jurídico-penal como ha demostrado Bustos Ramírez¹⁰².

Ciertamente, el concepto de interés difuso nació con Sgubbi como una categoría alternativa o superadora del concepto material de bien jurídico. De esta

⁹⁵ LOZANO-HIGUERO Y PINTO. La protección procesal de los intereses difusos. Madrid; Rufino Blanco 1983, p. 155.

⁹⁶ BUJOSA VADELL. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Barcelona; J.M. Bosch 1995, pp. 98ss. ACOSTA ESTÉVEZ. Tutela procesal de los consumidores. J.M. Bosch 1995, pp. 38ss.

⁹⁷ GONZÁLEZ RUS. Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal. Madrid; Instituto Nacional de Consumo 1986, pp. 84-85.

⁹⁸ PÉREZ. Protección penal del consumidor, cit., pp. 49-50, citando a Federici.

⁹⁹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS. Derecho Penal y protección del medio ambiente. Madrid; Colex 1992, pp. 37-39.

¹⁰⁰ BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 102-103, apoyándose en Trocker, Guercio, Mariani, Mazzacane, Virgilio y Sensale.

¹⁰¹ Al margen de la que pueda sostenerse p.e. en el terreno procesal penal, en orden a salvar problemas de legitimidad procesal o relacionados con la idoneidad de las vías procesales y el valor de las sentencias, Vid. GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT. “La protección procesal del medio ambiente”. En: PJ. N° 37. (1995) pp. 141ss. GERMÁN MANCERO. “La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso”. En: CPC. N° 55. (1995) pp. 239ss. Sin embargo, es posible evitar la dualidad colectivo/difuso e instrumentar una tutela unitaria desde perspectivas generales, como la de “intereses de grupo”, y en todo el ámbito procesal, sea civil, penal, laboral o administrativo, Vid. BUJOSA. La protección jurisdiccional, cit., pp. 107ss.

¹⁰² BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., pp. 187-188.

manera, se erigió para evadir la limitada concepción de «derecho subjetivo», especialmente los de propiedad e iniciativa económica, pues los intereses difusos se conciben como fruto de la articulación de una vasta exigencia política de satisfacción de necesidades esenciales y de participación en el proceso económico, por lo que se trata de una instancia de antagonismo a las posiciones económico-jurídicas dominantes, que expresarían una aspiración de igualdad y libertad sustanciales. Consecuentemente, el bien jurídico, dado su carácter liberal individualista, sería incapaz de aprehender dicho antagonismo, de servir a una concepción alternativa, de forma que resultaría necesaria una nueva conceptualización, que sería la de los intereses difusos¹⁰³. Esta desconfianza frente al bien jurídico, según la cual éste sería un concepto meramente formal asentado en una visión burguesa del control penal, ha sido calificada por Bustos Ramírez como una crítica extra o metasisemática extrapolable por igual, por ejemplo, a los principios de libertad e igualdad, nacidos también en el seno de la ideología burguesa, sin que por ello las posiciones «alternativas» hayan propuesto su erradicación, sino más bien la profundización de éstos para alcanzar un concepto material. Por ello, entiende Bustos que tampoco se trata de abandonar el concepto de bien jurídico porque surgió en una sociedad burguesa, “sino de sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él”¹⁰⁴, lo que bien puede lograrse mediante su articulación al modelo de Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución española), de forma que el bien jurídico-penal, en su faceta colectiva o macrosocial, permita teórica y pragmáticamente satisfacer las nuevas necesidades o demandas sociales de protección, como se ha defendido aquí.

15. De otra parte, debe también ponerse de relieve que la viabilidad del ambicioso proyecto de los intereses difusos, ha sido objeto de importantes críticas como las sostenidas por Portilla Contreras, para quien no es posible verificar en la realidad la existencia de una política alternativa de bienes jurídicos ni la posibilidad de un uso alternativo del Derecho¹⁰⁵, como Sgubbi pretendía.

Portilla parte de constatar que la protección de los bienes colectivos, si bien se orienta a sancionar conductas funcionales con el sistema, como se evidencia por ejemplo en la criminalización de la contaminación ambiental, la ineficacia verificada en el plano de la criminalización secundaria nos acerca a la política habitual consistente en sancionar sólo las conductas disfuncionales, lo que impide sostener la presencia de una política alternativa¹⁰⁶. De esta forma, concluye Portilla Contreras señalando que el proyecto de Sgubbi comete el error de separar la forma jurídica de la estructura económica, limitándose a operar no en las relaciones de producción sino en los agentes de distribución¹⁰⁷.

16. Pues bien, todas las críticas referidas demuestran la insuficiencia epistemológica del concepto de interés difuso, así como su incapacidad de dispensar una base sólida y cierta sobre la cual erigir una protección penal que, respetando el principio de mínima intervención, permita salvaguardar los intereses trascendentales en la sociedad. Por estos motivos, considero adecuado su destierro de la ciencia penal¹⁰⁸, más aún porque la categoría de los bienes jurídicos colectivos, delimitados en términos de merecimiento y necesidad de pena, permite abordar con eficacia y garantismo la tutela de aquellos «intereses que pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos».

¹⁰³ SGUBBI. “Tutela penale”, cit., pp. 439ss.

¹⁰⁴ BUSTOS. “Los bienes jurídicos”, cit., p. 190.

¹⁰⁵ PORTILLA. “Principio de intervención mínima”, cit., pp. 742.

¹⁰⁶ Ibid., p. 742. Precisa Portilla que la tesis de Sgubbi “adolece del defecto de basarse en una teoría como la del uso alternativo del Derecho que olvida, que en la fase asistencial del Estado como período inherente al capitalismo tardío, los efectos de aquella tesis repercuten directamente sobre las mismas clases sociales a las que se pretende defender (...) si se considera que el ordenamiento jurídico es consecuencia de las relaciones de poder en el seno del aparato estatal, hablar de un uso alternativo del Derecho como estrategia de lucha contra dichas relaciones, es ilusorio”, p. 743.

¹⁰⁷ Ibid., p. 744.

¹⁰⁸ En igual sentido CARBONELL. “En torno a los intereses”, cit., p. 216, para quien incluso “habría que plantearse si, en el fondo, no se ha tratado de restringir el ámbito de protección de los intereses colectivos, so pretexto de que se trataba de difusos”.

OBEDIENCIA DEBIDA COMO DEFENSA PARA LOS CRIMINALES DE GUERRA EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

Ana Cecilia Mac Lean M.
Abogada
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Georgetown

INTRODUCCIÓN

La obediencia debida como excusa o justificación de responsabilidad penal ha sido materia de debate desde el siglo XVI.¹ Sin embargo, aún no se ha logrado una solución al dilema que esta defensa intenta resolver.

En algún momento de la vida, todos tienen una autoridad superior con el poder de dictar órdenes, las cuales deben obedecer. Esto sucede tanto en la vida civil como en la vida militar. Sin embargo, algunas órdenes son, por su naturaleza, ilegales o inmorales; órdenes que no tienen que ser obedecidas, y si lo son, quien las ejecuta lo hace bajo su propia responsabilidad.

Esta opción, en muchos casos inexistente, no es tan latente en la vida militar, donde los soldados están entrenados para obedecer las órdenes de sus superiores. Este deber de obediencia es la piedra angular de la disciplina y estrategia militar. Así, el subordinado tiene que enfrentarse con el dilema de obedecer una orden que viola la ley penal y por consiguiente ser responsable penalmente, o de acatar la ley y violar su deber de obediencia a su superior y recibir el castigo por hacerlo.²

Este trabajo es un estudio comparado de cómo el Derecho nacional e internacional tratan el dilema de la obediencia debida y su utilización como defensa en el contexto de los procesos contra los criminales de guerra. Este estudio se enfoca principalmente en casos del siglo XX.

Muchas pueden ser las opiniones sobre la obediencia debida como justificación de la responsabilidad penal de sus actores, por este motivo, es un tema de constante debate en la doctrina internacional.

La autora, desde la perspectiva del Derecho Internacional y apoyándose además en las respuestas de diversas legislaciones internas busca dar solución a este evidente conflicto de derecho.

Debido a que la obediencia debida es un tema que sobrepasa el ámbito de la disciplina militar, su inclusión como materia de debate en sociedades como la nuestra, debe ser de singular importancia a raíz de la búsqueda de un verdadero Estado de Derecho.

¹ L.C. Green, "Superior Orders and the Reasonable Man". En: *Essays on the Modern Law of War*, Transnational Publishers Inc., 1985, p. 49.

² Yoram Dinstein, *The Defense of Obedience to superior Orders in international Law*, A. W. Sijthoff, 1965, p. 7

La parte I describe el dilema, tanto práctico como teórico, que representa la obediencia debida. La parte II describe las tres doctrinas que tratan el tema de responsabilidad penal de los subordinados cuando ejecutan órdenes de sus superiores. La parte III analiza la legislación nacional de tres países; Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Alemania, y la aplicación de éstas en sus respectivas cortes. La parte IV describe la inexistencia de legislación en el ámbito internacional con respecto a este tema, y a modo de ejemplo, se señala cómo el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg trató esta materia.

I. EL DILEMA DE LA OBEDIENCIA MILITAR

La pregunta de si la obediencia a un superior es un escudo bajo el cual los criminales se pueden proteger del brazo de la ley ha sido materia de discusión de corrientes filosóficas en los sistemas jurídicos de Derecho nacional.³ Ofensas cometidas de acuerdo a órdenes de un superior ocurren cada vez que existe una relación jerárquica de superior a subordinado, y donde dentro del contexto de esta relación el subordinado está sujeto al deber de obediencia a las instrucciones y órdenes de su superior.⁴

Militares y civiles se encuentran frecuentemente en ese tipo de relación de superior-subordinado. Sin embargo, el dilema que el subordinado enfrenta cuando su superior le da una orden ilegal es mucho más fuerte en el contexto militar en tanto los soldados, por la naturaleza misma de su profesión, tienen un deber de obediencia mayor que los civiles.⁵

La piedra angular del cuerpo militar es la disciplina, esto es, la necesidad de que todos y cada uno de los subordinados obedezcan las órdenes de sus superiores. El éxito de la estrategia y objetivo militar, la victoria en el campo, la vida tanto de soldados como de civiles y la seguridad de cada nación dependen de la obediencia total, sin dar lugar a duda frente a las órdenes en tiempo de guerra o emergencia. Reconociendo la necesidad de disciplina en el cuerpo militar, muchos sistemas jurídicos nacionales, a través de decretos militares, han impuesto un deber

legal de obediencia sobre los subordinados a las órdenes de sus superiores, bajo la amenaza de que la desobediencia de dichas órdenes implicaría la imposición de sanciones severas para el insubordinado, especialmente en tiempo de guerra o en presencia del enemigo.⁶

Si bien la obediencia de órdenes no presenta problema alguno cuando estas son legales, este deber entra en conflicto con la necesidad de mantener la supremacía del Derecho cuando el subordinado se enfrenta a una orden que, si bien debe ejecutar, es en sí misma una orden ilegal.⁷ No cabe duda de que el principio de disciplina militar y el de supremacía del Derecho entran en conflicto cuando a un subordinado se le exige el cumplimiento de una orden ilegal.

El dilema práctico con el que se enfrenta el receptor de dicha orden es severo. Por un lado, si el subordinado decidiera cumplir con la orden ilegal, estaría violando normas de Derecho Penal y sería debidamente penado por ello. Por otro lado, si el subordinado se rehusara a cumplir la orden ilegal y acatar la ley, estaría violando el deber de obediencia a sus superiores y sería severamente sancionado.⁸

Dicey, describiendo la opción a la que se enfrenta un subordinado ante una orden ilegal, señala que la posición de un soldado es muy difícil tanto en la teoría como en la práctica. Si desobedece la orden probablemente será penado a muerte por una corte marcial, y si la obedece, será probablemente colgado por un juez y un jurado.⁹

Este dilema presenta un problema teórico en el sistema jurídico mismo. Vemos que un soldado, enfrentado a este dilema, deberá tomar una opción, por la cual será declarado culpable, ya sea que cometa el acto criminal como si se rehusa a hacerlo. Así, encontramos que el sistema jurídico está lleno de incongruencias. Pero, si un soldado es responsable solamente en uno de los dos casos, surgen ciertas dificultades. Por un lado, si un soldado al obedecer una orden ilegal arriesga su vida, pero es exonerado

³ Idem., pág. 5.

⁴ Jeanne L. Bakker, *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 17 Am.J.Crim.L.55 (1989) pág. 55.

⁵ Idem., pág. 55.

⁶ Dinstein, supra 2, pág. 6.

⁷ Bakker, supra 4, pág. 55.

⁸ Dinstein, supra 2, pág.7.

⁹ A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London Mac Millan, 10th ed. 1959, pág. 303.

si comete un crimen en el cumplimiento de dicha orden o puede desobedecerla con impunidad, vemos entonces que esta solución incita a la insubordinación y perjudica la disciplina militar.¹⁰

Por lo tanto, no cabe duda de que, dada la existencia del deber de obediencia como piedra angular de la disciplina militar y la necesidad de preservar la supremacía del Derecho, una orden ilegal dictada por un oficial superior representa un dilema práctico para el subordinado y un dilema teórico para los sistemas jurídicos nacionales, y, en consecuencia, representa un dilema para el Derecho Internacional.

II. TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUBORDINADOS

De acuerdo a L.C. Green, cada individuo, independientemente de su rango o *status* en el gobierno, es personalmente responsable por cualquier crimen que cometa.¹¹ No obstante, es necesario tomar en cuenta el deber de obediencia al que está sujeto cada subordinado. Al definir los límites del deber de obediencia es importante determinar si el cumplimiento de una orden de un superior es una justificación en sí misma o una simple excusa, o si inclusive se trata sólo de un elemento a ser considerado conjuntamente con otros en el contexto de otra excusa, como error o falta de intención criminal.¹² Más aún, al imponer responsabilidad a un subordinado cuando opta por cumplir una orden ilegal, se asume que dicho subordinado tiene conocimiento de la ilegalidad de la orden, por lo que es necesario recordar que un subordinado no siempre tiene conocimiento de los hechos necesarios para juzgar la legalidad o ilegalidad de una cierta orden.¹³ Una imposición de conocimiento de este tipo requeriría que un subordinado militar sea un abogado, además de soldado, para poder cumplir con un servicio sin ser penado.¹⁴

Durante años, los sistemas jurídicos nacionales se han esforzado por repeler las críticas de este difícil dilema de obediencia militar, y los expertos han tratado, sin mucho éxito, de responderlas.¹⁵ Hay, en efecto, tres doctrinas que buscan resolver el problema de si un subordinado que ha cometido un crimen tiene una defensa por el hecho de haber actuado de acuerdo a las órdenes de un superior. Las tres doctrinas son: la doctrina de responsabilidad absoluta; la doctrina de *respondeat superior*; y la doctrina de evidente ilegalidad.¹⁶

1. RESPONSABILIDAD ABSOLUTA

La doctrina de responsabilidad absoluta surgió como reacción a lo que muchos estudiosos temían que resultaría como consecuencia de la aplicación de la doctrina de *respondeat superior*.¹⁷ Cabe señalar que esta doctrina no es meramente una respuesta a la doctrina de *respondeat superior* sino más bien su antítesis,¹⁸ pues propone que la obediencia a las órdenes de un superior no es en sí misma suficiente para justificar o exculpar a un subordinado por un crimen cometido. De acuerdo con esta doctrina, un subordinado sólo debe cumplir las órdenes legales.¹⁹

Los proponentes de la doctrina de responsabilidad absoluta toman la posición extremista de que la obediencia a las órdenes de un superior no tiene un rol en la determinación de la culpabilidad penal. Sin embargo, una vez que la culpabilidad ha sido establecida, la prueba de la obediencia a las órdenes de un superior puede ser utilizada para mitigar la pena.²⁰

Claramente, la desventaja de la doctrina de responsabilidad absoluta es que no toma en consideración los problemas que enfrenta el subordinado

¹⁰ Dinstein, *supra* 2, pág. 7.

¹¹ L.C. Green, *Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 1973, pág. 292.

¹² Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noordhoff, 1978, pág. 142.

¹³ *Idem.*, pág. 141.

¹⁴ *Idem.*, pág. 143.

¹⁵ Dinstein, *supra* 2, pág. 8.

¹⁶ Keijzar, *supra* 12, pág. 150; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 8.

¹⁷ Bakker, *supra* 4, pág. 60.

¹⁸ Dinstein, *supra* 2, pág. 68.

¹⁹ Keijzer, *supra* 12, pág. 151; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 69.

²⁰ Bakker, *supra* 4, pág. 60.

que debe discernir entre las órdenes legales e ilegales.²¹ Es bien sabido que muchas órdenes no son claramente legales o ilegales, y esto puede causar que los subordinados duden en cumplir órdenes que no son claramente legales, por temor a cometer un crimen por el que serían declarados responsables.²²

Los proponentes de la doctrina de responsabilidad absoluta se apoyan en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional. Asimismo, alegan que el Derecho Internacional se vería frustrado si los criminales no fueran declarados responsables por sus acciones, y que la doctrina de *respondeat superior* sacrifica el Derecho Internacional por el bien de la disciplina militar.²³

2. RESPONDEAT SUPERIOR

De acuerdo a la doctrina de *respondeat superior*, la obediencia a las órdenes de un superior es, *a priori*, una defensa absoluta en una acción penal. La autoridad en la teoría legal internacional de esta doctrina, está en el volumen segundo de las cinco primeras ediciones del *Treatise of International Law* de Oppenheim.²⁴ Para esta doctrina la orden de un superior es en sí misma una justificación. La razón fundamental es que el sistema militar sólo puede funcionar si las órdenes de un superior deben proteger a un subordinado que cumple con ellas aunque la orden o el acto cometido en cumplimiento de ella sean contrarios al Derecho. La base de esta teoría es que los soldados tienen el deber de obedecer órdenes y por el interés de preservar la disciplina militar no se puede requerir menos.²⁵ Así, esta doctrina examina el problema práctico que surge del dilema que enfrenta el soldado ante una orden de un superior,²⁶ si esta defensa de *respondeat superior* es negada.

Muchos proponentes de la doctrina de *respondeat superior* fundamentan su posición en términos de un error de derecho de buena fe por parte del receptor de la orden.²⁷ Asimismo, alegan que el interés en preservar la disciplina militar requiere una obediencia inmediata y sin dudas. Garner, recapitulando este argumento, dice que la obediencia a las órdenes de un superior es el primer deber de un soldado y es absolutamente necesario para la disciplina militar. El soldado no puede discutir o cuestionar las órdenes que se le dictan, no puede juzgar la legalidad o ilegalidad de dichas órdenes, y si lo hiciera, su ignorancia de las leyes de guerra lo haría un juez incompetente.²⁸

De este modo, siguiendo la visión de Oppenheim, la conclusión es que cualquier solución fuera de los confines de la doctrina de *respondeat superior* será perjudicial para la disciplina militar.²⁹

3. EVIDENTE ILEGALIDAD

La doctrina de la evidente ilegalidad surgió de la búsqueda de los juristas de otras formas de solucionar el dilema de la obediencia militar. La doctrina de responsabilidad absoluta es inconsistente con la necesidad de la disciplina militar, mientras la doctrina de *respondeat superior* es inconsistente con el Derecho Penal.

Bajo esta doctrina, la defensa de obediencia a las órdenes de un superior está permitida siempre y cuando las órdenes no sean tan evidentemente ilegales que los subordinados no supieran o no pudieran haber sabido que eran ilegales.³⁰ La regla general de la doctrina de la evidente ilegalidad es que un subordinado debe ser responsable por sus actos si comete un crimen en el cumplimiento de una orden evidentemente ilegal, mientras que debía ser exonerado de culpa si comete un crimen en cumplimiento

²¹ Idem., pág. 61.

²² Keijzer, supra 12, pág. 151.

²³ Bakker, supra 4, pág. 61.

²⁴ Bakker, supra 4, pág. 56; Ver también Dinstein, supra 2, pág. 38.

²⁵ Keijzer, supra 12, pág. 151.

²⁶ Dinstein, supra 2, pág. 49.

²⁷ Bakker, supra 4, pág. 57.

²⁸ James W. Garner, *International Law and The World War*, Vol.2, London Longmans, 1920, pág. 484.

²⁹ Dinstein, supra 2, pág. 50.

³⁰ Bakker, supra 4, pág. 61.

de una orden de un superior cuya ilegalidad no es evidente. Claramente, este principio aplica una prueba objetiva basada en la inteligencia de un hombre razonable.³¹

El criterio aplicado generalmente es el elemento de conocimiento, ya sea a nivel subjetivo u objetivo: si el receptor de la orden tenía de hecho conocimiento de que la orden era ilegal, o si debía haberse dado cuenta de ello puesto que la ilegalidad de la orden era tan evidente.³² El criterio subjetivo es de esencial importancia, mientras que el criterio objetivo es auxiliar en aliviar la carga de la prueba en lo que respecta al conocimiento subjetivo del acusado. Asimismo, aunque el acusado o el subordinado no haya sabido de la ilegalidad de la orden, este hecho es irrelevante si la orden es evidentemente ilegal.³³

III. DERECHO NACIONAL

1. LEGISLACIÓN NACIONAL

1.1. Estados Unidos de América

Los artículos 90(2), 91(2) y 91 del Código Uniforme de Justicia Militar de 1950 (UCMJ) establecen que la desobediencia de órdenes legales es punible. La carga de la prueba de la ilegalidad de la orden está en el subordinado.³⁴

El Manual de las Cortes Marciales del Ejército de los Estados Unidos (1917) adoptó la doctrina de la evidente ilegalidad, estableciendo que las acciones de un oficial subordinado o de un soldado, en el cumplimiento de su deber, o de las órdenes de un superior, eran justificables y quien las realizara sería protegido contra las consecuencias, a menos que vayan evidentemente contra el ámbito de autoridad del superior y de un modo tal que un hombre razonable sabría que son ilegales.³⁵

El Manual de las Cortes Marciales de 1951 (MCM), en su artículo 197 b-2, requiere la aplicación de un criterio objetivo y subjetivo más detalladamente articulado que el Manual de 1917. El Manual de las Cortes Marciales de 1969, en su artículo 216 inciso d), solamente menciona los requisitos objetivos. Dicho Manual refleja la doctrina de evidente ilegalidad bien establecida en la jurisprudencia nacional de los Estados Unidos de América.³⁶

El Manual de Campo del Ejército (AFM) de 1914, en su artículo 366 establecía que un subordinado no asumía responsabilidad alguna si cometía un crimen en el cumplimiento de una orden del gobierno o de su comandantes, es decir, proponía la doctrina de *respondeat superior*. El AFM de 1940 establecía, en su artículo 345, que el hecho de que un crimen haya sido cometido en el cumplimiento de las órdenes de un superior puede ser tomado en consideración para la determinación de la culpabilidad del subordinado, como defensa o como un atenuante para mitigar la pena. El superior también podría ser penado. Este cambio se dio fundamentalmente para evitar que los alemanes y japoneses utilizaran esta defensa en los juicios realizados después de la Segunda Guerra Mundial.³⁷

El AFM de 1956 cambió para adherirse a la opinión mayoritaria del Derecho común americano, formulando un criterio tanto objetivo como subjetivo.³⁸ El artículo 501 establece que el comandante es responsable por los actos de sus subordinados. El artículo 509 inciso a) establece que el hecho de que las leyes de guerra hayan sido violadas en el cumplimiento de la orden de un superior no lo hace menos un crimen de guerra, a menos de que el subordinado no supiera y no pudiera haber sabido que dicha orden era ilegal. El acápite b) del mismo artículo 509 establece que, en la consideración de si el cumplimiento de una orden de un superior es una defensa válida, la Corte debe tomar en cuenta

³¹ Dinstein, *supra* 2, pág. 27.

³² Keijzer, *supra* 12, pág. 153.

³³ Dinstein, *supra* 2, pág. 29; Ver también Sheldon Glueck, *War Criminals, Their Prosecution and Punishment*, New York-Knopf, 1944, pág. 152-153.

³⁴ Keijzer, *supra* 12, pág. 153.

³⁵ *Idem.*, pág. 167.

³⁶ *Idem.*, pág. 168.

³⁷ Donal A. Wells, *War Crimes and Laws of War*, University Press of America (2d ed. 1991), pág. 72.

³⁸ M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda, *A Treatise on the International Criminal Law*, Vol. I, Charles Thomas Publisher, 1973, pág. 632.

el deber de obediencia de todo miembro de las Fuerzas Armadas.³⁹

Aún cuando el AFM no forma parte de la ley estatutaria nacional, cumple con una función declaratoria respecto al Derecho Internacional. No obstante, la conclusión es que las leyes de los Estados Unidos de América reflejan la adhesión a la doctrina de evidente ilegalidad.

1.2 Gran Bretaña

En los artículos 34 y 36 del Estatuto del Ejército (1955) y los respectivos artículos para la Marina y las Fuerzas Armadas, el no cumplimiento o desobediencia a las órdenes de un superior es punible sólo cuando la orden es legal.

El Manual Británico de la Ley Militar de 1914, editado por Oppenheim, que se adhirió a la doctrina de *respondeat superior*, establecía en su artículo 414 que los miembros de las Fuerzas Armadas que cometieran crímenes en el cumplimiento de órdenes de guerra, no podrán ser penados por el enemigo. Este Manual fue sustituido en 1944, rechazando la posición anterior y estableciendo que la obediencia a las órdenes de un superior no constituía una defensa válida.⁴⁰

El Manual Británico de 1958 mantuvo la posición del Manual de 1944 respecto a la ley nacional, mientras que respecto al Derecho Internacional, sigue la regla del artículo 8 del Convenio que establece el Tribunal Militar Internacional (TMI), y en su artículo 627 establece que la obediencia a una orden del gobierno o de un superior, o de una ley nacional o reglamento, no constituye defensa alguna al cargo de comisión de un crimen de guerra, pero puede ser considerado como atenuante para mitigar la pena.⁴¹

De este modo concluimos que la ley británica pone el peso de la responsabilidad en los subordinados al adherirse a la doctrina de responsabilidad absoluta.

1.3. Alemania

De acuerdo con el artículo 47 del Código Penal Militar de 1872, un subordinado que comete un crimen en cumplimiento de la orden de un superior, no estaba sujeto a responsabilidad penal. Esta regla no se aplica cuando el subordinado sabe que las órdenes incluyen una acción que constituye un crimen o una falta. Esto refleja un criterio subjetivo para determinar la responsabilidad.⁴² Sin embargo, la desobediencia de órdenes era punible sin tomar en cuenta su legalidad. Esta regla se encuentra en los artículos 92 y 94 del mismo Código, los cuales definen las ofensas de desobediencia y de rehusarse a obedecer.⁴³

El Código Penal Militar de 1957 buscaba seguir la ley Anglo-Americana y rechazó el criterio puramente subjetivo presente en el artículo 47 del Código Penal Militar de 1872. El artículo 51 del Código Penal Militar de 1957 aplica la doctrina de evidente ilegalidad. Este artículo es equivalente al artículo 11(2) del Estatuto del Soldado Alemán de 1956. La obediencia a las órdenes de un superior constituye una defensa válida a menos que la ilegalidad de la orden haya sido conocida por el subordinado o sea evidente, dadas las circunstancias, que debió ser conocida.⁴⁴ Queda claro que la ley alemana no protege al soldado que sabe que una orden es ilegal. Asimismo, se presume que el soldado tenía conocimiento de dicha ilegalidad si la orden es universalmente conocida, sin lugar a dudas, como ilegal.⁴⁵

2. CASOS ANTE LAS CORTES NACIONALES

2.1 Estados Unidos de América

Durante el siglo XIX, la doctrina de responsabilidad absoluta se aplicó tanto en las acciones civiles como penales. Al mismo tiempo, la doctrina de *respondeat superior* estaba siendo aplicada en ambos tipos de acciones. Una corriente filosófica que comenzó a desarrollarse en el siglo XIX y continuó en el siglo XX, establecía más claramente en qué casos la obediencia a las órdenes de un superior constituiría una

³⁹ FM 27-10. *Department of the Army Field Manual*.

⁴⁰ Bassiouni and Nanada, *supra* 38, pág. 631; Ver también Gluek, *supra* 33, pág. 150.

⁴¹ Keijzer, *supra* 12, pág. 189.

⁴² Dinstein, *supra* 2, pág. 10-15; Ver también Gluek, *supra* 33, pág. 153.

⁴³ Keijzer, *supra* 12, pág. 188.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 190.

⁴⁵ Glueck, *supra* 33, pág. 152; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 17.

defensa válida y en qué casos no. Esta corriente es la que llamamos la doctrina de la evidente ilegalidad.⁴⁶

En el caso *In Fair et al.*, 100 f. 149 (1990), la corte decidió que la ilegalidad de la orden no era tan evidente y palpable para una persona con conocimiento ordinario. Por lo tanto, el soldado que actuó de buena fe y sin intención criminal estaba obligado a obedecer dicha orden, protegido de toda responsabilidad. En el caso *United States vs. Kinder*, ACM 7321, 14 CMR 742 (1954), el Comité de Apelaciones de la Fuerza Aérea estableció que la base de todo principio de Derecho contenido en el MCM y cualquier otra autoridad militar o civil es que el soldado no es un autómatas; que cuando una orden es evidentemente ilegal y va más allá de la autoridad del superior que dicta, de manera que una persona con conocimiento y sentido común podría darse cuenta de ello, la obediencia a las órdenes de un superior no constituye una defensa válida.⁴⁷

En el caso *United States vs. Calley*, CM 426402, 46 CMR 1131 (1973), la corte estableció que las acciones de un subordinado en el cumplimiento de las órdenes de un superior, están justificadas y no imponen responsabilidad penal, a menos que bajo las circunstancias una persona con conocimiento y sentido común pudiera saber que la orden es ilegal, o si el subordinado en efecto tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.⁴⁸

Los procedimientos en Nuremberg fueron presentados ante el gobierno militar de la zona de ocupación estadounidense a través de tribunales militares estadounidenses, es decir, nacionales. Estos procedimientos fueron conducidos bajo la Ley del Consejo de Control Número 10. Esta Ley establece en su artículo II 4 b), que el hecho de que una persona cometa un crimen en cumplimiento de las órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de responsabilidad penal, pero puede ser tomado en cuenta para mitigar la pena.⁴⁹

De todas las decisiones tomadas por los tribunales estadounidenses relacionadas con la defensa de obediencia debida a un superior, el caso *Einsatzgruppen* sea quizás el más comprensivo. En dicho caso, el tribunal estableció que si la naturaleza de la orden va más allá de la autoridad del superior, el subordinado no podrá argüir ignorancia sobre la criminalidad de dicha orden. El tribunal también estableció que la obediencia de un soldado no es la de un autómatas. El soldado es una persona con razonamiento propio, no es una máquina y no debe esperarse que responda como tal.⁵⁰

Por lo tanto, la conclusión debe ser que las cortes nacionales de los Estados Unidos de América han establecido su adherencia a la doctrina de la evidente ilegalidad.

2.2. Gran Bretaña

Aún en el siglo XVII, en el caso *Axtell* (1661) *Kelyn* 13; 84 E.R. 1060, la doctrina seguida por la corte fue la de responsabilidad absoluta, la cual no permitía alegar como defensa la obediencia a un superior. Sin embargo, para el siglo XIX la doctrina de evidente ilegalidad ya se había establecido en el Derecho anglosajón. En el caso de *Regina vs. Smith*, 17 S.C.R. 561 (Cabo de Buena Esperanza 1900), la corte sostuvo que si el soldado creía honestamente que estaba cumpliendo con su deber al acatar la orden de un superior y dicha orden no era evidentemente ilegal como para que se percatara o haya debido percatarse de que era ilegal, entonces el soldado sería protegido por las órdenes de su superior.⁵¹

De los casos más recientes, como *Rex v. Taylor*,⁵² (1940) y *Regina v. Ball and Loughlin*, 50 *Criminal Appeal Reports* 266 (1966), podemos concluir que el cumplir con la orden de un superior no implica una defensa en sí misma; ésta solo puede tomarse como un factor que ayuda al acusado a negar la intencionalidad de cometer determinado crimen. Esto queda reducido a la aplicación de la doctrina de responsabilidad absoluta.⁵³

⁴⁶ Keijzer, *supra* 12, pág. 155 - 158.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 161 - 163; Ver también Gluek, *supra* 33, p160g. 148.

⁴⁸ *United States vs. Calley*, CM 426402, 46 CMR 1131, 1187 (1973).

⁴⁹ Dinstein, *supra* 2, pág. 163.

⁵⁰ Glenn, *supra* 1, pág. 63; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 178-179.

⁵¹ Keijzer, *supra* 12, pág. 172-173.

⁵² *Rex v. Taylor*, *The Law Journal*, Dec. 7, vol. XC, 1940, 227 citado en *Id.*, p. 176.

⁵³ *Id.*, p. 176.

2.3. Alemania

Ante la imposibilidad de actuar, a causa del Tratado de Versalles de 1919 de la Primera Guerra Mundial, con respecto a la entrega por parte del gobierno alemán de los criminales de guerra alemanes para someterlos a juicio; las fuerzas aliadas coincidieron en que las condiciones internas de Alemania eran adecuadas y aceptaron la propuesta de que dichos criminales sean llevados a juicio en la Corte Suprema de Justicia de Leipzig. El juicio de Leipzig representó para muchos una farsa, sin embargo, las soluciones dadas por la Corte alemana al problema de obediencia debida a un superior, han tenido gran impacto en el resto del mundo.⁵⁴

En el caso de Robert Neumann, quien fue acusado por maltrato a un prisionero de guerra, éste alegó haber actuado bajo órdenes de un superior. La Corte respondió a su alegato estableciendo que el acusado no podía ser declarado responsable por los actos cometidos bajo las órdenes de un superior, a menos que, bajo las circunstancias, éste supiera que dicha orden implicaba la comisión de un crimen. La Corte basó su decisión en el artículo 47 del Código Penal Militar alemán de 1872. El acusado fue sentenciado por otros cargos pero encontrado inocente del cargo de maltrato al prisionero.⁵⁵

En el caso Dover Castle, un alemán a cargo de un submarino fue acusado de hundir el barco-hospital inglés Dover Castle. El acusado alegó que sólo hizo lo que debía bajo instrucciones del Ministerio de Marina Alemán. La Corte encontró al acusado inocente y declaró que es un principio militar el deber que tiene un subordinado de obedecer las órdenes de sus superiores. Es consecuencia de este deber de obediencia que cuando la ejecución de una orden abarca un crimen, sólo el superior es responsable. Más aún, la Corte estableció que, de acuerdo al artículo 47 del Código Penal alemán de 1872, el subordinado puede ser penado como cómplice cuando tenga conocimiento de que dicha orden abarca un crimen.⁵⁶

El caso Landoverly Castle también trató de un barco-hospital inglés, el Landoverly Castle, hundido por un submarino alemán. A diferencia del caso Dover

Castle, el comandante de este submarino desobedeció con pleno conocimiento las instrucciones de su superior. Un oficial del submarino fue acusado en lugar del comandante, quien logró desaparecer antes de ser presentado ante la Corte. El oficial se apoyó infructuosamente en las órdenes de su comandante. Esta decisión refleja el lado opuesto del caso Dover Castle, afirmando que la regla general de Derecho alemán, de acuerdo con la cual un subordinado que comete un crimen al obedecer las órdenes de un superior no es responsable, no se aplica cuando el subordinado tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.⁵⁷

Los casos en Leipzig demuestran un enfoque uniforme al problema de la obediencia a las órdenes de un superior. Como regla general, un subordinado que en el cumplimiento de las órdenes de un superior comete un crimen, no es responsable de dicho crimen. Esto no se aplica si el subordinado tenía conocimiento de que la orden implicaba la comisión de un crimen y no obstante la cumplió. La Corte puede utilizar la prueba auxiliar de evidente ilegalidad para determinar si el subordinado tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.

IV. DERECHO INTERNACIONAL

La pregunta de si un acusado en un proceso penal puede alegar obediencia a las órdenes de un superior como defensa ha sido respondida en casi todos los sistemas legales nacionales. Sin embargo, la importancia de esta pregunta no se limita al Derecho nacional o doméstico. El desarrollo del Derecho Penal Internacional requiere que dicha pregunta sea respondida basándose en principios de Derecho Internacional. De este modo, la responsabilidad penal por un acto penado de acuerdo al Derecho Penal Internacional, podrá ser eludida sólo si el Derecho Penal Internacional mismo contiene lenguaje exculpatorio de la pena.

No existe ley alguna derivada de tratados internacionales que regule el tema de la defensa de haber actuado a las órdenes de un superior. Muchos expertos han escrito sobre la materia. Guggenheim, en su *Traite de Droit International Public*, establece que la defensa de haber actuado de acuerdo a las órdenes

⁵⁴ George Scelle. *Manuel de Droit International Public*, Edition Domat-Montchrestien, 1948, p. 1948; Ver también Dinstein, supra 2, p. 10-11.

⁵⁵ *Robert Neumann's Case*, A.J.I.L., vol. 16 (1922), pág. 696, citado en Dinstein, supra 2, pág. 11.

⁵⁶ *Dover Castle Case*, A.J.I.L., vol. 16 (1922), pág. 707-708, citado en Id., p. 14-17; Ver También Glueck, supra 33, pág. 153.

⁵⁷ *Landoverly Castle case*, A.J.I.L. vol. 16 (1922), pág. 1721-722, citado en Id., pág. 14-17; Ver también Glueck, supra 33, pág. 153.

de un superior de ningún modo elimina la culpabilidad criminal personal del subordinado. No obstante, debe determinarse si hubo o no la posibilidad de una opción moral con el propósito de atenuar o eximir la sentencia.⁵⁸ Oppenheim, en sus *Treatise of International Law* apoyaba la doctrina de *respondeat superior*. La mayoría de expertos, sin embargo, no estaban de acuerdo con dicha doctrina y en la sexta edición de sus *Treatise of International Law* en 1940, editada por Lauterpacht, apoyó la doctrina de responsabilidad absoluta.⁵⁹

1. INEXISTENCIA DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

La Conferencia Preliminar de Paz en París decidió indagar el tema de la responsabilidad penal en lo relacionado a la Primera Guerra Mundial. Con este propósito se creó la Comisión Especial de Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Ejecución de Sanciones. La Comisión Especial, que fue establecida para esclarecer los problemas políticos y legales de los procedimientos de los mandatarios de los poderes centrales, declaró que la corte en cada caso individual deberá determinar si la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior es suficiente para eximir al acusado de responsabilidad penal por el acto. El Tratado de Versalles, firmado en junio de 1919, no tenía una cláusula que específicamente tratara el tema de la obediencia de órdenes. Como los criminales de guerra alemanes no fueron entregados a los aliados, la cuestión de que la Comisión Especial no tocara el tema de la obediencia a las órdenes de un superior y que el Tratado de Versalles guardara silencio sobre este mismo tema, nunca fue resuelta.⁶⁰

En 1922, el Tratado de Washington repudió la doctrina de *respondeat superior* en relación al uso de submarinos y gases tóxicos en tiempo de guerra. Este Tratado, sin embargo, nunca entró en vigencia. Por otro lado, ese mismo año una comisión de juristas propuso un conjunto de reglas para el con-

trol de radios en tiempo de guerra, reglas que eximían al operador de radio de toda responsabilidad personal por las ofensas cometidas en el ejercicio de sus deberes. Esta propuesta nunca fue aceptada.⁶¹

El Convenio para el Enjuiciamiento y Castigo de los Criminales de Guerra del Eje Europeo (Convenio de Londres), fue firmado en Londres en 1945 por las cuatro potencias. El Convenio Constitutivo del Tribunal Militar Internacional (TMI) fue anexo al Convenio de Londres. El artículo 8 del Convenio Constitutivo del TMI establece que el hecho de que un acusado haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior, no lo libera de su responsabilidad pero puede ser considerado para mitigar la pena, si el tribunal determina que la justicia así lo requiere.⁶²

A pesar de que el TMI expresó su apoyo al artículo 8, éste añadió la prueba de la "opción moral" al tema de la obediencia de órdenes. El TMI estableció que la verdadera prueba no se apoyaba en la existencia de una orden, sino más bien en si una "opción moral" era en realidad factible.⁶³ Muchos expertos defienden la posición de que el TMI ejerce jurisdicción nacional y no internacional, debido a que éste sirve como corte militar a las cuatro potencias. De este modo, las decisiones de este tribunal no pueden ser consideradas, sin más, fuente directa de Derecho Internacional.⁶⁴ La exclusión absoluta de la defensa de actuar bajo las órdenes de un superior como base para una justificación, representa una excepción a la posición del Derecho Internacional. La importancia internacional del TMI no se extiende más allá de las cuatro potencias. Los crímenes descritos no se han convertido en parte del Derecho Internacional meramente por haber sido incluidos en el Convenio Constitutivo del TMI, sino, más bien, representan leyes particulares de las cuatro potencias con relación a Alemania.⁶⁵

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmó unánimemente los principios de Dere-

⁵⁸ Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Vol. 2, Librairie de l'Université, Geneve, 1953-1954.

⁵⁹ H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol. II, London-Longmans (7th ed. 1952).

⁶⁰ Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 621; Ver también, Dinstejn, *supra* 2, pág. 96.

⁶¹ Keijzer, *supra* 12, pág. 211.

⁶² Dinstejn, *supra* 2, pág. 117.

⁶³ Baker, *supra* 4, pág. 65.

⁶⁴ Keijzer, *supra* 12, pág. 212.

⁶⁵ Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 629.

cho Internacional reconocidos en el Convenio Constitutivo del TMI, pero su significancia legal estaba disputada. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDO), encargada de formular esos principios, presentó en su informe a la Asamblea General el principio IV, que establecía que el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior, no lo libera de su responsabilidad bajo el Derecho Internacional, siempre y cuando una "opción moral" haya sido en realidad factible.⁶⁶ Esta propuesta no fue aceptada. Asimismo, la propuesta presentada por la CDI en 1954 como artículo 4 del Proyecto de Código de Ofensas Contra la Paz y la Seguridad Humana, fue rechazada.⁶⁷

A pesar de que en varios de los proyectos del Convenio de Genocidio estaba reflejada la intención de tratar el tema de la obediencia de órdenes, la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, aprobada por la sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1951, no contiene cláusula alguna sobre el tema. Más aún, ninguna de las Convenciones de la Cruz Roja para la Protección de las Víctimas de Guerra, firmadas en Ginebra en agosto de 1949, tiene cláusula alguna que trate el tema de la obediencia a las órdenes de un superior.⁶⁸ El Comité Internacional de la Cruz Roja preparó el Protocolo I de las Convenciones de Ginebra para la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados. Dicho Protocolo se mantuvo silencioso sobre el tema de responsabilidad del comandante.⁶⁹

Los más recientes intentos por regular el tema de la obediencia de órdenes se ven reflejados tanto en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia como en el proyecto de Código Criminal que preparó la CDI y que fue presentado en su cuadragésima octava sesión. Ambos dejan en claro su adhesión a la doctrina de responsabilidad absoluta, estableciendo, al igual que el artículo 8 del TMI, que el hecho de que un acusado haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, pero puede ser considerado

para mitigar la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere. Cabe resaltar que tanto el Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia, por ser un tribunal *ad hoc*, como el Proyecto de Código Criminal, por ser un proyecto, no forman parte del Derecho Internacional.

2. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG

El TMI se pronunció acerca de la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior en dos casos diferentes: Keitel y Jodl. En estos casos declaró que esa defensa había sido negada por el artículo 8 del Convenio Constitutivo del TMI. No obstante, el TMI estableció también que el hecho de que un soldado haya violado las leyes de guerra en el cumplimiento de las órdenes de un superior no ha sido reconocido como defensa. Sin embargo, dicha orden podrá ser tomada en consideración para mitigar la pena. Asimismo, el TMI estableció que la verdadera prueba no se basaba en la existencia de una orden, sino en si una "opción moral" era en realidad factible.⁷⁰

El TMI no trató en ninguna de sus decisiones la cuestión de si el artículo 8 debía ser interpretado de conformidad con la doctrina de la evidente ilegalidad, y estableció que la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior no podía ser considerada para mitigar la pena cuando el crimen o crímenes eran tan chocantes y cometidos despiadadamente sin justificación o excusa.⁷¹

Por tanto, las decisiones del TMI en Nuremberg representan un apoyo importante a la doctrina de responsabilidad absoluta. Asimismo, es claro que el TMI repudió la doctrina de *respondent superior*.

CONCLUSIONES

La piedra angular del cuerpo militar es la disciplina, esto es, la necesidad de que todos y cada uno de los subordinados obedezcan las ordenes de sus superiores. El éxito de la estrategia y objetivo militar y la seguridad de cada nación dependen fuertemente de esta obediencia.

⁶⁶ Keizer, *supra* 12, pág. 212.

⁶⁷ Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 587.

⁶⁸ Dinstein, *supra* 2, pág. 217-225.

⁶⁹ Gren, *supra* 1, pág. 72.

⁷⁰ Bakker, *supra* 4, pág. 65.

⁷¹ Dinstein, *supra* 2, pág. 154.

La obediencia de órdenes no presenta problema alguno cuando dichas órdenes son legales, sin embargo, el deber de obediencia entra en conflicto con la necesidad de mantener la supremacía del Derecho cuando el subordinado se enfrenta al dilema de cumplir con la orden, cometer un crimen y ser penado, o negarse a cumplir con la orden, cometer el crimen y ser penado por la desobediencia.

Entre una orden legal y una evidentemente ilegal, hay un vacío donde la legalidad y propiedad de una orden depende de circunstancias y condiciones de las que no puede esperarse que un soldado esté enterado. En tiempo de guerra el soldado requiere mayor protección por obedecer órdenes que más tarde pueden resultar ser ilegales, debido a que en dichas circunstancias la disciplina de un soldado debe ser más sólida, pues la desobediencia de una orden por la más mínima duda en su legalidad podría acarrear graves consecuencias para todo el regimiento.

Hay tres doctrinas que buscan resolver el dilema del subordinado: la doctrina de responsabilidad absoluta, inconsistente con la disciplina militar ya que no otorga al soldado la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior. La doctrina de *respondeat superior*, inconsistente con el Derecho Penal pues exonera siempre al subordinado por haber actuado bajo órdenes de un superior; y la doctrina de evidente ilegalidad que propone que un soldado podrá ser exonerado por haber actuado bajo las órdenes de un superior siempre y cuando dicha orden no sea evidentemente ilegal.

No existe un acuerdo general en la materia. La única conclusión a la que se puede llegar después de revisar los sistemas nacionales es que, por un lado, ninguno de los sistemas ha reconocido la exoneración incondicional de un subordinado por haber actuado bajo órdenes de un superior, mientras que por el otro, ninguno ha desechado completamente la posibilidad de aceptar como defensa el hecho de haber actuado bajo órdenes de un superior.

La comunidad internacional no ha tenido éxito en la producción de leyes internacionales que regulen la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior. Tanto el Convenio Constitutivo del TMI, el Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia, así como las decisiones adoptadas por éstos muestran su apoyo a la doctrina de responsabilidad absoluta, sin embargo, éstas no pueden ser consideradas como parte del Derecho Internacional, pues sólo representan leyes particulares.

BIBLIOGRAFÍA

John A. Applemann, *Military Tribunals and International Crimes*, Greenwood Press Publishers, 1971.

M. Cherif Bassiouni and Ved Nanda, *A Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, Charles C. Thomas Publisher, 1973.

A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London - Mac Millan (10th de.1959).

Yoram Dinstein, *The Defense of Obedience of Superior Orders in international Law*, A.W. Sijthoff - Leyden, 1965.

James W. Garner, *International Law and the World War*, Vol, 2, London - Longmans, 1920.

Sheldon Glueck, *War Criminals: Their Prosecution and Punishment*, Alfred A. Knopf, 1944.

L.C. Green, *Superior Orders and the Reasonable Man*, en: *Essays on the Modern Law of War*, Transnational Publisher Inc., 1985.

L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, A.W. Sijthoff - Leyden, 1976.

L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 1993.

Paul Guggenheim, *Traite de Droit International Public*, Vol. 2, Libraire de l' Université, Geneve, (1953 - 1954).

Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noorff & Noordhoff, 1978.

H. Lauerpacht, *Oppenheims International Law*, Vol.II, London - Longmans, (7th de.1952).

George Scelle, *Manual de Droit International Public*, Editions domat - Montchrestien, 1948.

J.H.W. Versijil, *International Law in Historical Perspective*, Vol X, Sijthoff & Noorhoff, 1978.

Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War*, University Press of America (2d de.1991).

J.L. Bakker, *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 7 Am. J., Crim. L. 55 (1989).

FM. 27 - 10, *Department of the Army Manual*, 1956.

E S T U D I O R O S S E L L Ó

**CAMINO REAL 348, TORRE EL PILAR, PISO 12
SAN ISIDRO - LIMA 27
PERU**

**CENTRAL TELEFONICA: (51-1) 222-7700
FACSIMILES: (51-1) 222-2555 221-1687
E- mail: estudio@rossello.com.pe**

RUBEN MENDIETA VERGARA NOTARIO DE LIMA

**Av. Arequipa 3669 - San Isidro
Telfs. 422-8052 - 440-0943 - 422-6868
Telefax: 440-4829**

EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR): APUNTES SOBRE SUS OBJETIVOS, ESTRUCTURA, DESARROLLO Y PERSPECTIVAS

José Francisco Zaragozá Amiel
Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú
Master en Derecho de la Empresa
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

La segunda mitad del siglo XX presenta ciertos rasgos claramente diferenciados de tiempos históricos anteriores. Entre ellos, el paso progresivo y complejo de una sociedad internacional clásica y particular, afirmada en el principio de soberanía, planteada en el plano de relaciones de coexistencia y cooperación, a una nueva sociedad global, integrada, con grandes espacios económicos unidos por intereses y políticas comunes y con ciertos principios de supranacionalidad.

En este contexto ha tenido lugar la creación del Mercosur (Mercado Común del Sur). La firma del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, ha significado el punto de partida de un largo camino hacia la integración regional que, tal como está expresado entre sus objetivos, deberá llevar a los países miembros (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay)¹, a la creación de un mercado común.

Por la muy diversa coyuntura por la que atraviesan las distintas economías de cada uno de los países que integran el Mercosur, y el diseño institucional que se le ha dado al mismo, no seríamos fieles a la realidad si nuestra afirmación se quedase allí. En repetidas ocasiones, juristas, economistas y políticos han sostenido que el Mercosur es el primer intento serio de integración en el cono sur. Creemos que ello es así. El Mercosur ha venido a significar la superación de una serie de fracasos de integración regional que se venían sucediendo en la zona.

El Mercosur es la respuesta adecuada por parte de los países sudamericanos a la consolidación de grandes espacios económicos como la Unión Europea, Nafta o el Grupo Asia - Pacífico. Sin embargo, como todo proceso de integración regional, su desarrollo no está exento de dificultades, pese a lo cual el Mercosur ha venido a significar la superación de una serie de fracasos de integración regional que se venían sucediendo en la zona. En el presente artículo el autor realiza un exhaustivo análisis de las características más saltantes del Mercosur, como su estructura institucional y producción normativa, su sistema de solución de controversias y el tratamiento que se le brinda a la libre competencia.

¹ Mercosur y Chile firmaron el 25 de junio de 1996 un acuerdo de libre comercio, por el cual, Chile se convierte en socio comercial y no miembro pleno del tratado a partir del 1 de octubre de 1996.

Entre las causas de esos fracasos indudablemente ha estado presente la situación política por la que atravesaban los países del sur. La vigencia de un sistema democrático es requisito fundamental para emprender cualquier proceso de integración. Pero, al mismo tiempo, otros factores han incidido en que aquellos intentos quedaran inconclusos. Los países parecían no entender ni visualizar la necesidad de emprender proyectos comunes que estuvieran por encima de los intereses nacionales, y fueron al mismo tiempo incapaces de darle contenido a una estructura institucional que fuera propicia para generar una integración que permitiese potenciar las ventajas competitivas del conjunto frente a un mundo cada vez más globalizado.

Las circunstancias actuales son más alentadoras. La actitud política de los países que integran el Mercosur es distinta a la que se adoptó frente a otros intentos de integración. Con todas las dificultades propias de países en vías de desarrollo, con democracias no consolidadas y con economías muy inestables, el Mercosur parece ser un camino sin retorno.

DATOS DEL MERCOSUR

Países Miembros

Argentina

Brasil

Paraguay

Uruguay

Población 187,8 millones de habitantes

PBI 834,200 millones de dólares

Comercio entre socios 28,490 millones de dólares

Fuente: Datos oficiales de los países miembros
<http://www.intervoz.com.ar/cordoba/mercosur.htm>.

II. OBJETIVOS DEL MERCOSUR

El Mercosur es un proyecto de integración económica que tiene como principal objetivo aumentar el grado de eficiencia y competitividad de las economías de los países miembros, ampliando las actuales dimensiones de sus mercados, acelerando su desarrollo económico mediante el eficaz aprovechamiento de sus recursos, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las comunicaciones, la coordinación de las políticas macro económicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía.

El Mercosur se plantea como primer gran objetivo la creación de un mercado común. Así lo expresa el Tratado de Asunción en su artículo 1. Esto es ratificado por el Protocolo de Ouro Preto, tanto en su preámbulo como en otras disposiciones del mismo².

El espíritu que impregna al Tratado de Asunción queda al descubierto si buceamos en algunos matices que suponen: a) La identificación de unos intereses comunes, b) los mecanismos para lograr esos objetivos, y c) una estructura institucional con poderes propios, distintos de los que detenta cada estado parte.

En relación a los intereses comunes podemos identificar al menos cuatro:

1. El desarrollo de un espacio económico latinoamericano.
2. La búsqueda de una adecuada inserción y una mayor autonomía decisoria en el marco del actual orden internacional.
3. El logro de un desarrollo con justicia social.
4. La promoción de un desarrollo armónico y equilibrado de los países asociados.

La creación de un mercado común es el propósito que se persigue para poder satisfacer gradualmente esos intereses. La consecución de este objetivo requiere dar cumplimiento al conjunto de mecanismos que son los que precisamente caracterizan a un mercado común. La realidad del Mercosur por estos días nos indica que el objetivo de la libre circulación de mercancías está bastante avanzado (a partir del 1 de enero de 1995 el principio general vigente en el comercio intraregional es el de libre acceso al mercado, salvo para un conjunto delimitado de productos), y que la implementación definitiva de una unión aduanera será alcanzada recién el 1 de enero del 2006, cuando los Estados partes fijen un arancel externo común. Pero una verdadera integración exigirá ir satisfaciendo otras demandas como apuntaremos a continuación.

En este sentido, la existencia de un mercado común implica la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias que limitan la libre circulación de mercancías y el establecimiento de un arancel externo común. Pero el libre comercio

² Su preámbulo destaca "la importancia de los avances alcanzados" y "la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción de un mercado común". En igual sentido, el artículo 3 encarga al Consejo una labor política y normativa que permita "alcanzar la constitución definitiva del mercado común". El mismo propósito es enunciado en los artículos 8 apartado II y 14 apartado IV.

intracomunitario y la creación de una unión aduanera no alcanzan para constituir un verdadero mercado común. Es imprescindible, además, imponer la libre movilidad de los factores de producción, la libre circulación de personas, servicios y capitales, la adopción de una política comercial común en la región, el establecimiento de políticas comunes para el mercado en materia de agricultura, transporte, competencia, industria, fiscal, monetaria, cambiaria, comunicaciones, etc.; con la aplicación de procedimientos que permitan coordinar y ejecutar esas políticas, y la creación de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior³. Al mismo tiempo, es indispensable una armonización de las legislaciones en la medida de lo necesario para el funcionamiento del mercado común y la creación de un Poder Jurisdiccional con potestad prejudicial para interpretar el Derecho Comunitario, y con facultades para dirimir conflictos dictando resoluciones obligatorias.

Ocurre que, para avanzar decididamente en este propósito, será imprescindible que los Estados que forman parte del Mercosur asuman la necesidad de ceder en la defensa férrea de su soberanía nacional. Al mismo tiempo, una organización netamente intergubernamental, como la que constituye hoy en día el Mercosur, deberá dar paso a instituciones de carácter supranacional que expresen unos lazos de unión más consolidados; y que aseguren un mayor cumplimiento, por parte de los Estados nacionales, de las políticas y las normas que van a ir dando contenido al mercado común. Una verdadera integración requerirá de un sistema institucional, en el que sus órganos actúen con mayor independencia y liberados de instrucciones por parte de los gobiernos nacionales. Pero aún más, será imprescindible que las normas jurídicas que impartan sus órganos no tengan como único rol imponer obligaciones para los Estados miembros hasta tanto éstas no sean incorporadas en los ordenamientos internos, sino que constituyan un sistema normativo común para cada uno de los particulares que forman parte de ese mercado. Será necesaria también una clara distribución de potestades entre los Estados parte y el Mercosur.

Estos son algunos de los desafíos que deberá cumplir el Mercosur para poder llegar a ser la expresión de una verdadera integración regional.

III. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL MERCOSUR

A. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS ORGÁNICOS

1. PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MERCOSUR

Primeramente, debemos poner de relieve la importancia de que el Mercosur cuente con personalidad jurídica.

Los signatarios del Protocolo de Ouro Preto han querido reconocer al Mercosur una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, y así lo contemplan expresamente en el capítulo II del mencionado Protocolo. Esto significa también que sólo el Mercosur dispone de personalidad, y no la tienen sus órganos.

Al poseer personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, el Mercosur podrá disponer de un presupuesto autónomo, de un patrimonio, de agentes propios, etc. En general, la personalidad jurídica da al Mercosur vocación para convertirse en sujeto de derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos en los que está empezando a intervenir.

Su personalidad jurídica permitirá al Mercosur celebrar todos los convenios necesarios para la consecución de sus fines. En este sentido resalta ya el acuerdo de cooperación celebrado entre el Mercosur y la Unión Europea.

Pero también le posibilitará hacer frente a las exigencias de su "vida privada", gozando de capacidad jurídica para contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos, hacer transferencias, etc.

A continuación haremos un desarrollo del funcionamiento institucional del Mercosur, iniciando por lo que ha sido su esquema de transición aprobado en el Tratado de Asunción, para luego referirnos al actual sistema de funcionamiento. A estos fines tomaremos como base tres de los documentos que a nuestro juicio tienen mayor incidencia en esta materia:

- A. El Tratado de Asunción.
- B. El Protocolo de Ouro Preto
- C. El Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2.000

³ Esta idea se desprende de lo dispuesto por el artículo 1 del Tratado de Asunción. En igual sentido, el Tratado de la Comunidad Económica Europea, en su artículo 3, regula la necesidad de todas estas cuestiones.

Cabe señalar también, antes de entrar en el tema, que ante el gobierno del Mercosur los países miembros han designado representantes que actúan regularmente siguiendo instrucciones gubernamentales. Y en lo que respecta a los órganos institucionales, el Mercosur tiene diversos niveles de decisión de carácter presidencial, ministerial o técnico, según la naturaleza de los problemas a tratar.

Cada país expone y aplica en las deliberaciones su estrategia nacional en defensa de sus propios intereses, procurando así mismo impulsar la empresa común de desarrollar y fortalecer la unión aduanera.

2. TRATADO DE ASUNCIÓN

La estructura orgánica del Mercosur se encuentra regulada en el artículo 9 del Tratado Fundacional o de Asunción, el cual confía la administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos y decisiones que en dicho marco se adopten a:

1. El Consejo del Mercado Común y,
2. El Grupo del Mercado Común.

La mencionada disposición establece el carácter transitorio de dichos órganos, lo que se condice con la concepción transicional del propio Tratado y del mandato previsto en el artículo dieciocho del texto que comentamos, que obliga a los Estados partes a convocar una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común⁴.

De esta manera, para el primer período se previó una organización provisional integrada por órganos políticos con poder decisorio, es decir, con capacidad de dictar normas consideradas fuentes jurídicas.

A su vez, el artículo veinticuatro del Tratado de Asunción prevé la existencia de un tercer órgano, sin capacidad decisoria y destinado a facilitar el avance hacia la configuración del mercado común: la Comisión Parlamentaria Conjunta.

El Consejo del Mercado Común (CMC)

De acuerdo con el artículo diez del Tratado de Asunción, el Consejo es el órgano superior del Mer-

cado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones destinadas a asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva de dicho mercado. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los países miembros.

Su facultad decisoria se expresa a través de Decisiones tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes, de acuerdo con el artículo dieciséis del texto legal.

Es importante señalar que cada Estado parte tiene un voto, independientemente del número de integrantes de su delegación.

En lo que respecta al consenso exigido por la disposición, ello significa que deben estar presentes todos los Estados partes, siendo necesario para la adopción del acuerdo que no medie oposición expresa. Lo anterior no significa unanimidad, ya que en el mecanismo del consenso pueden existir abstenciones, siendo suficiente que no haya oposición a la decisión a tomar.

En lo que respecta a la competencia del Consejo, el Tratado sólo indica de un modo genérico la necesidad de que dicha institución adopte todas las medidas necesarias para llevar a cabo los objetivos del acuerdo, sin señalar cuáles son las atribuciones específicas del mismo.

El Grupo del Mercado Común (GMC)

Es el órgano ejecutivo del Mercado Común, el cual tendrá facultad iniciativa y decisoria. Está formado por 17 miembros representantes de los ministerios de relaciones exteriores, economía y del banco central de cada país miembro.

A diferencia de lo que ocurre con el CMC, el artículo trece del Tratado señala expresamente las funciones de este órgano, de entre las que destaca la posibilidad de constituir los sub-grupos de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de su cometido.

Las atribuciones y responsabilidades del Grupo del Mercado Común se encuentran reguladas detalladamente en su Reglamento interno, aprobado por la Decisión 4/1991 del Consejo.

⁴ Los días 16 y 17 de diciembre de 1994, se celebró la VII Reunión del Consejo del Mercado Común, concluyendo con la firma del Protocolo de Ouro Preto, sobre estructura institucional del Mercosur.

La facultad normativa del Grupo del Mercado Común se expresa mediante resoluciones, las cuales deberán adoptarse por consenso con la presencia de todos los Estados miembros (valiendo lo antes dicho para el CMC).

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)

De conformidad con el artículo 24 del Tratado, y con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común, se creó la Comisión parlamentaria Conjunta del Mercosur. Es el órgano representativo de los parlamentos de los países miembros.

Las principales funciones de la Comisión consisten en estudiar los proyectos de acuerdos específicos negociados por los Estados antes de que sean enviados a los respectivos Congresos, así como realizar las recomendaciones que estime convenientes a los poderes ejecutivos.

El Reglamento que regula el funcionamiento de la Comisión Parlamentaria Común fue aprobado en Montevideo el 7 de diciembre de 1991.

Una vez señalados los principales órganos que conformaron la estructura institucional del Mercosur en su etapa inicial, haremos una breve alusión a ciertos órganos dependientes de las instituciones señaladas del Grupo del Mercado Común.

a. Los Sub-grupos de Trabajo (SGT)

El anexo V del Tratado de Asunción señala que el Grupo del Mercado Común, a efectos de coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, constituirá dentro de los 30 días de su instalación un número de 10 SGT, a los que debe agregarse un onceavo sub-grupo, el de "Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social"⁵.

Entre los SGT creados como consecuencia de este anexo, destacan:

- Subgrupo 1: Asuntos Comerciales
- Subgrupo 2: Asuntos Aduaneros.
- Subgrupo 7: Política Industrial y Tecnológica.
- Subgrupo 11: Relaciones Laboreales, Empleo y Seguridad Social.

b. Comisión constituida a recomendación de los SGT

A fin de optimizar los resultados de las actividades desarrolladas por los SGT, estos pueden recomendar al Grupo del Mercado Común la creación de Comisiones destinadas a obtener dichas finalidades. Las comisiones se integran por funcionarios de gobierno designados por cada Estado parte, de conformidad con lo señalado en los Reglamentos internos del respectivo Subgrupo.

A la fecha se han formado un gran número de comisiones, de entre las que interesan a los efectos de trabajo:

- Comisión sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobada por Resolución 20/1992.
- Comisión de Propiedad Intelectual, aprobada por Resolución 25/1992.
- Comisión de Defensa del Consumidor, aprobada por Resolución 5/1993.

c. La Sección Nacional del Grupo del Mercado Común

De acuerdo con lo establecido en el artículo dos del Reglamento Interno del Grupo del Mercado Común, los miembros titulares y alternos de cada Estado parte, constituirán, para todos los efectos, la respectiva Sección Nacional del Grupo del Mercado Común.

Estas secciones surgen como una necesidad fáctica, inmediatamente de iniciado el proceso, aunque revisten categoría jurídica a partir de la entrada en vigencia del Reglamento Interno del Grupo del Mercado Común.

Finalmente, para terminar la estructura institucional originaria del Mercosur es importante señalar que, de manera dependiente del Grupo del Mercado Común, funcionan ciertos órganos auxiliares, entre los que destacan:

- El Comité de Cooperación Técnica, creado por Resolución 26/1992.
- El Grupo *Ad-hoc* sobre Aspectos Institucionales, creado por Resolución 7/1993.

⁵ La Resolución 11/1991 del Grupo del Mercado Común, aprobó la propuesta de creación de un nuevo Subgrupo de Trabajo, cuya denominación, conferida por la Resolución 11/1992, es la de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social.

– El Grupo *Ad-hoc* Mercosur-Aladi, creado por Resolución 35/1992.

3. PROTOCOLO DE OURO PRETO

El artículo dieciocho del Tratado de Asunción obliga a los Estados partes a convocar una reunión extraordinaria a fin de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común. Dicha reunión debía efectuarse antes del 31 de diciembre de 1994, fecha fijada para el establecimiento de dicho mercado.

En mérito de lo anterior se celebró, los días 16 y 17 de diciembre de 1994, la VII reunión del CMC, con la asistencia de los Presidentes de los cuatro estados asociados, concluyendo la misma con la firma del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre estructura institucional del Mercosur, denominado Protocolo de Ouro Preto.

El Protocolo es producto del trabajo realizado por el grupo *ad-hoc* sobre Aspectos Institucionales y en él se deja de manifiesto la voluntad de continuar con el objetivo establecido por el Tratado Fundacional, de conformar un mercado común.

Es importante señalar que este documento nace como un anexo al Tratado de Asunción, sin embargo, entre los puntos objeto de debate se planteó la posibilidad de derogar el Tratado sustituyéndolo por otro Convenio.

En definitiva, prevaleció la opción de mantener vigente el Tratado Fundacional. No obstante lo anterior, se elaboró un nuevo texto, el cual incluye una cláusula derogatoria general de todas las disposiciones que se opusieron a su articulado. La existencia de dicha cláusula derogatoria no impidió que ambos documentos coexistan en la actualidad.

En virtud de lo anterior, la estructura orgánica creada por el Tratado de Asunción fue mantenida, aunque ampliada, por el Protocolo.

El artículo primero del Protocolo de Ouro Preto, relativo a la estructura institucional del Mercosur, señala que éste contará con los siguientes órganos:

- I. El Consejo de Mercado Común;
- II. El Grupo del Mercado Común;
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur;
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta;
- V. El Foro Consultivo Económico-Social;
- VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur.

Esta disposición permite además la creación de los órganos auxiliares que fueren necesarios para

la consecución de los objetivos del proceso de integración.

El artículo segundo de este texto indica los órganos que gozan de capacidad decisoria, reiterando lo señalado en el Tratado respecto del Consejo de Mercado Común y del GMC (Grupo de Mercado Común), y reconociéndole dicha capacidad a la Comisión de Comercio del Mercosur.

En lo que se relaciona con el Consejo del Mercado Común (CMC) y el Grupo del Mercado Común (GMC), la estructura básica de ambos órganos es la misma que la indicada en el Tratado Fundacional, con la diferencia de que el nuevo documento profundiza la caracterización de cada uno de ellos y les asigna y detalla sus especiales funciones y atribuciones (en el Capítulo Uno Primera Sección, artículo ocho para el Consejo del Mercado Común y en la Segunda Sección, artículo catorce para el Grupo del Mercado Común).

La Sección Tercera del Capítulo Uno se refiere a la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), la cual está encargada de asistir al Grupo del Mercado Común y de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como de efectuar el seguimiento y revisar los temas relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.

De lo anterior se desprende el amplio espectro de las atribuciones que podrá ejercer la Comisión. Para ello se le concede:

- La facultad de tomar decisiones con carácter general en las materias de su competencia.
- Facultad o poder de iniciativa.
- Facultad para dictar su propio reglamento, dirigir las actividades y funcionamiento de los Comités Técnicos y supervisar a los mismos.
- Posibilidad de participar en el proceso de solución de controversias.
- Las demás actividades que deba realizar a solicitud o por delegación del GMC.

En mérito de lo expuesto, podemos concluir que el reconocimiento de este órgano dentro del marco del Protocolo, su regulación expresa y su facultad decisoria constituyen una de las innovaciones institucionales de mayor transcendencia del Protocolo de Ouro Preto, lo que sin duda obedece al firme deseo de alcanzar el anhelado Mercado Común.

En lo que respecta a la Comisión Parlamentaria Conjunta, ella se mantiene básicamente en la forma

establecida en el Tratado original, sin que se le reconozca facultad decisoria, asignándole un carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas a fin de acompañar la marcha del Mercosur y servir de nexo con los parlamentos nacionales.

En este sentido, estimamos que la CPC puede ser un importante antecedente para la creación de un futuro parlamento del Mercosur.

La Sección Quinta del Protocolo, se refiere al Foro Consultivo Económico-Social (FCES), elevando este órgano dentro de los principales del Mercosur.

Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y tendrá una labor eminentemente consultiva y se manifestará mediante recomendaciones al Grupo del Mercado Común.

En cuanto a la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), recordemos que en virtud de lo dispuesto en el artículo quince del Tratado de Asunción, el Grupo del Mercado Común contaba con una Secretaría Administrativa, cuyas principales funciones eran la guarda de documentos y comunicaciones de actividades del mismo. Si bien el Protocolo mantiene vigente este órgano, lo concibe de manera diferente.

El artículo treintiuno del documento en análisis señala que la Secretaría Administrativa es un órgano de apoyo operativo del Mercosur en general (no sólo del Grupo del Mercado Común), debiendo prestar servicios a todos los órganos del mismo.

Además, el artículo treintidós del texto hace una enumeración detallada de las actividades a desempeñar por la Secretaría, en forma mucho más amplia y completa que la establecida en el Tratado Fundacional.

Finalmente, además de los órganos señalados en el artículo uno del Protocolo, a los que podríamos llamar principales; subsisten los órganos dependientes, algunos previstos en el Tratado de Asunción (ya analizados), y otros creados a través de Decisiones aprobadas en las diferentes reuniones del Consejo del Mercado Común.

4. PROGRAMA DE ACCIÓN DEL MERCOSUR HASTA EL AÑO 2000

Con el objeto estratégico y central de profundizar la labor de integración a través de la consolidación y perfeccionamiento de la Unión Aduanera, en un

contexto de regionalismo abierto, el Consejo del Mercado Común acordó, mediante Decisión 9/1995, aprobar el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000.

Entre las distintas materias que regula este Programa, interesa en este punto la relativa al desarrollo jurídico-institucional.

La nueva estructura institucional consagrada en el Protocolo de Ouro Preto actualmente en vigencia, contribuyó en el proceso de integración, lo que permite que antes del año 2,000 se realice una nueva reflexión sobre las necesidades institucionales del Mercosur, aspecto hacia el que apunta el presente Programa, que distingue los siguientes aspectos:

a. En el ámbito jurisdiccional, el objetivo es comenzar los estudios para desarrollar y revisar el sistema actual de solución de controversias, a fin de que su estructura vaya acompañando la evolución de la Unión Aduanera.

b. En lo que respecta al funcionamiento de los órganos del Mercosur, será necesario evaluar la evolución del proceso de integración y los requerimientos que surjan a fin de determinar la conveniencia de establecer nuevas condiciones de funcionamiento para los distintos órganos.

En este punto, el Programa hace expresa alusión a la Comisión de Comercio, la cual, en virtud de la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, adquiere una nueva dimensión, ya que, además de ser un órgano competente para la administración de los instrumentos de política comercial común, se convierte en un foro de primera instancia para la solución de controversias.

Agrega además el Programa, que la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico-Social asegurarán la adecuada participación del conjunto de la sociedad, necesaria para la profundización del proceso de integración.

Habiendo señalado el panorama actual de la estructura institucional del Mercosur, nos resta señalar que, a nuestro parecer, el criterio adoptado en el Protocolo de Ouro Preto de continuar con un sistema transitorio sobre este tema, fundado en la necesidad de potencializar la dinámica que es propia del Mercosur, no es del todo afortunado.

Tal falta de firmeza en la adopción de una decisión tan importante constituye, en opinión de la doctrina, uno de los mayores errores en que ha incurrido el Mercosur.

No debe pensarse que por el hecho de adoptar de manera no transitoria la estructura institucional de una organización, ella no pueda ser objeto de revisiones y cambios, para el evento de que dicha estructura no cumpla con los fines deseados.

Por otro lado, la Comunidad Europea y el Nafta nos proporcionan ejemplos de cómo pueden establecerse órganos rectores con carácter permanente en los tratados fundacionales, sin que ello obre en desmedro de la respectiva asociación.

B. PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL MERCOSUR

Actualmente, y como se sostuvo con anterioridad, los órganos con capacidad decisoria en el Mercosur son el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur (artículo dos Protocolo de Ouro Preto)

En cuanto al Consejo del Mercado Común, el artículo nueve del Protocolo señala que este órgano se pronunciará mediante Decisiones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes.

Recordemos que, si bien el Tratado Fundacional ya confería esta capacidad al Consejo del Mercado Común así como al Grupo del Mercado Común, no existía, en dicho documento, un pronunciamiento acerca de la obligatoriedad de tales decisiones.

Respecto al Grupo del Mercado Común, el artículo quince del Protocolo de Ouro Preto, señala que este organismo se pronunciará mediante Resoluciones, las que también serán obligatorias para los Estados partes.

El hecho de que tanto el Consejo del Mercado Común como el Grupo del Mercado Común tengan capacidad decisoria no genera problemas en la práctica, debido a la diferente jerarquía y naturaleza de dichos órganos (recordemos que el Grupo del Mercado Común es un órgano ejecutivo), así como al hecho de que las competencias de uno y otro se encuentran claramente delimitadas en el Protocolo. En lo que respecta a la Comisión de Comercio del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto no sólo la considera como uno de los órganos principales del Mercosur, sino que además le confiere capacidad decisoria. De acuerdo con el artículo veinte del Protocolo, este órgano se pronunciará mediante

Directivas o Propuestas, siendo las primeras obligatorias para los Estados partes.

En cuanto al mecanismo de toma de decisiones de los órganos del Mercosur, el artículo treintisiete del Protocolo, al igual que el Tratado Fundacional, señala que ellas deberán ser tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes⁶.

En lo relativo a la aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto destina el Capítulo Cuarto a este tema, el cual, junto al relativo a la fuentes jurídicas, carece a nuestro juicio de una correcta técnica legislativa, produciéndose contradicciones que, como veremos, pueden producir ciertos problemas de magnitud⁷.

El artículo treintiocho del texto comentado, señala que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, debiendo dichos Estados informar a la Secretaría Administrativa del Mercosur las medidas adoptadas.

Con el objeto de garantizar la vigencia simultánea en los Estados partes de las mencionadas normas, el capítulo cuarto señala un procedimiento a fin de lograr dicha vigencia, el cual consiste en:

- a. Una vez aprobada la norma, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur.
- b. Cuando todos los Estados hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos internos, la Secretaría comunicará el hecho a cada estado parte.
- c. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados partes treinta días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría. Los Estados partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

Además, las normas emanadas de los órganos del Mercosur deberán ser publicadas íntegramente en

⁶ Vid. Supra.

⁷ Vid. Supra.

los idiomas oficiales, español y portugués, en el Boletín Oficial del Mercosur.

Finalmente, el artículo cuarentiuno del Capítulo Quinto del Protocolo de Ouro Preto, señala que las fuentes jurídicas del Mercosur son las siguientes:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
2. Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
3. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

IV. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Uno de los pilares que sostiene una asociación económica de carácter regional es, sin dudas, el sistema que adopta para solucionar los conflictos generados en su marco.

La regulación del sistema de solución de controversias en el Mercosur pasa, fundamentalmente, por el análisis del Protocolo de Brasilia, actualmente en vigor y mínimamente complementado por el Protocolo de Ouro Preto.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo tres y en el anexo tercero del Tratado de Asunción, los Estados partes adoptaron un sistema de solución de controversias destinado a regir durante el período de transición, el cual se mantiene hasta nuestros días. Producto de dicho acuerdo se firmó, el 17 de diciembre de 1991, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyo contenido básico expondremos a continuación.

Dicho Protocolo se aplica a la solución de las controversias que surjan entre los Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción; de los acuerdos celebrados en el marco del mismo; así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y actualmente de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

La premisa básica para solucionar un conflicto entre los Estados partes, es la negociación directa, debiendo los Estados en conflicto informar al Grupo del Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas.

Si mediante las negociaciones directas no se alcanza un acuerdo o si la controversia es solucionada sólo parcialmente, cualquiera de los Estados partes en la misma podrán someterla a consideración del Grupo del Mercado Común, el cual formulará recomendaciones a los Estados tendientes a la solución del diferendo.

El Protocolo, en su capítulo cuarto, establece un procedimiento arbitral para el caso de que la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación del procedimiento de negociación antes expuesto.

El procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal *ad-hoc* compuesto de tres árbitros pertenecientes a las listas registradas en la Secretaría Administrativa.

Los Estados partes declararan como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias que se susciten.

Los Estados tienen la obligación de informar al Tribunal acerca de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho o de derecho en sus respectivas posiciones.

El Protocolo contempla la posibilidad de que el Tribunal, a solicitud de las partes interesadas, y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la medida ocasionará daños graves e irreparables a una de las partes, dicte las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir tales daños.

En relación a la forma en que el Tribunal decidirá la controversia, el artículo 19 del Protocolo señala que éste fallará sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común, de las Directivas de la CCM, así como de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia.

Los laudos dictados por el Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados partes a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto a ellos fuerza de cosa juzgada.

En el evento de que un Estado parte no cumpliera el laudo en el plazo de 30 días contados desde la fecha de la notificación, los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como suspensión de concesiones u otras equivalentes.

Finalmente, el Protocolo regula en el Capítulo Quinto un procedimiento para los reclamos efectuados por particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, para los casos en que cualquiera de los Estados partes hubiese adoptado medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo o de las normas dictadas por los órganos con capacidad para ello.

Los respectivos reclamos deberán formalizarse ante la Sección Nacional del Grupo del Mercado Común del Estado parte donde el particular tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.

En los supuestos que contemplan los artículos veintisiete y veintiocho del Protocolo, el referido reclamo podrá ser elevado al Grupo del Mercado Común, el cual, una vez que lo ha recibido y admitido, procederá a convocar a un grupo de expertos, los cuales, dentro del término de treinta días a partir de su designación, deberán emitir un dictamen acerca de la procedencia del mismo.

Una vez emitido el dictamen, éste deberá ser elevado al Grupo del Mercado Común; si en dicho dictamen se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado parte, cualquier otro Estado parte podrá requerir la adopción de las medidas cuestionadas. Si dicho requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince días, el Estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral antes analizado.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el mecanismo de solución de controversias que establece el protocolo de Brasilia parece destinado a solucionar solamente algunos de los problemas que razonablemente se suscitarán entre los Estados partes (por ejemplo, no se contemplan los posibles conflictos que pueden tener lugar entre los órganos del Mercosur).

Por otro lado, el procedimiento destinado a los reclamos de particulares es, según Ana Isabel

Piaggi⁸, es extremadamente restringido y a nuestro juicio de dudosa eficacia, por las razones siguientes:

- Los Estados se reservan, mediante el control de admisibilidad ejercido por el Grupo del Mercado Común, el derecho de rechazar la petición.
- El Grupo del Mercado Común carece de independencia respecto de los Estados partes por el hecho de estar conducido por los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países, y
- Porque al procedimiento arbitral fijado en el Protocolo no pueden acceder los particulares, lo que demuestra la ineficacia de este recurso.

Por último, y quizás la falencia más grave del mecanismo de solución de controversias, es la ausencia de un Tribunal de Justicia supranacional e independiente de los países que integren el Mercosur. Dicho Tribunal debe ser capaz de garantizar la supremacía del Derecho Comunitario, evitar decisiones contradictorias de los Tribunales de los distintos Estados miembros, así como garantizar la seguridad jurídica y el Estado de Derecho comunitario, debiendo gozar de competencia prejudicial y control de legalidad.

Como retiradamente lo ha sostenido la doctrina, es difícil entender la historia de la integración europea sin comprender el decisivo papel que en ella ha desempeñado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). Este Tribunal ha logrado con su labor, garantizar una visión común e independiente de los respectivos Estados miembros. En síntesis, la primacía del Derecho Comunitario europeo frente al Derecho interno de los países, es fruto de su firme evolución jurisprudencial.

Recordemos que en el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000, se revela la inquietud de comenzar los estudios para revisar el sistema actual de solución de controversias del Mercosur, a fin de que su estructura institucional sea acorde con la evolución de la Unión Aduanera.

Quizás la inquietud demostrada, sea el punto de partida de la creación de este organismo supranacional e independiente cuya ausencia puede ser fuente de graves problemas en el proceso de integración.

⁸ Ana Isabel Piaggi, *Solución de Controversias en el Mercosur*, Revista de Derecho de los Negocios, año 7 número 65.

V. UNIÓN ADUANERA Y TRATAMIENTO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCOSUR

A. LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El artículo uno del capítulo uno (Propósitos, Principios e Instrumentos) del Tratado de Asunción, señala que los Estados partes deciden constituir un Mercado Común, lo cual implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente.
- El establecimiento de un arancel externo común⁹ y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los estados partes y,
- El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para

lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Algunos de estos principios tienen como destinatarios a las partes involucradas, mientras que otros regulan las relaciones comerciales de éstos con terceros Estados. En este trabajo nos ocuparemos de la libre circulación de mercancías dentro del Mercosur.

La libre circulación de mercancías¹⁰ (bienes, servicios y factores de producción) se muestra como uno de los pilares básicos para la consecución y establecimiento del Mercado Común del Sur¹¹. En tal sentido, el artículo uno del anexo uno (Programa de Liberalización Comercial) del Tratado de Asunción señalaba que los Estados acordaban eliminar, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, los gravámenes¹² y demás restricciones¹³ aplicadas en su comercio recíproco, y como consecuencia de esto, a partir del 1 de enero de 1995, el principio general vigente en el comercio intraregional es el libre acceso al mercado, salvo para un conjunto delimitado de productos, como se señala expresamente en el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000¹⁴.

La libre circulación de mercancías deberá permitir entonces la libertad de importación, exportación o tránsito de productos provenientes de los Estados firmantes, tanto de los que sean originarios¹⁵ como

⁹ Sobre este tema existe la Decisión 13/93: Arancel Externo Común. Documento Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común; la Decisión 5/94: Unión Aduanera. Régimen transitorio de adecuación; la Decisión 7/95: Arancel Externo Común, Aprueba Proyecto, en el que se determina el periodo de convergencia hacia el arancel, previéndose su culminación para el 1 de enero del 2006. Posteriormente, en la Reunión del Consejo del Mercado Común, se aprueba la Decisión del Consejo del Mercado Común 22/94, sobre el arancel externo común y la Decisión 24/94 sobre el régimen de adecuación.

¹⁰ El Tratado de Asunción no define lo que se debe entender por mercancías, como si lo hace por ejemplo el artículo nueve punto dos del TCEE, que señala que estas comprenden a los productos originarios de los Estados miembros cuanto a los que, siendo procedentes de terceros países, se hallan en libre práctica en alguno de aquéllos. Sin embargo, hace referencia a que la libre circulación deber ser sobre bienes, servicios y factores productivos, que en nuestra opinión deben ser entendidos de forma amplia, y además contiene el anexo 11, el cual trata del régimen general de la calificación de origen.

¹¹ El ejemplo de la Comunidad Económica Europea nos muestra que sin un adecuado sistema que garantice la libre circulación de mercancías no es posible establecer un Mercado Común que funcione como tal.

¹² El artículo dos del anexo uno del Tratado de Asunción define lo que se debe entender como gravamen a los efectos del Tratado, señalando que por tal se deben entender los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que inciden sobre el comercio exterior.

¹³ El artículo dos del anexo 1 del Tratado de Asunción también señala lo que hay que entender por restricciones; que son cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.

¹⁴ Para la consecución de estos objetivos, el Programa de Acción hasta el 2000 ha establecido un Régimen de Adecuación, que tiene como objetivo el cumplimiento del cronograma de desgravación, con el fin de lograr el acceso libre de barreras arancelarias para todas las mercancías para el año 2000. También se ha establecido la eliminación y armonización de restricciones y medidas no arancelarias, que tiene como objetivo permanente eliminar las restricciones no arancelarias que constituyan obstáculos para el comercio.

¹⁵ El régimen de origen se aplica para exigir que los beneficios de las rebajas arancelarias que se conceden entre un grupo de países sea efectivamente aplicado a productos elaborados en cada uno de ellos y no a productos importados de extra-zona para ser re-exportados a la región. Este es, para el Mercosur, el caso de las listas de excepciones al arancel externo común, ya que un producto puede importarse por un Estado con un arancel inferior al de otro Estado. Cuando el arancel externo común se encuentre vigente, el régimen de origen ya no será necesario. Todos los productos pagarán el mismo arancel al introducirse en cualquier Estado parte. El artículo uno del capítulo uno del anexo dos del Tratado de Asunción (que ha sido sustituido por las Decisiones 6/94 y 23/24), señalaba que serán considerados originarios de los Estados partes: a) Los productos elaborados íntegramente en el territorio de cualquiera de ellos, cuando en su elaboración se utilicen, exclusivamente, materiales originarios de los Estados partes. b) los productos comprendidos en posiciones de la nomenclatura arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración que se identifican en el anexo uno de la Resolución 78 del Comité de Representantes de la citada Asociación, por el sólo hecho de ser producidos en sus respectivos territorios. c) los productos en cuya elaboración se utilicen materiales que no sean originarios de los Estados partes cuando resulten de un proceso de transformación realizado en el territorio de alguno de ellos, que les confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificados en la nomenclatura arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración en posición diferente a la de dichos materiales, excepto en los casos en que los Estados partes determinen que, además, se cumpla con el requisito previsto en el artículo dos del presente anexo.

de los que sin serlo se encuentren en libre práctica en algunos de ellos.

La eliminación de los derechos aduaneros es uno de los medios por los cuales se pretende facilitar la libre circulación de mercancías, y tiene como propósito el establecimiento de un arancel cero al que se debió llegar el 31 de diciembre de 1994¹⁶; con el mismo fin, se estableció la eliminación de restricciones no arancelarias¹⁷ (que son mecanismos de carácter no financiero protectores de la industria nacional que se manifiestan, por lo general, mediante la fijación de topes máximos a la importación o exportación de determinados productos o a través de la prohibición total), y la eliminación de cualquier otra medida equivalente (que son igualmente obstáculos distintos de los derechos aduaneros). Esta noción de efecto equivalente encierra el resto de restricciones indirectas al comercio, y como tal, no es de fácil comprensión, y es aquí donde pensamos surgirán los mayores problemas para el establecimiento de un verdadero régimen de la libre circulación de mercancías en el interior del Mercado Común del Sur, ya que las medidas de efecto equivalente pueden ser de una gran variedad y muy sofisticadas¹⁸.

Cabe señalar que el Tratado de Asunción establecía en el anexo cuarto, con carácter excepcional y con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 1994—fecha en que concluía el período transitorio—, la posibilidad de que los Estados miembros aplicaran cláusulas de salvaguarda a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial¹⁹. Mediante estas cláusulas el Estado perjudicado por la excesiva importación de un de-

terminado producto que causare daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia del aumento de las importaciones provenientes de los otros Estados partes en un corto período, podría solicitar al Grupo del Mercado Común la realización de consultas a fin de eliminar esta situación.

La determinación del daño o amenaza, en este caso, debía ser analizada por cada país teniendo en cuenta la evolución de aspectos relacionados con el producto en cuestión tales como: nivel de producción, nivel de empleo, participación en el mercado, nivel de comercio entre las partes involucradas o participantes en la consulta, desempeño de las importaciones y exportaciones en relación a terceros países. No considerándose para tal determinación los cambios tecnológicos o cambios en las preferencias de los consumidores a favor de productos similares o competitivos dentro del mismo sector.

La aplicación de estas cláusulas dependía en cada país de la aprobación final de la sección nacional del grupo común.

Ahora, el Programa de Acción del Mercosur hasta el 2000 en su capítulo dos (El Perfeccionamiento de la Política Comercial Común), punto dos (Nuevos Instrumentos Comunes de Política Comercial), literal b (Reglamento sobre Salvaguardias), señala que el Mercosur deberá contar con un Reglamento Común sobre Salvaguardias acorde con la normativa de la OMC, lo cual nos parece correcto, ya que se prevé así la adecuación de estas normas a lo acordado por la comunidad internacional.

¹⁶ Hay que señalar que hasta el momento no se ha logrado el arancel cero para todos los productos de las listas. Se han acordado listas de productos en que cada país los mantiene por un tiempo, sujetos a derechos o gravámenes de importación. Estas listas son diferentes en cuanto a su contenido, tanto de tipo de productos como de cantidad de los mismos. En este último aspecto, y expresado en cantidad de posiciones arancelarias del arancel externo común del Mercosur, son menores las de Argentina y Brasil (221 y 28 respectivamente) y mayores las de Paraguay y Uruguay (272 y 950 respectivamente).

¹⁷ En la nota 5 hemos hecho mención sobre lo que el Programa de Acción hasta el 2000 señala al respecto de las restricciones y medidas no arancelarias.

¹⁸ Creemos que puede ser un buen referente también para el Mercosur lo que señala Fernández Arroyo ("Libre Circulación de Mercancías". Enciclopedia Jurídica Básica. Ed. Civitas 1995. pág. 4080), sobre los elementos considerados destacables por la Comisión Europea en la Directiva 70/50/CBE para apreciar la existencia de una medida equivalente: la existencia de una decisión estatal de cualquier tipo, sea legal administrativa o reglamentaria, práctica habitual de la administración, consejo o incitación a los operadores económicos o público en general; el objetivo perseguido debe ser entorpecer total o parcialmente las importaciones de determinado producto o de todos en general; debe tratarse de una medida directamente discriminatoria, no estando comprendidas, en principio, las que son indistintamente aplicables a las mercancías nacionales y a las importadas. Asimismo, la Directiva brinda también algunos ejemplos de medidas de efecto equivalente como: imposición de precios menos favorables a los productos importados que a los nacionales; impedimento de utilizar instalaciones o equipos nacionales para los productos importados; obligación del exportador de tener representación en el país del importador; condiciones diferentes en el uso de la publicidad según se trate de productos importados o nacionales.

¹⁹ Este programa consiste en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario.

Existen también, otras disposiciones que coadyuvan a la libre circulación de mercancías, como el artículo siete del Tratado de Asunción, que señala que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado gozarán en los otros Estados partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional. También la Decisión 29/94 del Consejo del Mercado Común, que ha encomendado a un comité técnico la elaboración de un régimen común para el sector automotriz que debe entrar en vigencia a partir del 2000 sobre la base de tres elementos: la liberación total del comercio intra-zona, un arancel externo común y la ausencia de incentivos nacionales que distorsionen la competitividad en la región; la Resolución 124/94 del Grupo del Mercado Común, que ha encomendado a un comité técnico estudiar la conveniencia de establecer una política común aplicable a la importación de productos textiles de países de extra-zona, en atención a las particularidades del comercio internacional del sector y de conformidad con la normativa de la OMC. Todas estas decisiones y resoluciones se encuentran mencionadas en el Programa de Acción hasta el 2000.

Asimismo, se ha creado un Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, a fin de reducir las distorsiones y los impedimentos al comercio y la circulación de bienes y servicios en el territorio de los Estados partes y garantizar que el ejercicio de tales derechos no represente en sí mismo una barrera al comercio legítimo²⁰

Finalmente, queremos señalar que el Tratado de Asunción no contiene una disposición que consagre excepciones a los principios fundamentales que establecen el mercado único como la que se contiene el artículo treintiséis del TCEE, que señala como razones que justifican las restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías al orden público, moral, seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas y animales, protección del patrimonio artístico, histórico y arqueológico nacio-

nal, preservación de vegetales y protección industrial y comercial. Sin embargo, creemos que por la importancia de estos temas estos mismos criterios van a ser tomados en cuenta para ponderar alguna medida adoptada por un Estado parte que sea contraria a la libre circulación de mercancías dentro del Mercosur.

Destino regional de las exportaciones por país exportado (%)

Región de destino	Argentina*	Brasil*	Chile**	México*
Mercosur.	35	13	11	1
Resto de América Latina y el Caribe sin México.	14	8	7	5
América Latina y Caribe, sin México.	49	21	18	6
Nafta	10	21	16	87
América	59	42	34	93
Unión Europea	22	27	27	5
Asia-Pacífico	6	18	35	2
Resto del mundo	13	13	4	0
TOTAL	100	100	1000	100

*1 bimestre de 1996

**Año 1995

Fuente: Embajada Argentina en Brasil

[Htt/www.intervoz.com.ar/cordoba/mecosur.htm](http://www.intervoz.com.ar/cordoba/mecosur.htm)

B. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Otro de los principales objetivos del Mercosur es asegurar las condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros, por medio de la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los países firmantes.

Para tal fin, los países miembros han firmado el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur²¹, a fin de consolidar la Unión Aduanera y asegurar las condiciones adecuadas de competencia. Asimismo, se han firmado otros documentos con miras a asegurar la libre competencia dentro de la zona como el "Reglamento relativo a la Defensa contra las Importaciones que sean objeto de *Dumping* o de Subsidios provenientes de países no miembros del mercado común". De igual forma, el Programa de Acción hasta el 2000, en el capítulo uno (Consolidación y Perfeccionamiento de la Unión

²⁰ Este Protocolo es de suma importancia y deberá jugar un papel primordial en la creación de un mercado común, ya que, como se puede apreciar de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, estos asuntos generan gran cantidad de conflictos en lo referente a la libre circulación de mercancías.

²¹ El Protocolo entrará en vigencia, según se señala en su artículo 33 (Disposiciones Finales y Transitorias), 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, con relación a los dos primeros Estados partes que lo ratifiquen y, en el caso de los demás signatarios, en el trigésimo día después del depósito del respectivo instrumento de ratificación. Debemos señalar que hasta la fecha ningún Estado parte ha ratificado este documento.

Aduanera), punto uno (Consolidación de Libre Comercio y las Condiciones de Competencia intra Mercosur)²², numeral 1.3 (Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad), señala como meta garantizar a la producción de los Estados partes condiciones equitativas de competencia, para que la liberalización del comercio efectivamente permita la constitución de un espacio económico ampliado, y para tales efectos la Comisión de Comercio del Mercosur identificará las políticas públicas que puedan distorsionar la competencia; y el numeral 1.4 (Defensa de la Competencia) señala la necesidad de concluir e implementar el Protocolo de Defensa de la Competencia a fin de buscar la mayor eficacia práctica de dicha norma.

Como se aprecia –y no podía ser de otra forma-, la Defensa de la Competencia es un tema al cual se ha dado una importancia relevante, contando ya con una norma especial, así como con planes de futuro. En los considerandos del Protocolo de Defensa de la Competencia se señala que los Estados deben asegurar, en el ejercicio de las actividades económicas en sus territorios, iguales condiciones de libre competencia; así tenemos que ésta se torna en un principio fundamental para el buen funcionamiento del Mercado Común del Sur.

El artículo dos del Protocolo señala que forman parte de su ámbito de aplicación tanto los actos realizados por personas físicas o jurídicas, sean de Derecho público o privado, u otras entidades que produzcan efectos sobre la competencia en el

Mercosur, quedando expresamente excluidas las empresas que ejercen monopolio estatal²³.

El capítulo dos está dedicado a las Conductas y Prácticas Restrictivas de la Competencia, señalándose en el artículo cuarto²⁴ que serán considerados así: los actos individuales o concertados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes²⁵.

Luego, el artículo seis establece un listado muy amplio y abierto de conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia²⁶ y que por razones de espacio no vamos a transcribir aquí.

Los Estados partes del Mercosur deberán adoptar normas comunes para el control de los actos y contratos restrictivos de la competencia a fin de incorporarse a la normativa del Mercosur²⁷.

Ahora bien, cuando una conducta es susceptible de caer en el ámbito de aplicación del artículo cuarto del Protocolo de Defensa de la Competencia, se inicia el procedimiento de aplicación del Protocolo, regulado en el capítulo V del mismo, y que puede ser iniciado de oficio o por la parte legítimamente interesada ante los órganos nacionales²⁸ de aplicación, que lo elevarán conjuntamente con una evaluación técnica al Comité de Defensa de la Compe-

²² Este punto primero señala que la meta inmediata y permanente en relación al comercio intrarregional es implementar los acuerdos existentes, de forma tal que se garantice la efectiva existencia del espacio económico ampliado, y se permita una asignación de recursos más eficiente y consecuentemente niveles más altos de ingreso y bienestar.

²³ En la medida que las reglas del Protocolo de Defensa de la Competencia no impidan el desempeño regular de atribuciones legales.

²⁴ El TCEE contiene dos artículos que tratan el tema de la Libre Competencia y que son muy similares a éste, como el artículo 85, que prohíbe los acuerdos, decisiones de asociaciones y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia; y el artículo 86, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de una posición dominante en el mercado o en un parte sustancial del mismo, siempre que dicha situación pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

²⁵ Los conductas mencionadas en el artículo cuatro serán restrictivas de la competencia con independencia de la culpa, sean éstas individuales o concertadas sin importar su forma de manifestación.

²⁶ Este listado no es cerrado, sino que además de las conductas señaladas pueden darse otras, siempre que configuren la hipótesis del artículo 4, ya que en él se dice: "las siguientes conductas entre otras...". Creemos que esta fórmula es acertada, ya que da flexibilidad a la norma y le permite no quedar obsoleta ante la posibilidad de que surjan futuras prácticas restrictivas que no se encuentren indicadas expresamente.

²⁷ El propio artículo 7 establecía a este respecto un plazo de dos años. También, y con relación el artículo 32 (Disposiciones Finales y transitorias), la misma norma señalaba que desde la entrada en vigencia del Protocolo los Estados partes se comprometían, dentro del plazo de dos años, a elaborar normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas del Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados partes. Y para ello se debe tener en consideración los avances sobre el tema de las políticas públicas que distorsionan la competitividad y las normas pertinentes de la OMC.

²⁸ Son órganos de aplicación del Protocolo en cada Estado parte.

tencia²⁹, quien luego de un análisis previo procederá a abrir investigación o, *ad referendum* de la Comisión de Comercio del Mercosur lo archivará.

Hay que señalar que la Comisión de Comercio del Mercosur³⁰ es el máximo organismo de aplicación del Protocolo y a ella se elevarán regularmente informes sobre el estado de tramitación de los casos. Existe la posibilidad de que dentro de este procedimiento se adopten medidas cautelares o preventivas –como las llama la propia norma-, que podrán tomarse en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia por el Comité de Defensa de la Competencia, *ad referendum* de la Comisión de Comercio, y que serán aplicadas por el órgano nacional donde se encuentra domiciliada la parte denunciada. Estas medidas incluyen el cese inmediato de la práctica sometida a la investigación, el restablecimiento a la situación anterior u otras que sean necesarias.

Las investigaciones de las prácticas restrictivas se llevarán a cabo por el órgano nacional del domicilio del denunciado, quien será auxiliado por los órganos nacionales de los demás Estados partes; teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada. Una vez concluida la investigación, el órgano nacional deberá presentar un dictamen conclusivo al Comité de Defensa de la Competencia; quien teniendo en cuenta el dictamen y *ad-referendum* de la Comisión de Comercio, determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones o demás medidas que correspondan, y será también el órgano nacional quien ejecute las penalidades.

Las sanciones podrán ser el cese definitivo de la práctica infractora: multa basada en las ganancias obtenidas por la comisión de la práctica infractora, la facturación bruta o los activos involucrados; prohibición de participar en los regímenes de compras públicas en cualquiera de los Estados parte y prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquier Estado parte por un plazo determinado.

Si el Comité de Defensa de la Competencia no alcanzara consenso en su decisión sobre el proceso,

elevará sus conclusiones a la Comisión de Comercio; consignando las divergencias existentes, y esperando el pronunciamiento que emitirá mediante la adopción de una Directiva.

C. PROTOCOLO DE ARMONIZACIÓN DE NORMAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Esta norma tiene una gran importancia dentro del establecimiento de un mercado común, ya que gran parte de los conflictos, en lo que a libre circulación de mercancías se refiere, vendrán precisamente por el lado de los derechos de propiedad industrial, sean estos marcas, indicaciones de procedencia, denominaciones de origen, patentes, etc. Es por esta razón, que vamos a tratarla de forma un poco más amplia.

El Protocolo se ocupa especialmente de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. Los Estados partes se comprometen a otorgar como mínimo una protección efectiva a los derechos de propiedad industrial derivada de los principios del referido Protocolo; se puede conceder una protección más amplia, siempre que no sea incompatible con las normas y principios del Convenio de París (Acta de Estocolmo de 1867) y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994 (Acuerdo Trips) negociado en el ámbito de la Ronda de Uruguay, que los Estados partes están obligados a observar.

Establece también el Protocolo la obligación de los Estados partes de conceder a los nacionales de los demás Estados partes un tratamiento no menos favorable que el que conceden a sus propios nacionales.

En lo que se refiere a las marcas, el artículo quinto de la mencionada norma señala que se reconocerán como tales, a los efectos de su registro, a cualquier signo que sea susceptible de distinguir en el comercio productos o servicios. Es decir, el Protocolo exige la inscripción para que un signo obtenga protección; y señala luego que los Estados partes podrán exigir como condición del registro que el signo sea visualmente perceptible.

²⁹ El Comité de Defensa de la Competencia es un órgano de naturaleza intragubernamental, que está integrado por los órganos nacionales.

³⁰ El artículo 10 del Protocolo de Ouro Preto señala las atribuciones de este organismo, entre las cuales se encuentra ésta.

Se obliga también a los Estados partes a proteger las marcas de servicio y las marcas colectivas, dejando, sin embargo, a la decisión de cada Estado la protección de las marcas de certificación.

El artículo seis del Protocolo contiene un listado abierto de signos que pueden constituir marcas tales como: las palabras de fantasía, nombres, seudónimos, lemas comerciales³¹, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampas, orlas, líneas y franjas, combinaciones y disposiciones de colores, y la forma de los productos, de sus envases o acondicionamientos, o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios³².

Las marcas podrán consistir en indicaciones geográficas nacionales o extranjeras, siempre que no constituyan indicaciones de procedencia o una denominación de origen según el Protocolo.

La solicitud del registro de la marca podrá ser hecha tanto por personas físicas como jurídicas con legítimo interés, y tendrá prelación en el registro aquél que primero la solicite, salvo que ese derecho sea reclamado por un tercero que la haya usado en forma pública, pacífica y de buena fe, en cualquier Estado parte, durante un plazo mínimo de seis meses, siempre que al formular su impugnación solicite el registro de la marca. Nótese que no se protege el uso sino que se otorga prioridad para el registro a aquél que cumpla con los requisitos mencionados; creemos que esta fórmula es acertada, porque permitirá a aquellos signos que han sido usados en el comercio de un Estado parte, sin que hayan sido registrados y sean reconocidos por un número de consumidores, acceder al registro y tener una protección más fuerte que aquella que se podía otorgar en su caso por competencia desleal.

El artículo nueve contiene un listado abierto de las prohibiciones (absolutas) para que un signo sea registrado como marca, prohibiendo así el acceso al registro a los signos que sean descriptivos o genéricamente empleados para designar productos o servicios o tipos de productos o servicios que el signo pretende distinguir; así como los que constituyan indicación de procedencia o denominación de ori-

gen; los signos engañosos, contrarios a la moral, al orden público, ofensivos para las personas vivas o muertas o a los credos; los constituidos por símbolos nacionales de un país; los susceptibles de sugerir falsamente vinculación con personas vivas o muertas o con símbolos nacionales de cualquier país, o atentatorios de su valor o respetabilidad. También señala el propio artículo nueve la prohibición (relativa) de registro de aquellos signos que afecten derechos de terceros, en particular, los que imiten o reproduzcan, en todo o en parte, una marca que el solicitante evidentemente no podía desconocer como perteneciente a un titular establecido o domiciliado en un Estado parte y susceptible de causar confusión o asociación.

Se sanciona con nulidad los registros de marcas solicitados de mala fe que afecten comprobadamente derechos de terceros, con lo cual corresponde a la persona que pretende oponerse al registro probar la mala fe del solicitante. También el artículo 14 prevé la nulidad si el registro contraviene lo establecido en los artículos 8 y 9 del Protocolo, debiendo declararse además dicha nulidad únicamente respecto de los productos o servicios para los que se dieran las causales.

El plazo de prescripción de la acción de nulidad puede ser establecido por cada parte, sin embargo, el Protocolo señala que si el registro ha sido obtenido de mala fe, el plazo para ejercer la acción es imprescriptible.

De manera muy acertada, el artículo nueve también otorga protección a la marca notoria en los términos del artículo 6bis del Convenio de París, sea esta de productos o de servicios, y, para tal efecto, señala que se debe tomar en cuenta el conocimiento del signo en el sector del mercado pertinente, inclusive el conocimiento en el Estado parte en que se reclama la protección, adquirido por efecto de una publicidad del signo.

Finalmente, el artículo nueve regula, a nuestro entender con una no muy acertada redacción, la marca renombrada³³, cuando señala expresamente que las partes asegurarán en su territorio la protección de

³¹ Los lemas comerciales no están regulados en todos los países, por ejemplo, en España la Ley de Marcas no los regula como marca, y existen otros países que lo regulan como un signo distintivo independiente de las marcas como es el caso de la legislación mercantil del Perú.

³² Esto se refiere a la disposición, ordenamiento y decorado de los locales o establecimientos comerciales, lo cual a nuestro entender es acertado, ya que antes éstos debían ser protegidos únicamente por competencia desleal.

³³ El profesor José Massaguer define la marca renombrada como "la que, como consecuencia del uso que de la misma se ha hecho en el tráfico, primero, posee una extraordinaria fuerza distintiva: es conocida como marca que utiliza una determinada empresa por la mayor parte del público consumidor de todo el Estado -y no sólo por parte de los destinatarios naturales o característicos de los productos o servicios en principio distinguidos con ella o por los consumidores de sólo una parte del mercado- y, además, posee una considerable fama o buen nombre, específicamente debido a la calidad elevada de los productos o servicios a que aplica". (Voz "marca renombrada" en: Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas 1995, pág. 4192).

las marcas de los nacionales de los Estados partes que hayan alcanzado "un grado de conocimiento excepcional", contra su reproducción o imitación "en cualquier ramo de la actividad", siempre que haya posibilidad de perjuicios. De ser esto así, creemos que es un acierto, ya que la marca renombrada como tal casi no ha sido consagrada en ninguna norma y es, como señala el profesor Massaguer, una creación de la doctrina científica³⁴.

El artículo diez del Protocolo regula el plazo de vigencia del registro de marca (diez años), la posibilidad de su prorrogación por períodos iguales³⁵ y la obligación de los Estados partes de cumplir como mínimo con lo establecido en el artículo 5bis del Convenio de París³⁶.

En lo que se refiere a los derechos conferidos por el registro de la marca, ésta confiere a su titular el uso exclusivo, e impide a cualquier tercero realizar sin su consentimiento, entre otros, los siguientes actos: uso en el comercio de un signo idéntico o similar a la marca para cualquier producto o servicio cuando tal uso pudiese crear confusión o riesgo de asociación con el titular del registro; o de un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza o del valor comercial de la marca; o de un aprovechamiento indebido del prestigio de la marca o de su titular.

El artículo doce del Protocolo regula el uso de la marca por terceros y no permite al titular del registro prohibir que un tercero use, a menos que lo haga de buena fe y no sea capaz de causar confusión, entre otras, las siguientes indicaciones: a) su nombre o dirección o las de sus establecimientos mercantiles; b) indicaciones o informaciones sobre la disponibilidad, la utilización, aplicación o compatibilidad de sus productos o servicios, en particular con relación a piezas de recambio o accesorios.

En el artículo trece se regula un tema fundamental y de gran trascendencia para el establecimiento de

un mercado único, como lo es el del agotamiento del derecho de marca. Se señala que el registro de una marca no podrá impedir la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio por el titular o con su autorización, comprometiéndose los Estados partes a prever en sus respectivas legislaciones medidas que establezcan el agotamiento del derecho conferido por el registro.

Como señala el profesor José Massaguer³⁷, la finalidad del agotamiento reside en evitar que la protección jurídica de la marca permita a su titular monopolizar el tráfico de productos distinguidos con una marca -cuando ésta cumpla adecuadamente la función que le es propia y se halle tutelada jurídicamente por el ordenamiento- y, al tiempo, evitar que la marca se convierta en instrumento que permita discriminar precios y mercados locales sin que ello encuentre justificación en el aseguramiento de la función del sistema de marcas.

El agotamiento priva al titular de la marca de la facultad de prohibir a terceros su utilización en relación con productos previamente comercializados por él o con su consentimiento. El artículo trece habla de "autorización del titular", lo que supone, entendemos, consentimiento; creemos también que este consentimiento no debe ser expreso, como lo regula por ejemplo el artículo treintidós de la Ley de Marcas española, sino que tal consentimiento debe ser interpretado, como dice el profesor Masaguer³⁸, en el sentido de la Directiva de la Marca Comunitaria de la CEE; con lo que deben reputarse consentidas o autorizadas -en términos del propio artículo trece- no sólo las comercializaciones efectuadas por el titular de la marca, sino también por terceros vinculados -económica o jurídicamente- siempre que el titular de la marca hubiere estado en condiciones de determinar la calidad de los productos distinguidos con ella. Debemos mencionar que en este punto seguimos al profesor Massaguer y su estudio sobre el tema en la CEE, ya que considera-

³⁴ Cfr. José Massaguer, voz "Marca Renombrada"... ob.cit., pág. 4192.

³⁵ En este punto es importante resaltar que llama la atención que el punto cinco del artículo diez del Protocolo señala que "a efectos de la prórroga ninguna de las partes podrá exigir que la marca esté en uso". En el caso de la Ley de Marcas argentina, la misma exige en su artículo veinte que el que solicita la prórroga haga una declaración jurada de que la misma ha sido utilizada.

³⁶ El mismo concede "un plazo de gracia, que deberá ser de seis meses como mínimo, para el pago de las tasas previstas para el mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, mediante el pago de una sobretasa, si la legislación nacional lo impone. Los países de la Unión tienen la facultad de prever la rehabilitación de las patentes de invención caducadas como consecuencia de no haber pagado las tasas".

³⁷ Cfr. "Acerca del agotamiento internacional del derecho de marca (A propósito de algunas recientes Sentencias de Audiencia Provincial)". *Arazadi Civil*, 1996, pág. 10.

³⁸ "Acerca...", ob.cit.

mos que los problemas suscitados ahí serán muy similares, sino los mismos, que en el futuro se darán en el Mercosur.

No cabe duda también que en el Mercosur se dará la polémica –teniendo en cuenta que el Protocolo no se pronuncia expresamente- sobre el alcance territorial del agotamiento del derecho de marca: de si éste tendrá un carácter comunitario (limitación del agotamiento al Mercado Común del Sur como ámbito en el que se produce la comercialización) o si, por el contrario, su carácter es supralocal/internacional (eficacia universal del agotamiento).

En lo que a cancelación del registro por falta de uso de la marca se refiere, el artículo quince señala que en los Estados partes donde esté prevista la obligación del uso de la marca, la autoridad competente, a pedido de parte, (que no procederá antes de transcurridos cinco años contados desde la fecha de su registro), podrá cancelar el registro de la marca si ésta no hubiese sido usada en ningún Estado firmante durante los cinco años precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación (a menos que la autoridad nacional competente considere que existen motivos que a su juicio justifiquen su no uso). Existe en este punto la posibilidad de prever la caducidad parcial del registro.

La carga de la prueba del uso de la marca corresponde al titular de la marca según el artículo dieciséis, con lo que la carga probatoria se invierte.

Finalmente, en lo que a marcas se refiere, el artículo dieciocho contiene el compromiso de los Estados partes de establecer un procedimiento administrativo de oposición a las solicitudes de registro, así como para la nulidad del mismo.

Sobre las Indicaciones de Procedencia y las Denominaciones de Origen, el Protocolo contiene una regulación muy acertada, ya que unificará en este punto lo que los Estados partes deberán entender por aquéllas. El Protocolo define lo que para efectos del mismo se debe entender por Indicación de Procedencia, señalando que serán consideradas como tales “el nombre geográfico del país, ciudad, región o localidad de su territorio, que sea conocido como centro de extracción, producción o fabricación de determinado producto o de prestación de determinado servicio”; y son consideradas Denominación de Origen “el nombre geográfico de país o ciudad, región o localidad de su territorio, que designe productos o servicios cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, incluidos factores naturales y humanos”.

El artículo veintiuno del Protocolo, que se encuentra dentro las Disposiciones Finales, señala la obligación de los Estados partes de proteger las variedades de plantas y otras obtenciones vegetales mediante patentes, o un sistema *sui-generis*, o cualquier otro sistema resultante de la combinación de ambos. Este es un tema que, a nuestro juicio, merece por parte de los países miembros del MERCOSUR una regulación especial, ya que hay que tener en cuenta que dentro del mismo se encuentran dos países con una rica variedad de especies vegetales como Brasil y Argentina, y que Chile, otro país con gran potencial en este campo, es país asociado.

Finalmente, en los artículos veintidós y veintitrés se prevé que los Estados partes deberán implementar medidas efectivas para reprimir la producción y el comercio de productos piratas o falsificados, y el compromiso de éstos de realizar esfuerzos por concluir a la brevedad acuerdos adicionales sobre patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, derechos de autor y conexos, así como de otras materias relativas a la propiedad intelectual.

Como vemos, la propiedad intelectual es un tema de gran importancia para el establecimiento del Mercado Común del Sur, habiendo sido tratado también este tema en el Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000 en su Capítulo tres (Dimensión Global de la Integración), punto siete (Propiedad Intelectual), donde se señala que el objetivo central de este Programa es dar seguimiento a las negociaciones para la elaboración de acuerdos que, con base en las normas internacionales vigentes en la materia, protejan adecuadamente los derechos de propiedad intelectual en el Mercosur, evitando, entre otros, prácticas desleales y eventuales obstáculos al comercio.

En lo que a Defensa del Consumidor se refiere está pendiente de aprobación el Reglamento en Materia de Defensa del Consumidor; mientras no se apruebe, cada Estado parte aplicará su legislación interna y no podrá imponer otras exigencias superiores a las vigentes para sus propios productos y servicios nacionales.

VI. SECTOR LABORAL

Este aspecto, junto con el social, no han sido priorizados por el Mercosur desde un inicio; tanto es así, que el Tratado de Asunción en su preámbulo señalaba únicamente, refiriéndose al aspecto social, que el Tratado plantea como objetivo “acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus

habitantes". Sin embargo, como la integración regional impacta tanto en el aspecto social como en el laboral, los Ministros de Trabajo y los sectores sindicales de los países miembros constituyeron, mediante la firma en diciembre de 1991 de un protocolo adicional, el Sub-Grupo de Trabajo número once (Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social)³⁹, en el cual se ha abordado el problema mediante el análisis y la negociación sobre estos temas.

Repetidas veces hemos señalado que la integración regional implica la desaparición de barreras arancelarias y no arancelarias entre los países miembros, así como el establecimiento de condiciones del bloque regional frente al resto del mundo. Situación que se va estableciendo paulatinamente y que impacta directamente en la estructura productiva de los países involucrados, provocando efectos en el nivel de seguridad en el empleo, condiciones de trabajo, niveles de remuneración, desequilibrio de poderes en las relaciones colectivas de trabajo, etc. Además, la articulación de empresas entre los países, así como la mayor presencia de multinacionales y la movilidad de los factores de producción, presentan entre los países de la región un nuevo escenario.

Todo esto exige la creación de políticas y acuerdos que eviten estos desequilibrios, así como las prácticas de *dumping* social⁴⁰.

Frente a esto se plantea una respuesta ágil y adecuada en la recapacitación del trabajador en los procesos de reconversión de empresas y sectores para disminuir el impacto; en un perfeccionamiento del seguro de desempleo, que permita cubrir al mayor número posible de personas afectadas; en la creación de un Fondo de Garantía contra la insolvencia de las empresas, que proteja al trabajador de la pérdida de su trabajo y de la imposibilidad de cobrar sus beneficios.

Por la libre circulación de mano de obra que generará migraciones de trabajadores dentro del Mercosur, es necesario, a fin de remediar el desequilibrio, regular la admisión de trabajadores en otros países (supresión de trámites migratorios, unificación de la documentación de identidad, facilidades para establecerse con su familia y sus bienes etc.) bajo el principio de igualdad de trato. Se trata de garantizar en cada país -mientras se reglamenta esta liber-

tad- el cumplimiento de la normativa laboral (condiciones de trabajo, remuneración, jornada, descansos); basando la competencia entre las empresas en la calidad de los productos o servicios, la tecnificación, la mejora de los procedimientos de comercialización, y no a expensas de los trabajadores reduciendo los beneficios adquiridos, o a través de la aplicación de prácticas de *dumping*.

Se hace necesario también coordinar los sistemas de Seguridad Social, garantizando mecanismos que permitan la acumulación de servicios prestados en los distintos países, el goce del beneficio generado en un país aún cuando se esté residiendo en otro, etc. Finalmente, cabe señalar que la evolución histórica, política y legislativa de los países del Mercosur, así como los distintos grados de desarrollo, provocan un conjunto de diferencias importantes en las legislaciones de los países, menores a nivel de Derecho Individual y mayores a nivel de Derecho Colectivo. Por tales motivos, existe el convencimiento de que la unificación de la normativa laboral es casi imposible, por lo que se trata de identificar las diferencias que afectan o impiden el desarrollo de la integración, mediante una labor preparatoria de conocimiento y acercamiento recíproco de las realidades nacionales, desarrollando un proceso de convergencia en los puntos definidos y tratando incluso de establecer regulaciones comunes.

VII. REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL MERCOSUR

Como se ha desarrollado en el transcurso del presente trabajo, hoy en día el Mercosur nos plantea una realidad muy particular, tanto en el plano jurídico como económico. Antes de culminar, nos ha parecido que puede resultar interesante hacer un esfuerzo por detectar las principales consecuencias que trae aparejada la actual estructura jurídica del Mercosur.

A nuestro criterio, el Mercosur está hasta ahora más cerca de ser un modelo de **cooperación** entre sus Estados miembros, que de **integración regional** propiamente dicha. Creemos que esto último es el gran objetivo del Mercosur, que en ese sentido se han dado pasos importantes, pero al mismo tiempo decisiones políticas futuras deberán producir cambios estructurales importantes que posibiliten alcanzar esa meta de forma más clara y decisiva.

³⁹ Hay que destacar que este sub grupo es el único que tiene integración tripartita: gobierno, trabajadores, empresarios.

⁴⁰ Se entiende por *dumping* social la utilización por las empresas de las diferencias de nivel de protección y remuneración entre los trabajadores de los países miembros, eligiendo aquellos con mano de obra más barata.

En un modelo de integración podemos al menos identificar cinco elementos configuradores: 1) la organización ejerce poderes propios conferidos a ella en el marco de una distribución de potestades, estos poderes resultan necesarios para el desarrollo de la integración; 2) en los órganos formados por representantes de los Estados, las deliberaciones pueden realizarse según las reglas de la mayoría, por oposición a la regla de la unanimidad; 3) los órganos están formados por personas que no son representantes de los Estados y que, sin embargo, participan en el poder de decisión; 4) los poderes de la organización se ejercen inmediatamente, sin pasar por el filtro que suponen los gobiernos nacionales, en beneficio o en contra de los particulares, lo que significa que pueden modificar directamente los ordenamientos jurídicos nacionales; 5) la organización se encuentra sometida a un ordenamiento jurídico muy desarrollado, cuya salvaguarda es preciso confiar a un Tribunal Superior de Justicia⁴¹.

Dicho esto, podemos afirmar que, tal como está diseñado hasta el momento el esquema institucional del Mercosur, no permite cumplir con estas exigencias. Tanto el CMC, como el GMC, están facultados para dictar normas, las mismas que se consagran como obligaciones para los Estados parte del Mercosur, pero hasta que no se produzca su incorporación al Derecho de cada país, las mismas no pueden ser aplicadas por los jueces como derecho positivo. Al mismo tiempo, la carencia de un Tribunal de Justicia genera, entre otras cosas, mayores dificultades cuando un Estado parte no cumple con lo resuelto por los órganos del MERCOSUR.

El Derecho de toda organización comunitaria supone tres características fundamentales:

1. Un Derecho Comunitario integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados.
2. Que las normas comunitarias ocupen su lugar en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte en calidad de Derecho Comunitario.

3. Que, por tanto, los jueces nacionales tengan la obligación de aplicar ese Derecho Comunitario⁴².

Haciendo algún parangón con el modelo de la Unión Europea, vemos que la facultad decisoria de los órganos del Mercosur no tiene el mismo alcance que las que corresponden a las instituciones de la Unión Europea. De esta manera, los reglamentos que dicta el Consejo de la Unión Europea, son obligatorios en todos sus elementos, se trata de normas directamente aplicables "en" cada Estado miembro y no "por" cada Estado miembro; generan derechos individuales en cada uno de los ciudadanos que integran la comunidad, permitiendo a estos invocar su regulación ante sus propios Tribunales nacionales y, finalmente, son normas que, tal como declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad en el asunto Costa/Enel, se imponen inclusive por sobre las propias constituciones de los Estados miembros⁴³. En la órbita del Mercosur esto no ocurre. Del análisis de los artículos 38, 40 y 41 del Protocolo de Ouro Preto surge que las normas que dictan los órganos del Mercosur requieren de un proceso de incorporación en cada uno de los ordenamientos nacionales⁴⁴, siendo los Estados partes quienes deciden los mecanismos necesarios para su ejecución. Si volvemos al sistema de la Unión Europea podríamos decir que las normas propias del Mercosur resultan de alguna manera semejantes, en cuanto a su naturaleza y características, a las Directivas que dicta el Consejo de la CEE. Sin embargo, esto tampoco sería del todo acertado. Una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea regula, aunque con otros efectos que los propios del reglamento, la aplicabilidad directa de las mismas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Esto no sucede, ni podrá ocurrir, en el MERCOSUR.

Pero las dificultades no acaban aquí, es decir, no solo estamos en presencia de normas que se imponen como mandatos para los Estados partes, sino que el incumplimiento por parte de los mismos no puede ser atacado ante ningún órgano jurisdiccio-

⁴¹ En este punto hemos seguido la exposición del doctor Francisco Molina del Pozo en su "Manual de Derecho de la Comunidad Europea". Edit. Trivium S.A. Madrid, 1990, Véase pág. 62.

⁴² En estos términos lo expresa el profesor Guy Isaac en su "Manual de Derecho Comunitario General", ed. Ariel, 1991, pág. 159.

⁴³ Cfr. en "Manual de Derecho Comunitario General" de Guy Isaac, ob cit. págs. 122 y 123.

⁴⁴ Con la única excepción de las que se destinan a organizar los trabajos y el funcionamiento de los órganos del proceso de integración. Ver X Reunión del CMC, Acta 1/96.2

nal del Mercosur por la sencilla razón de que el mismo no existe. Este es otro de los puntos de vital importancia. Sin un poder supranacional que interprete y asegure el cumplimiento del Derecho Comunitario será imposible alcanzar verdaderamente una integración regional⁴⁵.

Con lo hasta aquí expresado, más que obvia es la siguiente conclusión: un mercado común exige reglas de conducta comunes a sus Estados y a sus propios actores económicos, esto es, los particulares. La creación de ese marco regulatorio común debe provenir, en todo lo que sea necesario para garantizar la permanencia y desarrollo de los objetivos comunitarios, de un órgano de ese carácter. Los conflictos deben ser resueltos en base a ese substrato normativo, y, finalmente, su aplicación debe estar necesariamente encomendada a un órgano independiente y supranacional. Posibilitar que esto sea una realidad es el gran paso que debe dar el Mercosur.

Otro de los grandes desafíos del MERCOSUR es empezar a cumplir, aunque sea paulatinamente, con el "Programa de Acción del Mercosur hasta el Año 2000", aprobado por Decisión 9/95.

En él se fijan en gran medida el conjunto de exigencias necesarias para llegar a tener un mercado integrado, unificado, con reglas comunes en todo lo que tenga que ver con su actividad comercial, y con políticas macroeconómicas también comunes. Son materias aún pendientes la ejecución del cronograma de desgravación para los productos exceptuados hasta llegar al año 2000 con libertad absoluta de barreras arancelarias, en igual sentido, es objetivo permanente la eliminación de todo tipo de restricción no arancelaria, la aprobación e implementación del Protocolo de Defensa de la Competencia, el perfeccionamiento de una política comercial común, el cumplimiento de los procedimientos, plazos y metas para la convergencia de los aranceles nacionales aplicables temporariamente a los productos que se encuentran en excepción hasta arribar al 2006, con un arancel externo común que no supere el 20%, según las proyecciones que hasta el momento se hacen.

En relación a las relaciones externas del Mercosur, se ha dado un importante paso desde el momento en que se le otorgó personalidad jurídica. Para adelante, el Mercosur deberá asegurar la compatibilidad

de su normativa con lo establecido por las disposiciones del GATT de 1994, y los acuerdos resultantes de la Ronda de Uruguay. Asimismo, el Mercosur se ha planteado planificar las acciones de coordinación necesarias para la participación de los estados partes en las actividades de la OMC, en particular en lo relativo a las nuevas negociaciones que puedan iniciarse sobre los acuerdos aprobados en Marrakesh. La integración con la Unión Europea, y con los Estados Unidos y la Nafta se inscribe también en este punto. En lo que tiene que ver con la Unión Europea, todas las acciones deberán estar encaminadas a la ejecución del Acuerdo de Cooperación firmado para el establecimiento de una Asociación Interregional que incluya la liberalización progresiva y recíproca de los intercambios comerciales. Finalmente, la apertura del Mercosur a otros países del hemisferio sur es otro de los temas que ocuparán su agenda. Chile y Bolivia ya han firmado acuerdos bilaterales con el Mercosur, pero su integración definitiva aún no se ha producido.

En síntesis, como en todo proceso de integración regional, es largo y difícil el camino que queda por delante. Lo hasta ahora recorrido no es una cuestión menor, pero las necesidades de una mayor integración son cada vez más acuciantes para países que no logran conseguir estabilidad y crecimiento en sus economías. Frente a un mundo globalizado, ello sólo será posible desde un posicionamiento regional.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Agotar en un trabajo todo lo que sobre el Mercosur hay que decir y saber, sería muy pretensioso y casi imposible por lo extenso del tema. Sin embargo, creemos que el presente artículo, a pesar de no ser un estudio profundo sobre la materia, es una buena guía para aquel que quiera acercarse al estudio de un tema que hoy es de gran actualidad y que en el futuro tomará cada vez más importancia.

El Mercosur es, sin duda, en nuestra opinión, la respuesta adecuada por parte de los países sudamericanos a la consolidación de grandes espacios económicos como la Comunidad Económica Europea, Nafta o Asia-Pacífico, y pensamos que así también lo cree el gobierno del Perú, que por medio de la Comisión Andina ha iniciado conversaciones con el Mercosur tendientes a alcanzar un acuerdo de libre comercio.

⁴⁵ Vid. Supra.

**ESTUDIO
ECHEANDIA, MANINI & ASOCIADOS
ABOGADOS**

Los Castaños 335 San Isidro, Lima 27, Perú
Teléfonos (511) 4426283 -2227711 Fax (511) 2211688
e-mail : estudio@estuem.com.pe

ESTUDIO 
AGUIRRE CHUMBIMUNI
 **ABOGADOS**

Javier A. Aguirre Chumbimuni
Juana Luz Moscoso Callo

ESPECIALISTAS EN:

DERECHO PENAL

✉ Av. Carlos Villarán N° 351, Urb. Santa Catalina. Lima 13 - Perú.
☎ (0051-1) 471.2982 y (0051-1) 472.6270 Facsimil: (0051-1) 471.2982

RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAÜTELARES EN EL MERCOSUR, Y ANOTACIONES COMPLEMENTARIAS

Jorge W. Peyrano
Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidad Nacional de Rosario
Universidad Católica de Rosario

"La necesidad del proceso para tener razón, no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón"
Eduardo García de Enterría

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los temas centrales de estudio y preocupación está constituido por el régimen cautelar. Hoy se afirma, por ejemplo, que media un "interés constitucional" en que se proporcione al justiciable una tutela cautelar efectiva,¹ y que si ella no se brinda hay incumplimiento de la garantía de tutela judicial efectiva expresamente asegurada, v.gr., por el artículo 24 de la Constitución española.

Se observa, que también concita un especial interés el llamado Derecho Comunitario, que si bien guarda alguna conexión con el Derecho Internacional Privado y con el Derecho Internacional Público es, en esencia, una realidad distinta.

El objetivo del presente es poner en contacto sendos tópicos y verificar qué sucede con los mismos en el seno de ese tercer "gran tema" que es para nosotros el Mercosur.

Derecho de la Integración, Mercosur, medidas cautelares (en el orden que prefiera el lector) son tres "grandes temas" de hoy. Ahora bien: indudablemente el análisis propuesto en el epígrafe requiere un examen, aunque sea mínimo, de los tres "grandes temas" referidos". Caso contrario, resultaría extremadamente difícil aplicar las peculiaridades propias del régimen cautelar correspondiente al Mercosur.

Nuestra época asiste al paso progresivo, pero no exento de dificultades, de una sociedad internacional fundada en el principio de soberanía, a una sociedad global integrada por grandes espacios económicos unidos por intereses comunes y con ciertos principios de supranacionalidad. Los principales resultados de este proceso son los diversos organismos de integración regional, tales como la Unión Europea, el Nafta y el Mercosur. No cabe duda de que la experiencia del Mercosur resulta especialmente significativa para nosotros, por su cercanía cultural y geográfica, y por los importantes vínculos económicos que nos unen a dicho organismo. Por tal motivo, no puede pasarse por alto el estudio de los diversos aspectos que configuran el régimen legal del Mercosur, entre ellos, el de la tutela judicial efectiva y una de sus manifestaciones más importantes, el régimen de las medidas cautelares. Esta es, precisamente, la tarea que emprende en el presente artículo el distinguido procesalista argentino Jorge Peyrano.

¹ García de Enterría, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares". 2a. Edición. Madrid: Edit. Civitas, 1995. p. 14/5.

II. ¿QUÉ ES INTEGRACIÓN?

No es sencillo definir de una vez que es "integración", otorgándole a este vocablo el significado económico-jurídico que le cuadra hogaño. Por ello, es que se nos ocurre más provechoso aportar algunos síntomas demostrativos de que se está procurando en algún sector una suerte de integración.

En primer término, cabe destacar que hablar de "integración", es predicar la consolidación de grandes espacios económicos donde imperen cuatro "libertades" de circulación: de personas, de bienes, de servicios y de factores productivos;² libertades que en todos los casos (y aunque no hubiera mediado transferencia alguna de soberanía a un ente supranacional) siempre acarrearán alguna dosis de abdicación de soberanías en orden, especialmente, a la concertación de políticas económicas con objetivos regionales. Ello hace que la armazón jurídica de todo fenómeno de integración deba ser interpretada también en base a principios económicos y no exclusivamente en función de conceptos jurídicos.³ Tales "grandes espacios económicos" pueden tener mayor o menor extensión, pero siempre son de carácter "regional"; vale decir, que relacionan a naciones geográficamente próximas y (por lo común) con afinidades no sólo comerciales o de estructura productiva, sino también de otra índole (culturales, por ejemplo). En estadios avanzados de integración -a los que nunca se llega de una vez, sino a través de pasos sucesivos y distanciados entre sí- ya se habla de "comunidad"; por lo que puede caracterizarse esta última como una fase desarrollada de un proceso de integración. Debe señalarse que cuando se está ante una verdadera "comunidad" y se instrumenta un verdadero sistema jurídico comunitario: "...el Derecho a surgir de sus fuentes constituirá Derecho propio de los Estados miembros, con fuerza jurídica

de penetración en el ordenamiento interno de los países miembros, lo que deberá revelarse en tres de las notas peculiares del Derecho Comunitario, a saber: a) la aplicabilidad inmediata, b) el efecto directo de las normas, c) la primacía sobre los derechos nacionales. En síntesis, el Derecho Comunitario, cuando es operativo, no configura ni constituye Derecho extranjero, ni es tampoco Derecho Internacional, sino, principalmente, Derecho interno, tanto de la comunidad como de los países miembros.⁴ En realidad, la labor de los jueces nacionales es fundamental para asegurar la primacía del Derecho Comunitario por sobre el Derecho interno.⁵ Más aún: en sistemas comunitarios "de punta" (tal como el diseñado por la Unión Europea) se acepta "...el principio de la plenitud de competencia, el cual implica que el juez nacional encargado de aplicar, dentro de su competencia, las disposiciones de Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicadas, si fuera necesario, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aún posterior, sin que tenga que esperar la eliminación previa de dicha norma, sea por la vía legislativa o por otra vía constitucional prevista en el orden interno."⁶ Más todavía: se asegura la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del Derecho Comunitario merced a la cooperación de la Corte europea, que la concreta a través del recurso o incidente de prejudicialidad. Dicho órgano jurisdiccional - a pedido del juez nacional- proporciona la inteligencia correcta de las normas comunitarias en aparente conflicto con otras de Derecho interno.⁷ Interesa subrayar que se ha considerado admisible el incidente de admisibilidad, inclusive tratándose de una medida precautoria cuya procedencia (o improcedencia) podría comprometer a los principios comunitarios.⁸

² Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 497.

³ Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El juez frente al Derecho Comunitario". En: *El Derecho*, Tomo 148, p. 136.

⁴ Highton, Elena y Susana Lambois. "Modificación y efectividad del Derecho en los países del Mercosur". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 443. En el mismo sentido se pronuncia el trabajo citado en la nota 2 y el suscrito por Eduardo Oteiza y Guillermo Tempesta: "El desafío del mercado único. Su significado en la experiencia de la Comunidad Económica Europea y las perspectivas que ofrece el Mercosur". En: *J.A.*, 1991. IV. p. 805.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. p. 827.

⁶ *Ibid op cit.* p. 828.

⁷ *Ibidem.* p. 833: "El sistema de la prejudicialidad supone un procedimiento de cooperación entre la Corte y los jueces nacionales destinado a asegurar la uniformidad en la interpretación y la aplicación del Derecho Comunitario... El juez nacional resuelve el litigio; el tribunal comunitario responde, a título prejudicial, a cuestiones de interpretación o de la validez del Derecho Comunitario que el primero le plantea... El procedimiento, entonces se desarrolla entre jueces y no entre partes. El juez nacional sólo puede dirigirse a la Corte y no a otros órganos comunitarios".

⁸ Kemelmajer de Carlucci, ob.cit. p. 834.

Y, ¿qué es el Derecho Comunitario?, que no es Derecho Internacional Privado⁹ ni, claro está, Derecho Internacional Público, puesto que, mientras aquél presupone (o por lo menos tiende a) la creación de organismos supranacionales¹⁰ con la consiguiente renuncia de una porción de soberanía por parte de los Estados miembros, éstos parten de la premisa del respeto a la soberanía de los Estados respectivos. Sobre el particular, se ha dicho: “El Derecho Internacional Privado clásico corresponde al marco de una sociedad internacional de Estados soberanos ...la integración es un *status* jurídico en el cual los Estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulan libremente y reciban el mismo trato las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una égida internacional.”¹¹

Resulta característicamente “comunitario” la transferencia de algunas de las competencias de los Estados partes a determinados órganos comunitarios.

Como se sabe, una comunidad es una creación del Derecho y a la vez una fuente de Derecho y de un correlativo orden jurídico. Si es así, debemos profundizar un poco más acerca de las singularidades del Derecho Comunitario. Por lo pronto, lo corriente es que los Tratados de integración, tal como el de Asunción de 1991, constitutivo del Mercosur,¹² sean “Tratados-marco”¹³, que requerirán el posterior complemento de Protocolos;¹⁴ siendo habitual que ulteriores adhesiones al Tratado inicial de integración del caso, importen la adhesión tácita a todos los Protocolos adicionales concretados a la fecha de la incorporación de un nuevo Estado parte.

Se han clasificado las fuentes del Derecho Comunitario en: obligatorias (Tratados fundacionales, reglamentos, directivas, decisiones), no obligatorias (dictámenes, recomendaciones), actos *sui generis* (reglamentos internos, declaraciones) y complementarias (Derechos nacionales de los Estados partes, Derecho Internacional, costumbre, doctrina). También se ha categorizado a las normas comunitarias según hubiera sido su génesis, distinguiendo así entre el Derecho Comunitario originario (que es el que surge de los Tratados y de los Protocolos) y el Derecho Comunitario derivado, que es el producto de los organismos creados por el Derecho Comunitario originario.¹⁵

Es también propio de etapas avanzadas del Derecho Comunitario poner énfasis en preservar el principio de igualdad,¹⁶ llevando su defensa hasta el límite de lo sutil, tal como sucede con el concepto de “discriminación indirecta” (que se da cuando existe discriminación, pese a las apariencias) acuñado por el Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea. Claro está que al decir “sutil” no estamos denunciando que existan desbordes en la inteligencia de lo que debe interpretarse por “igualdad” en el marco de la Comunidad Europea. Así es que, v.gr., el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos ha aceptado, en algunos casos, que ciertas desigualdades son compatibles con sociedades democráticas.

El proceso de integración acostumbra ir acompañado por el propósito de armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros de las comunidades respectivas,¹⁷ armonización que es una de las premisas para el éxito del Derecho Comunitario en cuestión y el consiguiente cumplimiento de sus fines. Mientras se completa la susodicha armonización legislativa, deviene imperioso que las

⁹ Highton Elena y Susana Lambois, ob. cit. p. 454.

¹⁰ Dreyzin de Klor, Adriana, ob. cit. p. 493.

¹¹ Vitébori, Juan Carlos. “Solución de controversias en el sistema del Mercosur”. En: La Ley 1995-A. p. 717.

¹² El Tratado de Asunción fue aprobado por la Argentina por Ley 23.981 del 15 de agosto de 1991. Está en vigencia desde el 29 de noviembre de 1991. Tiene un texto principal y cinco anexos.

¹³ Vitébori, ob.cit. “el tratado de Asunción es un ‘tratado marco’ porque contiene, más bien, enunciados programáticos y principios genéricos no desarrollados minuciosamente, unidos a normas de orientación sobre la política a seguir”.

¹⁴ Landoni Sosa, Angel. “La solución de controversias en el Mercosur. Análisis del Tratado de Asunción y de los Tratados de Brasilia y de Ouro Preto” En: Publicación del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, p. 15: “El término ‘Protocolo’ se suele utilizar en la práctica internacional para referirse a instrumentos celebrados en el marco de acuerdos más amplios a los que el Protocolo viene en cierta forma a complementar”.

¹⁵ Dalla Via, Alberto. “Sobre la justicia y el Derecho en el Mercosur”. En: El Derecho. Tomo 148. p. 894.

¹⁶ De la alocución pronunciada por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci el 14 de agosto de 1997, con oportunidad de incorporarse a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

¹⁷ Cfr. el tenor del artículo 1 del Tratado de Asunción de 1991, constitutivo del Mercosur.

desarmonías que puedan registrarse no den lugar a la invocación abusiva del orden público interno para quitarle operatividad a normas de Derecho Comunitario.¹⁸ En su lugar, se debería echar mano (llegado el caso) al denominado orden público internacional, que es un instituto que funciona por vía de excepción¹⁹ y que tiene límites más acotados que el orden público interno.

Igualmente, puede considerarse identificatorio de un Derecho Comunitario, la comprobación de que se está ante un cuerpo jurídico que, si presenta algún vacío o dificultad exegética, puede recurrir preferentemente -por vía de analogía y de integración- a normas componentes del mismo. En consonancia con lo expresado se ha propuesto, por ejemplo, que el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur se complemente con el tenor del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional del mismo sistema comunitario.²⁰ En otras materias, se ha sugerido realizar algo parecido.²¹

Pero, si algo caracteriza a un proceso de integración en franco progreso, es la constitución de un Tribunal Superior Comunitario munido de potestad para imponer la primacía del Derecho Comunitario por sobre las legislaciones internas,²² debiendo insistir en que la creación de la mencionada Corte no quita que los jueces nacionales tengan competencia en materia de Derecho Comunitario.²³ Existen, en los tiempos que corren, varios tribunales de justicia internacionales, algunos de los cuales son de índole comunitario.²⁴

Hasta aquí hemos consignado los principales síntomas de la presencia de un proceso de integración y también los reveladores de un estadio avanzado del mismo cual es la "comunidad". De algún modo puede entenderse que dichos rasgos identificatorios se encuentran sintetizados en los llamados Principios Generales del Derecho Comunitario: "principios de no discriminación, de preferencia comunitaria, de primacía del Derecho Comunitario sobre los derechos nacionales, de aplicación uniforme del Derecho Comunitario y de fidelidad comunitaria, que son diferentes de los principios generales del Derecho Internacional."²⁵ Desde otra perspectiva se ha expresado que son inherentes al Derecho Comunitario los principios de igualdad, cooperación, solidaridad y libertad.²⁶

III.- EL MODELO MERCOSUR

Inicialmente, es menester reconocer que el Mercosur, constituido por el Tratado de Asunción de 1991²⁷ (hoy sin óbices constitucionales en Argentina, merced al tenor del artículo 75 inciso 24 de la Constitución nacional), debe ser calificado como un proceso de integración regional que relaciona a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, pero que en modo alguno puede caracterizarse como una "comunidad" equiparable al modelo resultante de la Unión Europea. En buena medida, contribuyen a dificultar un progreso más decidido en pos de un modelo regional más integrado, las evidentes asimetrías macroeconómicas existentes entre algunos de los Estados partes (así, entre Argentina y

¹⁸ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto, en medidas cautelares, un hito en la cooperación jurisdiccional entre los Estados partes del Mercosur". En: Voces Jurídicas (Mendoza). No. 5. p. 231, "entendemos que entre países en proceso de integración, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera restrictiva a efectos de que invocaciones abusivas de la misma no se traduzcan en graves trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados partes o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio internacional. En consecuencia, creemos que el concepto de orden público debe ser concebido en el sentido de orden público internacional, noción no necesariamente coincidente con el de orden público interno..."

¹⁹ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones al Protocolo de Medidas Cautelares". En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 8. p. 531.

²⁰ Ibid op cit p. 538.

²¹ De Hesedus, Margarita. "Cooperación Judicial Internacional en materia cautelar". En: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur, obra dirigida por el doctor Angel Landoni Sosa. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1997. p. 171.

²² Landoni Sosa. Ob.cit. p. 131: "La Comisión Nacional de Juristas del Uruguay (creada para pronunciarse sobre el particular) sostuvo que no puede existir un ordenamiento jurídico eficaz y efectivo, sin un tribunal de justicia que garantice la legalidad y uniformidad del mismo".

²³ Highton, Elena y Susana Lambois. Ob.cit. p. 467.

²⁴ Así, el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, cuyo Estatuto es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), la Corte Interamericana de Derecho Humanos con sede en Costa Rica.

²⁵ Landoni Sosa. Ob.cit. p. 122.

²⁶ Dreyzin de Klor, Adriana. "El orden público sub-regional". En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. No. 12. p. 523.

²⁷ Ibid nota. 12.

Brasil). Si bien no en tren de formalizar un proceso de integración regional, lo cierto es que con anterioridad a la concertación del Tratado de Asunción, se habían formalizado múltiples convenios entre Argentina, Paraguay y Uruguay: Conviene recordar que siempre siguen rigiendo las convenciones internacionales más amplias. Es tradicional en el Derecho Interamericano reconocer que la suscripción de un convenio multilateral, como el Tratado de Asunción de 1991, no impide la operatividad de otros anteriores formalizados por menos partícipes pero más favorables a la cooperación e integración regionales.²⁸ La virtualidad propia del Tratado de Asunción de 1991, creador del Mercosur, ha sido la de haber obtenido el ingreso a un mecanismo regional del vecino "remiso", que era Brasil. Aun así, debe puntualizarse que el mencionado Tratado de Asunción no fue en realidad constitutivo del Mercado Común del Sur, sino que diseña la metodología para llegar a la conformación del mismo, que aún se encuentra en proceso de gestación.²⁹ Por ello es que "en el Mercosur los Estados partes optaron inicialmente y por el período de transición, por una estructura internacional, austera, débil o precaria."³⁰ Por ello es que en el Mercosur las decisiones no se toman por mayoría, sino por consenso y con la presencia de todos los Estados partes.³¹ De todo ello, se concluye que es prematuro hablar de un verdadero Derecho Comunitario en el Mercosur.³² Lo que se corresponde con el hecho de que el interés por el Mercosur no es parejo en los cuatro países que lo componen, advirtiéndose mayor interés en Uruguay.³³ Es más: subsisten en algunos miembros (Brasil), reparos constitucionales que entorpecen una integración más firme.

De todo lo expresado se deriva que por ahora el modelo Mercosur posee más características de Zona de Libre Comercio que de sistema comunitario al estilo europeo. Se ha indicado que puede haber influido (y seguir influyendo) en las diferencias existentes entre el sistema comunitario europeo y el del Mercosur, la estructura parlamentarista de los gobiernos de la mayoría de los países que componen la Unión Europea, que se contraponen al corte presidencialista de los gobiernos de los países del Mercosur.³⁴

Corresponde subrayar tres aspectos fundamentales que diferencian nítidamente al Mercosur de la Unión Europea: a) carece el primero de órganos comunitarios supranacionales, b) los ciudadanos del Mercosur no poseen legitimación expedita para hacer valer "per se" sus derechos comunitarios³⁵, porque aquél ha sido concebido como una relación entre Estados.³⁶ Por supuesto, que de resultar perjudicados los particulares a raíz del incumplimiento de normas del Mercosur, y de fracasar sus intentos de convocar la atención estatal para que interceda en defensa de sus intereses,³⁷ todavía pueden intentar hacer valer sus derechos ante el Poder Judicial de su propio país o ante el del Estado afectante según correspondiera.³⁸ Asimismo, podrían recurrir a la intervención de tribunales arbitrales institucionales;³⁹ c) los jueces nacionales no aplican las normas de integración del Mercosur.⁴⁰

Pero lo que quizás defina mejor la existencia de un verdadero sistema comunitario, es la presencia en la cúspide del sistema de solución de controversias adoptado, de un Tribunal o Corte Suprema encargado de resguardar la primacía del Derecho Comuni-

²⁸ Tellechea Bergman. Ob.cit. p. 215.

²⁹ *Ibidem*, p. 206.

³⁰ Highton Elena y Susana Lambois. p. 438.

³¹ *Ibidem*. p. 442.

³² Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de.." p. 494.

³³ Dalla Via. Ob.cit. p. 893.

³⁴ Lavopa, Jorge. "Organización institucional y Derecho Comunitario en el Mercosur". En: ED T. 148. p. 909.

³⁵ Dreyzin de Klor, Adriana. "El Mercosur: generador de.." p. 492.

³⁶ Highton Elena y Susana Lambosi. Ob.cit. p. 464.

³⁷ Vitébori, ob.cit.pág. 721.

³⁸ Hightom Elena y Susana Lambois, pág. 465.

³⁹ Vitébori. Ob.cit. p. 721.

⁴⁰ Tal afirmación debe formularse con reservas puesto que los jueces nacionales pueden llegar a aplicar dichas normas como sucede, precisamente, con el Protocolo de Cooperación Judicial Internacional en materia de medidas cautelares de Ouro Preto.

tario y su interpretación uniforme y obligatoria.⁴¹ Sin un adecuado mecanismo de solución de controversias se torna aún más dificultoso el proceso de integración, tal y como ha acontecido con la A.L.A.L.C, la A.L.A.D.I. y el Grupo Andino.⁴²

En lugar de haberse optado -como lo hiciera la Unión Europea- por la creación de una Corte con el carácter de Tribunal permanente, preeminente y dotado de sólidas y claras atribuciones,⁴³ el Mercosur ha instrumentado un mecanismo de resolución de controversias cuyo tramo final está dado por la intervención de un Tribunal Arbitral que se designa *ad hoc*, caso por caso.⁴⁴

El Protocolo de Brasil de 1991 sobre Solución de Controversias ha creado un tribunal arbitral del cual se ha predicado que es flexible,⁴⁵ obligatorio,⁴⁶ rápido y no permanente. El sistema escogido reconoce antecedentes americanos.⁴⁷ Por lo común, se le enjuicia desfavorablemente, entre otros motivos, porque su calidad de tribunal no permanente⁴⁸ entorpece la consolidación de una jurisprudencia comunitaria. No obstante, pensamos que también tiene tantos en su haber. El procedimiento de acceso al Tribunal Arbitral referido y los plazos previstos para el dictado de sus laudos, no pueden ser objeto de mayores críticas. Adviértase, por ejemplo, que en la actualidad el Tribunal de la Unión Europea tarda algo más de dos años en emitir sus decisiones.⁴⁹ Del mismo modo, creemos que la jurisdicción arbitral obligatoria y automática establecida es de la mayor

importancia.⁵⁰ Somos de la idea de que el Tribunal Arbitral generado por el Protocolo de Brasilia de 1991, sobre Solución de Controversias, constituye el primer embrión de un organismo supranacional (discontinuo en su accionar) con potestad para imponerse sobre la regla del "consenso" entre los Estados partes, que impera hoy en el marco del Mercosur. Tal sospecha se ve reforzada por el hecho de que se acepta la validez de los laudos arbitrales por mayoría, no exigiéndoseles unanimidad.⁵¹ Eso sí: debemos admitir que las medidas de retorsión⁵² previstas para el supuesto de incumplimiento de los laudos del Tribunal Arbitral del Mercosur,⁵³ son menos contundentes que las derivaciones resultantes de la falta de acatamiento de las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea.⁵⁴ Cabe aclarar que el sistema vigente en materia de solución de controversias en el seno del Protocolo de Brasilia de 1991 es el correspondiente al llamado período de transición, que debía fenecer antes del 31 de diciembre de 1994 y ser reemplazado desde esa fecha por un sistema permanente. Afortunadamente, el referido Protocolo contempló que en la hipótesis de que no se acordara el sistema permanente en el tiempo previsto seguiría rigiendo el mecanismo de transición.

A continuación, pasaremos revista a los principales (no a todos) documentos convencionales constitutivos de lo que podríamos llamar "Derecho Principal del Mercosur", para luego mencionar algunos otros instrumentos internacionales regionales con fuerte

⁴¹ Landoni Sosa. Ob cit. p 117.

⁴² Highton Elena y Susana Lambois. Ob.cit. p. 456.

⁴³ Dichas facultades surgen del artículo 171 del Tratado de la Unión Europea, suscripto en Maastrich el 7 de febrero de 1992.

⁴⁴ Cfr. articulado del Protocolo de Brasilia para las soluciones de controversias, de 1991.

⁴⁵ Dalla Via ob.cit. pág. 895.

⁴⁶ Rizzo Amorino y Raquel Rodríguez. "El arbitraje: es una solución eficiente de conflictos en el ámbito del MERCOSUR?". En: La Ley 1994-B. p. 769.

⁴⁷ Dalla Via. Ob cit. p. 896. Los antecedentes que se siguieron para el sistema adoptado son los artículos 18 y 19 del Acuerdo entre Canadá y EEUU y el Acuerdo entre México y Chile.

⁴⁸ Highton Elena y Susana Lambois. Ob cit. p. 461.

⁴⁹ Dalla Via. Ob cit. p. 896.

⁵⁰ Landoni Sosa. Ob cit. p. 120.

⁵¹ Highton Elena y Susana Lambois, pág. 462.

⁵² Vitébori. Ob cit. p. 720.

⁵³ Highton Elena y Susana Lambois. Ob cit. p. 462: "El laudo no le dice al país que anule la medida de que se trata. Solamente expresa: esa medida no es pertinente al Tratado, no es adecuada... si un Estado parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta días los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporales tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento. En definitiva, se trata de una medida típica de Derecho Internacional: "Si tú no cumples con el Tratado yo tomaré la decisión que corresponda como contrapartida, pero nada más".

⁵⁴ Cfr. el tenor del artículo 171 del Tratado de Maastrich.

incidencia sobre las relaciones (pasadas, presentes y futuras) entre los países integrantes de aquél, con especial referencia a los que tuvieran vinculación con la temática de las medidas cautelares y sus aledaños.

En cuanto a los primeros, comenzaremos la enumeración con el Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, La República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercosur) suscrito en Asunción en 1991.⁵⁵ Después, respetando el orden cronológico, tenemos el Protocolo de Brasilia para las Soluciones de Controversias de 1991;⁵⁶ el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, de 1991, de Las Leñas;⁵⁷ el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994⁵⁸ y el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, de Ouro Preto de 1994.⁵⁹

En lo que hace a lo segundo, destacamos las denominadas Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que han aprobado más de dos decenas de Convenciones interamericanas, muchas de ellas suscritas por Argentina, Paraguay y Uruguay. Entre ellas resaltamos (por su especial relación con la cuestión aquí abordada) las siguientes: La Convención Interamericana de 1975 sobre Cartas Rogatorias,⁶⁰ la CIDIP II, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979⁶¹ y la CIDIP III, firmada en La Paz en 1984, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre la Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de la Sentencia Extranjera.

De igual forma, debemos citar a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y de 1940 (suscritos por Argentina, Paraguay y

Uruguay, pero no por el Brasil) que concretaron, en ciertos aspectos, una integración más fuerte que la resultante del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios.

IV. LAS DOS VERTIENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR: A TÍTULO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL O EJECUTABLES COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO NACIENTE.

A. A TÍTULO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. ¿Qué es cooperación judicial internacional?

Media auxilio o cooperación judicial internacionales cuando un Estado desarrolla una actividad procesal al servicio de un proceso en trámite o a iniciarse ante "extraña jurisdicción."⁶² Por supuesto que el requerimiento de medidas cautelares a ser cumplidas en un país distinto al del juicio principal en el que se solicitan, integra la llamada cooperación judicial internacional,⁶³ aunque también existe tal cooperación en asuntos de mero trámite, de índole probatoria o relacionados con las ejecuciones de sentencias extranjeras.

Tal imposición de prestar cooperación judicial internacional se considera fundada en la necesidad de las naciones de no aislarse de las demás, subrayando que se la debe visualizar en el marco del Mercosur, como una verdadera obligación del Estado requerido.⁶⁴ Dicha obligación de auxilio se explica y legitima cuando se verifica la imposibilidad de un órgano judicial de concretar actos procesales (notificaciones, citaciones, emplazamientos, etc.) en el territorio correspondiente a otros Estados.

⁵⁵ Cfr. nota. 12.

⁵⁶ El Protocolo de Brasilia, fue ratificado por los cuatro Estados Miembros.

⁵⁷ Este Protocolo fue ratificado por la Argentina por Ley 24.578 del 25 de octubre de 1995.

⁵⁸ Este Protocolo fue ratificado por la Argentina por Ley 24.579 del 25 de octubre de 1995.

⁵⁹ Este Protocolo (también ratificado por los cuatro Estados Partes) está en vigencia desde el 15 de diciembre de 1995. Fue ratificado por Ley argentina 24560.

⁶⁰ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional del mero trámite y probatoria". En: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur. p. 154.

⁶¹ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 521.

⁶² Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional..." p. 151.

⁶³ De Hegedus. Ob cit. p. 165.

⁶⁴ Ibid ob.cit. p. 167.

En puridad, la Cooperación Judicial Internacional forma parte del Derecho Internacional Privado.⁶⁵ Empero, no cabe duda de que el establecimiento de un régimen fluido de auxilio jurisdiccional entre Estados que se encuentran inmersos en un proceso de integración, viene a favorecer el desarrollo de este último.

2. El Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur (PMC) de 1994 y sus antecedentes.

Reconoce como antecedentes⁶⁶ a la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Medidas Cautelares (vigente, entre otros Estados, entre Argentina, Paraguay y Uruguay) aprobada por la II Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), y también a los Tratados de Montevideo (firmados igualmente por los susodichos Estados) de Derecho Procesal Internacional, de 1889 y 1940.

La citada CIDIP II consagra soluciones más favorables a la Cooperación Judicial Internacional en materia cautelar que las establecidas por el P.M.C. de 1994. Pese a ello, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de este último,⁶⁷ sigue en pie en lo que hace a Argentina, Paraguay y Uruguay, la normativa proveniente de la CIDIP II.⁶⁸

3. Visión Preliminar Global del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 (PMC)

En primer término, es preciso destacar que la confección de este Protocolo presenta algunas desprolijida-

dades, ello se nota ya desde el artículo 1,⁶⁹ precepto que intenta definir (con poco rigor técnico) lo que debe interpretarse por "medida cautelar", cuyo concepto relaciona, equivocadamente, de modo necesario con la noción de "irreparabilidad del daño". Tampoco la redacción del artículo 3⁷⁰ es un dechado de excelencia técnica. Indudablemente, la redacción del PMC no ha pasado por la criba de expertos en materia procesal.

Asimismo, consignamos que el documento en análisis posee alcances extensos. Como regla, rige sin que importe la materia ni la estructura del proceso en el cual se solicitan las medidas cautelares del caso.⁷¹ Tampoco admite limitaciones temporales, puesto que rige sin importar que se trate de una cautelar postulada antes de promover el principal, durante el trámite de éste y aún después de que hubiera recaído sentencia firme y se estuviera en trance de ejecución.⁷² Es más: se ha reputado que su imperio alcanza a las diligencias para asegurar prueba anticipada.⁷³

Creemos que merece un comentario elogioso la preocupación que evidencia por regular exhaustivamente la temática cautelar, máxime cuando se memora la exigua regulación que recibe el punto en el seno del sistema comunitario europeo.

Ahora bien: tanta amplitud de horizontes, ¿tiene límites? Veamos. ¿Podría, por ejemplo, aplicarse el PMC para requerir cooperación judicial internacional para concretar una medida autosatisfactiva?, que *stricto juris* no es una diligencia cautelar a pesar de su afinidad con ella.⁷⁴ Con alguna vacilación, se

⁶⁵ Dreyzin de Klor. "Algunas reflexiones..." p. 515.

⁶⁶ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 214.

⁶⁷ Artículo 26 del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto: "Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados partes".

⁶⁸ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 523: "La Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares es más abierta para la cooperación internacional que el Protocolo aprobado. A pesar de ello, este documento no implica en absoluto un retroceso a nivel de Acuerdo Internacional pues se dejó a salvo la posibilidad de aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación, contenidas en otras Convenciones sobre la materia, que se encuentran en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados partes".

⁶⁹ Artículo 1 del PMC: "El presente Protocolo tiene por objeto reglamentar, entre los Estados partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer no hacer".

⁷⁰ Artículo 3 del PMC: "Se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia".

⁷¹ Artículo 2 del PMC: "Las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil".

⁷² Cfr. nota 70.

⁷³ Dreyzin de Klor, Adriana, "Algunas reflexiones...", p. 519.

⁷⁴ Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas". En: Jurisprudencia Argentina. Boletín del 4 de Junio de 1997. p. 2.

registran voces que están por la afirmativa.⁷⁵ Puede también ocurrir que el país requerido no discipline en su Derecho interno la medida cautelar solicitada. Frente a ello, se ha indicado que correspondería no acceder al requerimiento.⁷⁶ Sin embargo, creemos que podría haber una perspectiva más favorable para la ejecución de la medida cautelar solicitada desconocida en el Estado requerido, si este último contara en su Derecho interno con la medida cautelar genérica.⁷⁷

4. ¿Cuáles son los órganos estatales que deben dictar y ejecutar las medidas cautelares del caso?

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 del PMC⁷⁸, se exige que la medida cautelar haya sido dictada por órganos que desempeñen función jurisdiccional habitual, y la misma exigencia se repite a la hora de determinar cuál órgano estatal debe ejecutar la medida cautelar solicitada.⁷⁹ La CIDIP II formaliza exigencias similares.

Toda cooperación internacional cautelar, entonces, debe ser requerida y diligenciada por tribunales de justicia,⁸⁰ posición clásica en Derecho Interamericano. Supone la actuación de órganos independientes (formen parte o no del Poder judicial) con aptitud para emitir resoluciones con autoridad de cosa juzgada. Se ha dicho que "la calidad de jurisdiccional del exhortado corresponde sea calificada de acuerdo al Derecho de origen de la rogatoria, posición con amplia recepción en la doctrina regional... solución no excluyente, empero, de que el Estado rogado en defensa de su inconculcable orden público nacional deniegue la cooperación en casos de notoria ausencia en el requirente de cualidades que hagan a un verdadero Tribunal."⁸¹

5. Quid de la competencia internacional para decretar la medida cautelar cuyo cumplimiento se requiere y su posible revisibilidad por el juez requerido. Competencia de urgencia

El artículo 4 del PMC decreta que la medida cautelar solicitada debe haber sido dispuesta por el tribunal "competente en la esfera internacional" sin esclarecer el alcance de la mencionada locución. La CIDIP II se ocupa de la determinación de la referida competencia internacional, estableciendo que la tienen los jueces que poseen competencia sobre el fondo del asunto que ha dado origen a la cuestión. Sucede que el indicado Convenio Internacional rige para Argentina, Paraguay y Uruguay y no así para Brasil, por lo que respecta a las relaciones que involucren a éste con aquéllos deberá acudirse a otro criterio para dilucidar la cuestión, sin perjuicio de subrayar que (de ordinario) el incluido en la CIDIP II será el pertinente.

En cuanto a la posibilidad de que el juez rogado examine la competencia del requirente, se registran polémicas y vacilaciones, aunque existen opiniones concluyentes acerca de que el tenor del artículo 8 PMC⁸² daría pie para rehusar el incumplimiento de la medida encomendada por reputar incompetente al tribunal exhortante.⁸³

Llegados aquí interesa puntualizar la existencia de una suerte de "competencia de urgencia" cautelar conocida como "principio de la jurisdicción más próxima".⁸⁴ La institución consagrada por el artículo 10 de la CIDIP II (firmada por Argentina, Paraguay y Uruguay) finca en la habilitación del juez del lugar donde se encuentran las personas o bienes que

⁷⁵ De Hegedus, Margarita, ob.cit. pág. 167 y 168.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 174.

⁷⁷ Así, el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina consagra la medida cautelar genérica.

⁷⁸ Artículo 4 del PMC: "Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida".

⁷⁹ De Hegedus, Margarita, ob.cit.pág. 169.

⁸⁰ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 216: "La cooperación cautelar debe ser requerida y diligenciada por Tribunales de Justicia, posición clásica en Derecho Interamericano. Supone la actuación de órganos independientes (formen parte o no del Poder Judicial) capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada".

⁸¹ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial internacional..." p. 156.

⁸² Artículo 8 del PMC: "El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida, o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo".

⁸³ Dreyzin de Klor, Adriana. "Algunas reflexiones..." p. 530.

⁸⁴ Vid. De Hegedus Margarita. Ob.cit. p. 165. Corresponde formular algunas observaciones. Así, procede aplicar el instituto aunque no mediara requerimiento del tribunal competente en el principal y aun cuando ni tan siquiera estuviera éste en trámite. Por supuesto que la diligencia, luego de concretada, se incorporará al proceso principal correspondiente. Esta facultad cautelar es usada frecuentemente para detener buques de bandera extranjera al entrar en aguas territoriales. Cierto es que tal competencia de urgencia no está contemplada por el PMC, pero conforme a su artículo 26 rige en las relaciones entre Argentina, Paraguay y Uruguay, en su carácter de firmantes de la CIDIP II.

es necesario cautelar prestamente, para que proceda (a solicitud fundada de parte) cautelarmente.

6. Requisitos de procedencia de la medida cautelar solicitada, régimen especial del recaudo, "contracautela"

El examen de los presupuestos del despacho favorable de una medida cautelar (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela) debe hacerse (como regla) por el tribunal requirente de la cautela conforme surge del artículo 5 PMC. Sucede que el artículo 6 del PMC, resuelve que "la ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes", con lo que está fijando a la ley del juez requerido como la que debe regular no sólo el procedimiento de ejecución de la medida, sino también que será el tribunal rogado el que deberá valorar la idoneidad de la contracautela propuesta. Ciertamente ello no parece desencaminado cuando se recuerda que dicha valoración se refiere a la ejecución de la cautelar respectiva más que a su procedencia.⁸⁵ Como fuere, lo indudable es que el régimen legal resultante puede suscitar algunas situaciones fuera de lo corriente. Así, se ha anotado la siguiente: "Ahora bien, como en el caso de una medida cautelar extraterritorial, ésta se va a llevar a cabo en otro Estado, puede resultar que la garantía constituida en el lugar del proceso principal no resulte adecuada o suficiente en el Estado de cumplimiento, y por ello se reserva a la competencia del tribunal de este último lugar la determinación de la garantía a prestar en su propio Estado, no sólo del monto sino también de la propia naturaleza de la garantía a prestar. Ello podría implicar una doble constitución de garantía para la solicitud de la medida, en el Estado del requirente a efectos de que la decrete, y en el Estado del requerido, o podría darse la hipótesis de que se ofrezca en el Estado del requirente y se constituya en el Estado requerido luego de la aprobación de este último."⁸⁶ Esta última modalidad parece más conveniente, puesto que

la concurrencia de contracautela sólo es menester para efectivizar la precautoria respectiva.

7. Vías para materializar la solicitud de traba de una medida cautelar

El artículo 18 PMC es contundente al respecto.⁸⁷ Se reclama, en todos los casos, la formulación de exhorto, contemplando el artículo 20 del PMC que: "Cada Estado parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir las solicitudes de cooperación cautelar". Cabe acotar que se encuentran en funciones las Autoridades Centrales de Argentina y Uruguay.⁸⁸ La referida modalidad jurisdiccional para concretar la cooperación judicial internacional es característica de los países latinoamericanos.

En la materia posee suma importancia la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (ratificada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, entre otros) y su Protocolo Adicional de Montevideo de 1979, ratificado, entre otros, por Argentina, Paraguay y Uruguay.⁸⁹

Precisamos, una vez más, que se exige que el pedido de cooperación judicial internacional provenga de órgano jurisdiccional y que deba ser diligenciado también por tribunales de justicia del Estado requerido.⁹⁰

En cuanto a la forma de transmisión de los exhortos y al requisito de su legalización, se admiten:⁹¹ "... las vías recibidas por el moderno Derecho Interamericano: diplomática o consular, autoridad central y a cargo de la propia parte interesada. En tanto vías oficiales, las vías diplomático-consular y las autoridades centrales no requieren de legalización. La transmisión de la rogatoria vía particular exige el cumplimiento de tal requisito". Conviene traer a cuento que el artículo 19 párrafo 4 del PMC estatuye que: "Los Jueces o Tribunales de las zonas fronterizas de los Estados partes podrán transmitirse en forma directa los exhortos o cartas rogatorias previstos en este Protocolo, sin necesidad de legalización".

⁸⁵ Peyrano, Jorge W. *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*. 2a. Ed. Rosario: Editorial Zeus, 1997. p. 89: "Habida cuenta de que la contracautela no es recaudo de procedencia del dictado de una medida precautoria, sino de su ejecución, el otorgamiento de una contracautela con posterioridad a la traba de una medida no le quita validez a ésta."

⁸⁶ De Hegedus, Margarita. p. 163.

⁸⁷ Artículo 18 del PMC: "la solicitud de medidas cautelares será formulada a través de exhortos o cargas rogatorias, términos equivalentes a los efectos del presente Protocolo."

⁸⁸ Tellechea Bergman, Eduardo. "La cooperación judicial..." p. 154.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 157.

⁹¹ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 217.

8. El concepto de orden público como óbice

El artículo 17 del PMC reza: "La autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público". Liminarmente debemos recordar las consideraciones que efectuáramos anteriormente acerca de lo que debe interpretarse en la especie por orden público. Además, recalamos que la concurrencia del mismo es de interpretación restrictiva⁹² y que, por ende, en la duda debería estarse más bien por su improcedencia en el caso.

Según algunas opiniones, un espacio válido de aplicación del citado artículo 17 PMC estaría representado por una solicitud de embargo respecto de un bien inembargable conforme la ley del tribunal exhortado.⁹³

9. Régimen de la modificabilidad o cese de la cautelar dispuesta

Margarita de Hegedus, sostiene (con apoyo en lo normado por el artículo 7 inciso a) del PMC) que "en cuanto a la mutabilidad de la medida cautelar decretada debe señalarse que la misma es competencia del juez exhortado. Es decir, que la posible ampliación, reducción o sustitución de la medida, corresponderá a la competencia del exhortado. Ello en función de que los bienes, personas o derechos que pudieran resultar afectados por la medida se encuentran en el territorio de éste y por tanto parece natural que se encuentre en mejores condiciones para su regulación."⁹⁴

En cambio, el cese de la medida cautelar trabada le incumbe, en principio, al tribunal exhortante, salvo que la parte afectada justificara su completa improcedencia.⁹⁵

10. Tercerías de dominio y otras opciones

Del tenor del artículo 7 inciso c) del PMC, se desprende que las tercerías de dominio se sustanciarán y resolverán por el juez exhortado y de acuerdo a la

ley del lugar del emplazamiento del bien.⁹⁶ Tal solución no hace otra cosa que recoger "el principio general relativo a que las cuestiones de carácter real se encuentran necesariamente sujetas a los tribunales y a las leyes del lugar de situación de los bienes. Tal lo dispuesto por los tratados de Montevideo de 1889 (artículos 26 y 27) y de 1940 (artículos 32 y 64). Similar solución recibe la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares (artículo 5 *in fine*)."⁹⁷

Contrariamente, las oposiciones realizadas por los presuntos deudores o por otros interesados siempre y cuando no comprometan derechos reales, se ciñen a los términos del artículo 9 PMC, que dispone lo siguiente: "El presunto deudor de la obligación, así como los terceros interesados que se considerasen perjudicados, podrán oponerse a la medida ante la autoridad judicial requerida. Sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar, dicha autoridad restituirá el procedimiento al juez o tribunal de origen para que decida sobre la oposición según sus leyes, con excepción de lo dispuesto en el artículo 7, literal c)."

11. Autonomía de la cooperación judicial internacional cautelar

Bajo el epígrafe indicado se conoce el principio recogido en el artículo 10 PMC,⁹⁸ conforme al cual la ejecución de la cautelar requerida no involucra el compromiso de reconocer o ejecutar la sentencia definitiva que recaiga en el principal; principio éste también incorporado al artículo 6 de la CIDIP II.

B. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EJECUTABLES EN EL MARCO DEL MERCOSUR COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO NACIENTE.

Ante todo, debemos puntualizar que el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias no puede utilizarse para todas las contiendas que puedan surgir entre los Estados partes, sino exclu-

⁹² De Hegedus, Margarita. Ob cit. p. 172.

⁹³ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 231.

⁹⁴ De Hegedus, Margarita. Ob cit. p. 173.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 173.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 175.

⁹⁷ Tellechea Bergman, Eduardo. "El Protocolo de Ouro Preto..." p. 222.

⁹⁸ Artículo 10 del PMC "El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal".

sivamente para resolver cuestiones vinculadas al Mercosur.⁹⁹

Que sentado lo anterior, precisamos que el artículo 18 del susodicho Protocolo establece lo siguiente: "1. El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio tribunal establezca, para prevenir tales daños. 2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el artículo 20". ¿Con la locución "medidas provisionales", está aludiendo el PMC a las cautelares clásicas o a algo más? Por ejemplo, a la posibilidad de dictar resoluciones anticipatorias al estilo de las previstas por el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil.¹⁰⁰

En cualquier supuesto, nuestra posición es que se ha dejado en manos del Tribunal Arbitral una potestad cautelar muy amplia, siendo de destacar que el tenor del citado artículo 18 del precitado Protocolo da pábulo hasta para despachar medidas innovativas,¹⁰¹ diligencias éstas que son las más enérgicas de la panoplia cautelar moderna.

No se crea que el régimen consagrado está exento de lunares. Así, por ejemplo, no contempla expresamente cuáles son las consecuencias del incumplimiento de las medidas provisionales despachadas. Pese a lo expresado, pensamos que el reconocimiento de una suerte de potestad cautelar en cabeza del Tribunal Arbitral instrumentado por el Protocolo de Solución de Controversias, refuerza nuestro convencimiento de que dicho organismo constituye un conato de creación de un ente con facultades supranacionales. Sin embargo, reiteramos: sólo la

creación de entidades supranacionales y en especial de órganos jurisdiccionales con tal calidad, asegura el crecimiento y desarrollo vigoroso de un verdadero Derecho Comunitario.

V. CONCLUSIONES

1) El modelo de integración Mercosur no constituye una comunidad a la usanza europea y ni tan siquiera un mercado común. Vive una etapa de transición, no obstante lo cual se advierten algunos síntomas alentadores como el representado por el surgimiento de un embrión de organismo supranacional cual sería el Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias. Nos asalta la duda acerca de si, realmente, desde la fecha del Tratado de Asunción (1991) hasta lo que corre, se podía esperar mucho más. Barruntamos que no. Comparemos los seis años transcurridos desde la firma del Tratado de Asunción con los más de cuarenta años sobrevenidos desde que se concerta el núcleo original¹⁰² de lo que es hoy el Tratado de la Unión Europea;¹⁰³ actualmente integrada por quince países miembros y que está regida por instituciones comunes: un Parlamento elegido democráticamente; un Consejo que representa a los Estados miembros al nivel de ministros o, menos frecuentemente, de Jefes de Gobierno; una Comisión, guardiana de los Tratados, dotada de poderes de iniciativa legislativa y ejecutiva; un Tribunal de Justicia, etc.

2) El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto (1994) (vigente en materia de cooperación judicial internacional cautelar en el marco del Mercosur) presenta algunas desprolijidades técnicas y defectos de redacción. Ello no es óbice para que deba ser elogiado por su omnicomprensividad de la problemática cautelar, y también por ajustar sus soluciones a los antecedentes correspondientes del Derecho Interamericano.

⁹⁹ Boldorini, María Cristina. "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias". En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. No. 6. p. 478.

¹⁰⁰ Cfr. trabajo citado en nota.

¹⁰¹ Peyrano, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*. Bs. As.: Editorial Depalma.

¹⁰² La Comunidad del Carbón y del Acero fue resultado del Tratado de París de 1951.

¹⁰³ El Tratado de la Unión Europea fue la consecuencia del Acuerdo firmado en Maastrich en 1992.

LOS INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS EN EL I.G.V. Y EN EL IMPUESTO A LA RENTA

Humberto Medrano Cornejo
Profesor de Derecho Tributario
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. OPERACIONES GRAVADAS CON I.G.V.

De acuerdo a la Ley del Impuesto General a las Ventas (Decreto Legislativo 821), se considera como hipótesis de incidencia la venta en el país de bienes muebles; la prestación o utilización de servicios en el país; los contratos de construcción; la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos; y la importación de bienes.

Como quiera que un enunciado tan general daría lugar a vacíos y dificultades de interpretación, resulta necesario fijar los alcances de determinadas expresiones. Así, por ejemplo, la Ley y el Reglamento abundan en consideraciones sobre lo que debe entenderse concretamente como ventas, alejándose de la noción civil; definen los bienes calificables como "muebles" para los propósitos del tributo; precisan la noción de "vinculación económica"; detallan los requisitos que deben cumplirse para que una persona resulte "constructor", etc. Todas esas especificaciones están destinadas a facilitar la comprensión de los fines de la norma y a obtener seguridad jurídica.

El término "intereses" engloba dentro de nuestro ordenamiento a algunas situaciones claramente diferenciadas; en efecto, la retribución que corresponde al acreedor por una operación de crédito corresponde al llamado "interés compensatorio", mientras que los intereses que tienen por finalidad indemnizar la mora en el pago se denominan "intereses moratorios". Resulta importante, entonces, determinar qué tipo de intereses forman parte de la base imponible del Impuesto a la Renta y el I.G.V. El doctor Humberto Medrano emprende dicha tarea en el presente artículo, realizando un exhaustivo análisis de la legislación tributaria peruana.

El concepto "servicios", en la parte que nos interesa para este trabajo, es definido por la Ley como: "Toda acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aun cuando no esté afecto a este último impuesto ..." (artículo 3, inciso c)).

El texto transcrito permite afirmar que si tal acción o prestación es realizada por una persona natural que recibe a cambio rentas del trabajo independien-

te no habrá lugar al tributo porque, como se sabe, en ese caso estaríamos frente a una renta de cuarta categoría. Siguiendo ese mismo razonamiento es claro que no tendría condición de "servicio" el arrendamiento de inmuebles de propiedad de una persona natural, ya que en tal supuesto el ingreso calificaría como renta de primera categoría.

El mismo cuidado que se pone para establecer con precisión el "hecho imponible" tiene que emplearse para determinar la materia imponible y el *quántum* de la obligación, ya que éste depende de aquélla. Es sobre este específico punto que deseamos poner el acento en materia de intereses, por las razones que más adelante detallamos.

Conforme a la Ley la base imponible está integrada por el valor de venta de los bienes, la retribución por servicios y el valor de construcción o venta de los inmuebles, señalándose que por ellos debe entenderse: "La suma total que queda obligado a pagar el adquirente del bien, usuario del servicio o quien encarga la construcción. Se entenderá que esa suma está integrada por el valor total consignado en el comprobante de pago de los bienes, servicios o construcción, incluyendo los cargos que se efectúen por separado de aquél y aun cuando se originen en la prestación de servicios complementarios, en intereses devengados por el precio no pagado o en gasto de financiación de la operación ..." (artículo 14).

Cuando se analiza el contenido de este artículo fluye claro que el propósito del legislador ha sido comprender en el monto gravable todos los conceptos que pueden identificarse con la contraprestación que corresponde al adquirente del bien o usuario del servicio. En la búsqueda de una imposición justa, la norma abarca todos los supuestos vinculados con el precio, lo cual, de paso, impide maniobras elusivas por parte del contribuyente. Sin embargo, si bien es cierto que la alícuota debe calcularse sobre todos los conceptos indicados en la norma, también es verdad que dicho cálculo tiene que hacerse sólo sobre ellos, de manera que sería improcedente cualquier pretensión de exigir el I.G.V. sobre otros ingresos que pudieran corresponder al acreedor pero que son de naturaleza distinta de los recogidos en la norma; es decir, que no pretendan retribuir al vendedor o prestador del servicio.

Por lo tanto interesa señalar, en concreto, que los únicos intereses gravados son aquéllos que forman parte del precio en forma directa o indirecta, por estar integrados al fenómeno económico que sirve de marco al tributo. Obsérvese que la norma alude a "servicios complementarios, intereses devengados por el precio no pagado o gastos de financiación"; es

decir, se trata de gravar todo aquello que suponga un costo de la operación para el adquirente de los bienes o servicios y que, correlativamente, corresponda a los ingresos que obtiene el acreedor como pago por la transferencia o prestación. Los conceptos incluidos en la relación que aparece de la disposición transcrita no son los únicos que pueden surgir de la vinculación entre acreedor y deudor, pero es sólo respecto de aquéllos que puede aplicarse el tributo.

El tema tiene gran importancia, porque respecto de los intereses el carácter de complemento del precio sólo está dado por los denominados "compensatorios", que son los que surgen como consecuencia de la estructura acordada por las partes para el pago del precio ("devengados por el precio no pagado") y que no pueden confundirse con los "moratorios", cuya naturaleza jurídica es sustancialmente diferente y que, por ello, no están incluidos en la materia imponible, tal como detallamos en el punto siguiente.

2. DE LAS DISTINTAS CLASES DE INTERESES

De manera general puede señalarse que los intereses constituyen la retribución que corresponde al acreedor en una operación de crédito; es decir, el pago que realiza el deudor por el servicio financiero que le presta dicho acreedor al permitirle diferir el pago del precio. Tal apreciación, aunque parcial, es correcta y -en efecto- esos intereses así definidos forman parte de la base gravable. Ellos son los que el legislador ha tomado en cuenta al diseñar la norma, tal como lo confirma el hecho de que aún en los casos en que no hay venta sino mutuo, sólo estos intereses dan lugar a la generación del impuesto (salvo que medie exoneración).

A ello se refiere la primera parte del artículo 1242 del Código Civil, según el cual: "El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien", concepto que es recogido en la Ley del I.G.V., pues está vinculado con el valor de bienes o servicios cuando las partes acuerdan que el pago se efectuará a plazos, supuesto en el cual los intereses resultan contraprestación por el servicio financiero que presta el acreedor. Esta específica clase de interés forma parte de la suma gravada con el tributo.

La situación es drásticamente distinta si el acreedor no otorga al deudor plazo alguno para el pago o habiéndolo concedido, este último incumple el compromiso que asumió y simplemente dilata de manera arbitraria el pago de su deuda. El incumplimien-

to no debe perjudicar al acreedor y, por lo tanto, el Código Civil prevé que en esa hipótesis el deudor está sujeto a punición. En efecto, el segundo párrafo del mismo artículo 1242 señala que el interés “es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”.

Adviértase que en este caso no estamos frente a una contraprestación por el uso del dinero; no se trata de pagar por el servicio que supone el otorgamiento de un cierto plazo para la cancelación de la obligación pactada. Por el contrario, el incumplimiento del deudor genera una sanción que se le aplica por no satisfacer su obligación y por el consiguiente daño causado al acreedor. Se trata de un pago con carácter indemnizatorio, como penalidad por una conducta antijurídica. La suma se recibe para compensar un perjuicio cuyo resarcimiento puede ser exigido, inclusive, en sede judicial, de manera que no existe correspondencia entre este ingreso y el definido por la Ley, razón por la cual los intereses moratorios no forman parte de la materia imponible.

Obsérvese que aún en el supuesto de que el ingreso del monto indemnizatorio pudiera ser calificado como renta de tercera categoría del acreedor, ello - por sí solo - no sería suficiente para interpretar que hay lugar a la aplicación del I.G.V. En efecto, como hemos indicado líneas arriba, para tipificar el concepto “servicios” la Ley exige que el sujeto realice alguna “acción o prestación ...”, hipótesis que no se presenta en el caso de los intereses moratorios cuya única causa es el incumplimiento del obligado, sin que medie actuación alguna de aquél en favor de éste. Es más, la única actuación del acreedor podría ser en contra y no a favor del deudor pues, como hemos dicho, está facultado para exigir el pago a través de una demanda.

Las diferencias entre una y otra clase de intereses son explicadas por Felipe Osterling de la forma siguiente: “El interés compensatorio tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien una retribución adecuada por su uso”¹.

Según lo dicho, es a esa clase de intereses a la que alude la Ley de I.G.V. cuando incorpora a la materia imponible los “intereses devengados por el precio no pagado”; es decir, aquéllos que se originan en el

servicio que el acreedor presta al deudor cuando le permite diferir el pago y exige a cambio la correspondiente remuneración.

Como es obvio, carecería de sentido que el legislador considerara suplemento de precio o parte integrante del valor de los bienes o servicios los intereses de la otra vertiente; es decir, los que se generan por el incumplimiento del deudor (moratorios) y que constituyen una indemnización.

Según Osterling, el interés moratorio “es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Su función es indemnizar la mora en el pago”². No se presenta en este caso la nota básica que la norma ha previsto para gravar: no se trata de suplemento de precio y, por lo tanto, su monto no forma parte de la materia imponible, por cuanto la Ley no grava las indemnizaciones que percibe el acreedor en razón del incumplimiento del deudor. Como se sabe, en vía de interpretación no podría extenderse el tributo a un supuesto diferente del contemplado en la Ley.

Consideramos que este temperamento es compartido por la Administración Tributaria, como se infiere de la consulta absuelta por SUNAT a la Cámara de Comercio de Lima, donde se puntualiza que la indemnización pagada por la resolución unilateral de un contrato no da lugar a la aplicación del I.G.V. Para ello, SUNAT se basa en que conforme al artículo 1321 del Código Civil el resarcimiento por la inexecución de las obligaciones comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. “En tal sentido, la referida indemnización en sí misma no es una retribución por una venta, servicio o contrato de construcción, sino que se origina en el resarcimiento por la resolución del contrato” (véase el Oficio 251-96-I2.0000 del 15 de noviembre de 1996, dirigido a dicha Cámara por la Intendencia Nacional Jurídica, en respuesta a la consulta contenida en la Carta No. P/075/95/GL).

Como ya hemos indicado precedentemente, el interés moratorio tampoco es retribución por la venta de bienes o la prestación de servicios o contrato de construcción sino que se origina en el incumplimiento del deudor el cual motiva una indemnización y, por lo tanto, es forzoso llegar a idéntica conclusión: los intereses moratorios no integran la materia imponible.

¹ OSTERLING Felipe, «Las Obligaciones», Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 140.

² OSTERLING Felipe, ob. cit., p. 140.

En la absolución de dicha consulta, SUNAT agrega que el comprobante de pago es un documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso o la prestación de un servicio de cualquier naturaleza, aún cuando estas operaciones no se encuentren afectas a tributos, y que “siendo la indemnización un pago de carácter resarcitorio, en sí misma no constituye ninguna de las operaciones anteriormente descritas, no generando, por lo tanto, la obligación de emitir comprobante de pago”.

Tales reflexiones pueden seguirse al pie de la letra al analizar el caso de los intereses moratorios. Nuestro ordenamiento legal es absolutamente explícito, dichos intereses tienen calidad indemnizatoria, no son sumas que se derivan de ninguna de las operaciones consideradas por la Ley como actos gravados, ni forman parte del “valor de venta del bien” pactado por los contratantes. Tampoco constituyen “retribución por servicios”, pues el acreedor no proporciona servicio alguno al deudor y, por lo tanto, los intereses moratorios no implican contraprestación. El acreedor no aspira a una retribución, sino que exige (y puede hacerlo incluso judicialmente) que se le indemnice por el daño que se le ha inferido.

Asimismo, los intereses moratorios no integran el “valor de la construcción” ni el “valor de venta de un inmueble”, conceptos éstos que sólo están representados por el precio convenido entre las partes, así como por los intereses derivados del crédito que hubiera otorgado el acreedor. Estos últimos se generan en razón del plazo concedido al deudor para que éste pueda satisfacer su obligación (intereses compensatorios), los cuales difieren en forma absoluta de la sanción aplicada al deudor incumplido, que representan una indemnización para el acreedor perjudicado por tal incumplimiento.

Además, la obligación del deudor de pagar intereses moratorios constituye una consecuencia anormal de la ejecución de obligaciones, pues éstas son producto de un incumplimiento contractual que, en principio, no puede ser querido por las partes habida cuenta de que las obligaciones contraídas deben cumplirse según las reglas de la buena fe y común intención de los celebrantes.

El I.G.V. no afecta todos los ingresos de las empresas sino aquéllos derivados de las operaciones específicamente gravados, teniendo como materia imponible el monto de la contraprestación a que dan lugar tales operaciones. El pago que el deudor debe efectuar por su incumplimiento no se origina en ninguna prestación del acreedor y, por tanto, no se produce el supuesto contemplado en la Ley para dar nacimiento a la obligación de tributar.

Al margen de las críticas que pudieran hacerse por su inconveniencia, es claro que los intereses moratorios sólo podrían gravarse si mediara disposición legal específica que así lo estableciera, como ocurre en la legislación chilena donde la norma vigente los abarca expresamente. Como quiera que entre nosotros tal disposición no existe, el tributo sólo alcanza a los intereses compensatorios.

La situación puede verse con mayor claridad cuando la acreencia es cedida a un tercero, mediante la transferencia o endoso de los documentos correspondientes, si ello fuera posible de acuerdo a la naturaleza de los mismos. Como es evidente, el cesionario o endosatario de los documentos no ha realizado venta alguna ni prestado servicio de algún tipo al deudor y, por lo tanto, si éste incurriera en mora, el pago de la indemnización por el perjuicio causado al tenedor de los instrumentos no podría calificarse como suplemento de precio y su percepción no estaría gravada. Idéntica situación se presenta si la mora se incurre respecto del acreedor original, porque con relación a este extremo no existiría razón jurídica para distinguir un caso del otro, ya que en ambos el interés es adeudado a causa del incumplimiento del deudor que lo obliga al pago de una indemnización y no como contraprestación por el valor de una cosa transferida o de un servicio prestado.

3. SERVICIOS PÚBLICOS

El artículo 4 de la Ley señala que la obligación tributaria se origina “en la prestación de servicios, en la fecha en que se emite el comprobante de pago o en la fecha en que se percibe la retribución, lo que ocurra primero”. “En los casos de suministro de energía eléctrica, agua potable y servicios finales telefónicos, télex y telegráficos, en la fecha de percepción del ingreso o en la fecha de vencimiento del plazo para el pago del servicio, lo que ocurra primero”.

Hemos citado esta especial clase de servicios no sólo por la fórmula especial utilizada por el legislador para hacer surgir la obligación (“vencimiento del plazo para el pago”) sino porque las empresas prestadoras del servicio al pactar con los usuarios suelen dejar constancia de que el incumplimiento de éstos acarrea la exigencia de intereses moratorios o sumas directamente determinadas a título indemnizatorio, dentro las cláusulas penales contempladas en los respectivos contratos.

Por lo tanto, si bien es cierto que según la norma transcrita, el I.G.V. en los servicios debe ser pagado en el período que corresponda al vencimiento del plazo consignado en los respectivos recibos, también es verdad que -por los fundamentos expresa-

dos anteriormente- no forman parte de la materia gravable los intereses que las empresas prestadoras pudieran exigir a los usuarios en razón de la mora incurrida por éstos. La circunstancia de que los intereses moratorios se consignen en el mismo recibo en que consta el monto a cobrar por los servicios no obliga a tributar sobre el íntegro facturado, sino sólo sobre la parte que retribuye los servicios.

Resulta sumamente ilustrativo el hecho de que el Reglamento de Comprobantes de Pago, al referirse al régimen de las notas de débito, trate en un mismo contexto los intereses moratorios que corresponden al vendedor y las penalidades impuestas por incumplimiento contractual del proveedor que, indudablemente, no son objeto del tributo (artículo 10, numeral 2), sin hacer allí ninguna referencia a los intereses compensatorios los que, sin duda, deben pagar I.G.V.

4. LAS TASAS DE LOS INTERESES MORATORIOS Y COMPENSATORIOS

Aún cuando se trata de un aspecto meramente lateral, vale la pena señalar que las diferencias entre una y otra clase de interés alcanzan, inclusive, a la tasa que puede cobrarse respecto de unos y de otros.

En efecto, las tasas máximas de interés moratorio y compensatorio aplicables a empresas y personas ajenas al sistema financiero, son fijadas por el Banco Central de Reserva, de acuerdo con lo previsto por los artículos 1243 y 1244 del Código Civil.

En materia de interés compensatorio, el Banco Central de Reserva ha señalado que por operaciones hasta de 360 días corresponde aplicar la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAMN). Si el plazo fluctúa entre 361 y 719 días los intereses se exigen con la tasa TAMN más 1 y por el exceso de 719 días TAMN más 2.

Tratándose de moneda extranjera se aplica la Tasa Activa en Moneda Extranjera (TAMEX) que publica la Superintendencia de Banca y Seguros, en base a la información que los bancos deben proporcionar diariamente.

En cambio, el interés moratorio en moneda nacional equivale al 15% de la tasa TAMN, expresada en términos anuales, mientras que tratándose de moneda extranjera es igual al 20% de la tasa TAMEX, también expresada en términos anuales.

Por otro lado, y aunque no resulta del todo claro, algunos tratadistas sostienen que los intereses moratorios sólo se originan cuando los mismos han sido expresamente pactados, como ocurre en toda penalidad. Caso contrario, se aplican los intereses legales.

En nuestra opinión, la necesidad del pacto está destinada a establecer el importe al que ascienden los intereses moratorios, lo cual no implica que los intereses que se generen con posterioridad al vencimiento del plazo no tengan esta naturaleza. Al respecto, el artículo 1246 del Código Civil establece que “si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”. Por lo tanto, con independencia de la fórmula que se utilice para calcularlos, lo cierto es que siempre serán moratorios los intereses que se exijan al deudor en razón de su incumplimiento.

5. LOS INTERESES Y EL IMPUESTO A LA RENTA

Con arreglo al Decreto Legislativo 774, las fuentes generadoras de renta son el capital, el trabajo y la empresa. No existe duda de que debe considerarse como parte de la renta gravable de empresas y de personas naturales los intereses compensatorios generados por la colocación de capitales en el Perú, aunque el tributo no resulta exigible en aquellos casos en los cuales la propia Ley otorga exoneración, como ocurre con los intereses que se paguen con ocasión de un depósito en el sistema financiero nacional o los generados por los valores emitidos por los fondos de inversión, patrimonios fideicomitidos de sociedades tituladoras y otros casos contemplados en la Ley.

Ahora bien, en rigor, los intereses sujetos al Impuesto a la Renta son los compensatorios; ellos son generados por la operación de crédito propiamente dicha y, por lo tanto, salvo que medie exoneración, el perceptor está obligado a pagar el tributo. Son estos intereses los que pueden calificarse como rentas por provenir “de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos”, como quiere el artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Sin embargo, los intereses moratorios ¿también deben considerarse como parte de la renta gravable? ¿Están ellos, acaso, comprendidos en la definición de renta a que hemos aludido? Lo primero que podemos afirmar es que los intereses moratorios no se derivan del capital, en el sentido que le otorga la norma citada, ya que el ingreso que ellos representan no constituye un fruto, no proviene de manera directa del capital colocado, sino del incumplimiento del deudor. La violación contractual en que incurrir el obligado no es un “producto” derivado de una fuente sino una sanción, una penalidad por el incumplimiento, lo que motiva que se trate de ingresos esporádicos o simplemente -sería lo normal- que jamás hubiera lugar a dicho ingreso porque el deu-

dor no deja de cumplir con sus obligaciones oportunamente. Por lo tanto, el interés moratorio no tiene, *per se*, el carácter de renta.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según nuestra Ley la calidad de renta no sólo comprende las ganancias periódicas generadas por una fuente durable, sino también otros beneficios considerados en la Ley expresamente como gravables. Para analizar este extremo recordemos que, según el artículo 24 de la Ley, se consideran como rentas de segunda categoría:

“a) Los intereses originados en la colocación de capitales, cualquiera sea su denominación o forma de pago, tales como los producidos por títulos, cédulas, *debentures*, bonos, garantías y créditos privilegiados o quirografarios en dinero o valores”.

Los intereses a que se refiere la norma transcrita sólo pueden ser los “compensatorios”, el capital se coloca para percibir esa específica clase de ganancia. No se realiza una operación de crédito esperando lucrar con la demora del deudor; por el contrario, el acreedor parte de la premisa de que el obligado a cumplir efectuará el pago en tiempo oportuno. No se “coloca el capital” para percibir intereses moratorios; es más, para el acreedor lo deseable sería que no se viera en la necesidad de exigirlos, porque ello supondría que el deudor habría honrado su compromiso en el plazo pactado. Por lo tanto, si los intereses moratorios no tienen la naturaleza jurídica de renta, respecto de ellos no debería generarse el impuesto.

Sin embargo, es necesario destacar que por mandato de la Ley hay ciertos casos en que el impuesto debe aplicarse también respecto de los intereses moratorios. En efecto, conforme al artículo 2 de la Ley se consideran gravables no sólo las ganancias que se derivan de una fuente durable (en este caso el capital), sino que nuestra legislación positiva también recoge, aunque de manera parcial, la teoría del incremento patrimonial, en cuya virtud no interesa si el beneficio es periódico o no y si se deriva de una fuente permanente o no. Según dicha norma el tributo grava igualmente determinadas ganancias y beneficios, puntualizando que se encuentran entre ellos:

“b) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquéllas que no impliquen la reparación de un daño”

Del texto mencionado importa destacar la parte referida al daño para preguntarse ¿cuándo una indemnización no implica la reparación de un daño? Existe allí un defecto de técnica legislativa, ya que si hay indemnización es obvio que ella debe pagarse porque se ha causado un perjuicio, pues de lo contrario sería inex-

plicable que se exija la reparación. De acuerdo con dicha lógica las sumas percibidas a título indemnizatorio no tendrían nunca la condición de renta ya que siempre están destinadas a cubrir un daño.

Por lo tanto, tratando de encontrar el sentido a la disposición, tenemos que concluir que lo que se ha pretendido es más bien considerar excluidas del tributo aquellas sumas que son entregadas al agraviado para compensar un daño pero hasta el límite de éste, de manera que cualquier exceso -incluso la parte referida al lucro cesante- tendría la condición de renta.

Obsérvese que en la medida que el perjuicio resulta compensado por la indemnización, el ingreso no da lugar a renta gravable, ya que los resultados se mantienen inalterables. Al respecto, cabe imaginar la hipótesis en la cual el contribuyente afectado sufre un egreso de 100 para reparar el daño sufrido, pero inmediatamente después recibe una indemnización por el mismo importe que lo resarce del gasto en que incurrió. En este supuesto el ingreso así recibido no integra la materia imponible y, paralelamente, el egreso no se considera deducible como gasto para fines de establecer la renta neta.

Este extremo se encuentra confirmado por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, según el cual los contribuyentes pueden deducir de sus rentas de tercera categoría:

“Las pérdidas extraordinarias sufridas por caso fortuito o fuerza mayor en los bienes productores de renta gravada o por delitos cometidos en perjuicio del contribuyente por sus dependientes o terceros, en la parte que tales pérdidas no resulten cubiertas por indemnizaciones o seguros ...”.

Consecuentemente, la norma del artículo 2 sólo puede interpretarse en el sentido de que el ingreso (monto indemnizatorio) no está gravado porque no constituye renta, pero en tal hipótesis el egreso en que se hubiera incurrido no es aceptable como gasto. Adviértase que conforme a esta interpretación la regla tendría racionalidad porque el contribuyente no habría sufrido perjuicio económico alguno. Dicho de otra forma, si se producen pérdidas por alguna de las razones indicadas en el artículo 37, inciso d), el monto respectivo es deducible de la renta bruta, si es que no se ha recibido ninguna indemnización. Sin embargo, si el daño causado fuera superior al monto de la indemnización sólo podría deducirse la parte que exceda del importe recibido. En la situación inversa; si la suma recibida como indemnización superara la cuantía del perjuicio, el exceso no “implicaría la reparación de un daño” y, por lo tanto, sería de aplicación el artículo 2, inciso b) que califica tal ingreso como renta gravable.

HERENCIAS A FAVOR DEL ALMA EN EL SIGLO XIX

Verónica Zambrano
Profesora de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

La autora del presente artículo nos presenta la forma como en el pasado se le llegó a atribuir al alma la calidad de heredera; rebasando la idea, más antigua a decir de la doctora Zambrano, que concebía al alma como destinataria de los beneficios reportados por la pía disposición de la herencia por parte del testador. A este efecto nos señala que "para suplir las deficiencias que un ser abstracto como el alma podía importar al concepto de heredero, se había habilitado al albacea, que venía a ser ejecutor testamentario, pero que no podía nombrar herederos..."

Para desarrollar este tema nos introduce en el origen y evolución de la figura en España, nos muestra cómo es recibida la legislación española a este respecto en América; prosigue analizando el desarrollo de la legislación decimonónica americana que trata el tema del alma en las normas relativas a las sucesiones.

Culmina el tratamiento del tema refiriéndose a la costumbres sociales desarrolladas en el Perú del siglo XIX relativas al tema y a la forma en que la jurisprudencia peruana rechaza al alma como sujeto en favor de quien se podía disponer una herencia.

1. INTRODUCCIÓN

Como bien comenta un autor español, el campo jurídico es, como todos los fondos culturales del hombre, una caja receptora de sus preocupaciones e inquietudes¹. Es por ello que no sorprende que muchas de sus creencias o expresiones se vean plasmadas en normas o inclusive, en costumbres jurídicas. Frente a esto no podemos dejar de observar que en cada época de la historia los elementos cambian superponiéndose y dando paso a nuevas ideas; de ahí que las expresiones de hoy no sean necesariamente las de ayer, y, eso también, que en algunos casos hasta nos impresiona que en otras épocas se halla tenido una que otra creencia que hoy no sea necesariamente la de ayer, y que hoy calificaríamos como ilógica y sin sentido.

Es importante ubicar cada cuerpo legal o costumbre jurídica en su época, para comprender cuáles pudieron ser las circunstancias que dieron origen a ciertas creencias que hoy resultarían inexplicables y frente a las cuales el Derecho de su época no permaneció indiferente, produciendo normas que hoy también nos resultan inexplicables.

Una vieja interrogante que mueve al hombre, al punto de hacerlo suplir con su imaginación, muchas veces, esa realidad desconocida, es aquella vinculada a su origen y destino, el "antes" y el "después" de su vida terrenal. Las preguntas sobre dónde venimos y adónde vamos, han tratado de ser respondidas de mil maneras desde los distintos campos de la creatividad humana, aún cuando más interesado se ha mostrado el hombre por su destino final que por

¹ MURGA, José Luis. Donaciones y Testamentos "in bonum animae" en el Derecho Romano Tardío. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968, p.11.

su origen. Tratar de conocer la suerte feliz o desgraciada que le espera, ha sido motivo de tormentos, genialidades, esperanzas y de todo lo que puede involucrar al ser humano y también, por ende, al Derecho.

La idea del descanso eterno, luego de la muerte, con la persistencia de un destino inmortal es probablemente la idea que más ha influenciado a los pueblos. Luego de la muerte vendría el descanso, como la contrapartida a una vida llena de labores. Sin embargo, este descanso no implica la desaparición del hombre pues subyace la idea de otro tipo de vida: una mejor vida. Si bien el concepto de por sí es bastante mundano, explica la iniciativa en tantos pueblos, desconocidos entre sí, por enterrar al difunto con una serie de utensilios² que no tenían otro objeto que el de facilitar su estadía en el más allá.

A lo largo de la historia muy distintas serán las manifestaciones de esta concepción de ultratumba, tomando nuevos derroteros. Roma es tal vez el lugar donde estas expresiones alcanzan mayor desarrollo con ceremonias cada vez más abiertas, banquetes e incluso juegos de gladiadores en honor al difunto. Para Bruck, por ejemplo, el origen de estos juegos estuvo en una antigua ofrenda de sangre, quedando luego como divertimento entre vivos³.

Las doctrinas estoicas y epicúreas durante el Imperio, sumadas a la recepción de las costumbres religiosas orientales, mistifican la concepción del hombre de la época sobre sus propios funerales. No debe olvidarse además un elemento de difícil probanza, pero que muchos autores también reconocen como determinantes; nos referimos a la vanidad que caracteriza al ser humano y que según Bruck⁴ ha sido claramente recogida por Homero. El deseo de emulación o de perpetuidad del hombre constituyen un móvil importantísimo para mantener vigentes las tendencias de devoción hacia el difunto.

Posteriormente será la Iglesia quien asuma la defensa de una serie de principios que comprometan al

hombre para con su vida futura, revistiendo este compromiso caracteres no sólo espirituales sino también simbolismos materiales.

La preocupación por la continuidad, más allá de la vida terrenal, estará avalada por el Derecho de cada época mediante la creación de una serie de figuras jurídicas, incluyendo entre éstas al testamento. Por el testamento el otorgante podía disponer de todas sus riquezas, de un modo cada vez más logrado, pudiendo inclusive tomar decisiones sobre sus propios funerales.

Dentro de este contexto, no sorprende que aproximadamente hacia la época del Derecho Romano Tardío encontremos claras manifestaciones de beneficios concedidos a favor del alma tanto en negocios *inter-vivos* como *mortis-causa*. Así, podía afirmarse que la herencia del alma es uno más de esos temas que surgen por la preocupación del hombre respecto a una vida ultraterrenal.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. El Alma

El concepto de alma es ampliamente manejado, pero habría que preguntarse qué significó realmente; quizá la respuesta se encuentre en el carácter de inmortalidad que la mayoría de los filósofos le imprimieron.

Para Platón el alma es esencia invisible inmaterial, espiritual y supraterránea. El alma es inmortal y atemporal, solamente cuando el alma ha sido entregada a los "instrumentos del tiempo" se une con el cuerpo; liberada de éste, el destino del alma será elegir un nuevo período mortal⁵.

Para Aristóteles el alma también se mueve por sí misma y el movimiento que le atribuye significa vida o existencia. A pesar de reconocer diversidad de almas señala que el alma intelectual que constituye el entendimiento activo reviste caracteres de procedencia divina⁶, con lo cual le reconoce su supervivencia luego de la muerte del hombre.

² BRUCK. *Tontenteil und Seelgerat*. Breslau. 1909, p.15.

³ BRUCK. *Über römische Recht in Rhemen der Kulturgeschichte*, Berlín, 1954 p.58.

⁴ BRUCK. Ob.Cit. p.60.

⁵ PLATÓN. *La República*. Instituto de Estudios Políticos. 1949, N 617.

⁶ HIRSCHBERGER, Johannes. *Historia de la Filosofía*. Barcelona: Herder, 1982, Tomo 1, p. 188.

Si para San Agustín el alma debía ser inmortal⁷, para Santo Tomás la inmortalidad es una característica que al alma le viene dada. Explica que en razón de su esencial subsistencia no es afectada en su esencia por la muerte del cuerpo⁸.

Con Descartes cambia un tanto la concepción, pues para él el alma tiene una naturaleza distinta del cuerpo, pero ya no es el principio de vida sino simplemente pensamiento.

No hay filósofo que no se haya sentido tentado a definir o ensayar por lo menos un concepto sobre el alma y de cierta forma el filósofo en su eterna búsqueda, hace una suerte de metafísica del alma. Kant modifica esta situación, pues la concepción del alma y de la vida anímica en él se circunscriben a la conciencia y se agotan en ella¹⁰. Sin embargo, para Kant también debe existir la inmortalidad, si bien no del alma, sí del hombre, de lo contrario señala que "se nos tornarían vanas quimeras las leyes morales"¹¹.

Mucho autores posteriormente imprimirán al alma un sentido marcadamente psíquico, reservando la inmortalidad para un nuevo concepto: el espíritu. Así lo interpretarán Schelling y también Herbart, pero esa es otra historia que ahora nos apartaría de la historia del alma.

A lo largo de la historia de la Filosofía el concepto de alma ha variado, pues se trata de una esencia desconocida para los hombres, sobre la que todo lo dicho resulta ser simples conjeturas. Sin embargo, si bien la filosofía tal vez no nos ayude a determinar lo que el alma es, si nos ayudará a definir qué es lo que el concepto ha querido significar.

El alma se concibe como una parte desconocida del hombre que cuenta con los atributos necesarios para no desaparecer con la muerte terrenal. Ello permite que se le pueda concebir como eventual sujeto de beneficios o penalidades después del falle-

cimiento. Es por ello que se suele definir al alma como una substancia espiritual e inmortal capaz de entender, querer y sentir, informando al cuerpo y constituyendo la esencia del hombre.¹² Esta definición permite que el alma burle el propio fin del hombre y lo trascienda, pero sin perder identidad.

Algunos relatos inspirados en estas ideas, como el que dice que el alma vagará eternamente luego de muerto el hombre o que se irá al infierno o al purgatorio donde habrá de sufrir una suerte de calamidades, en algunos casos eternas, en otros casos hasta el juicio final, hacen que paralelamente se vaya gestando la idea de ayudar al alma desde la vida terrenal, ya sea con oraciones o limosnas en su nombre o incluso con la idea de que las buenas acciones en vida serán como una suerte de crédito para ella luego de la muerte.

2.2. Concepto de Herencia

La herencia, también llamada masa hereditaria, acervo hereditario o caudal relicto, es el patrimonio dejado y conformado por derechos que no se extinguen con la muerte del difunto y que no sólo incluye bienes, sino también las obligaciones que deben de pasar a sus herederos u otros sucesores.¹³

Explica Roberto Suárez Franco, que el patrimonio consta jurídicamente de dos tipos de elementos, uno activo que está conformado por derechos de carácter real y personal de tipo económico radicados en la cabeza del titular, y uno pasivo que lo integran las obligaciones, vale decir, las relaciones o vínculos jurídicos del causante con otras personas que están facultadas para exigirle una prestación de dar, hacer o no hacer de contenido patrimonial; es decir, que el patrimonio también está representado por las obligaciones contraídas por el causante.¹⁴

Puede pues afirmarse que mientras que la sucesión es la transmisión del patrimonio dejado por el causante de éste a quienes deben sucederlo, la herencia

⁷ HIRSCHBERGER, Johannes. Ob. Cit. P. 304.

⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO. Suma Teológica. Madrid: BAC, 1947, I, 75,6.

⁹ DESCARTES, René. Tratado de las Pasiones y Discursos del Método. Barcelona, Iberia, 1963, I, 17.

¹⁰ HIRSCHBERGER, Johannes. Ob. Cit.

¹¹ KANT, Immanuel. Crítica a la razón práctica. En obras completas de la Academia de Ciencias de Berlín, 1902, p. 839.

¹² Diccionario de Derecho Privado, Barcelona: Editorial Labor, 1950, p. 316.

¹³ LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Lima: Editorial Desarrollo, 1983, Tomo 1, p. 27.

¹⁴ SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones, Bogotá: Temis, 1989, p. 15.

es justamente este patrimonio materia de la transmisión. A pesar de esto, en el lenguaje usual y en algunos textos legales se encuentra el empleo del término sucesión y herencia como sinónimos.

Un ejemplo lo encontramos en García Goyena quien en sus Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, señala que "Herencia es la sucesión de todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".¹⁵ Puede pues observarse que los conceptos de herencia y sucesión figuran como sinónimos, como conceptos equivalentes. Dicha situación ha sido modificada actualmente en la legislación española, donde ahora herencia comprende aquello que se trasmite, más no la transmisión misma.¹⁶

En Argentina, Vélez Sarsfield, en el texto del artículo 3279 del Código Civil de este país, en la parte final dice, "El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código". De esta forma equipara el concepto de herencia al de sucesión. Inclusive en la nota a dicho artículo dice que "Herencia y Sucesión son sinónimos en el Derecho"¹⁷

En el Código Civil de 1852 se observa una situación similar en el sentido de equiparar los términos sucesión y herencia. La Sección Cuarta del Libro Segundo de este Código se tituló "Del modo de adquirir el dominio por herencia por sucesión".

Lo interesante es que un sector de la doctrina peruana de la época distinguió un concepto de otro, otorgándole tanto a la herencia como a la sucesión su real contenido. El doctor Samanamú decía que la herencia no era otra cosa que el patrimonio que una persona dejaba al momento de su muerte, siendo por tanto sucesión y herencia términos muy distintos, a pesar de que reconocía que las leyes de la época los tomaban como sinónimos.¹⁸

Otro sector de la doctrina de la época aparentemente no distingue entre ambos conceptos, señalando que el derecho de suceder o la sucesión en los bienes y acciones que tenía alguno, al tiempo de su muerte, es lo que debe interpretarse o tomarse jurídicamente como herencia.¹⁹

Por lo demás, en cuanto a las leyes españolas, como muchas otras, la Ley 1 del Título 3 de la Partida Sexta da una sucinta definición del derecho de sucesión, pero no abunda en el tema de su distinción con el término herencia.

Ahora, la distinción en la práctica no es tan importante, en tanto que hablar de la herencia presupone el que exista una transmisión sucesoria de por medio. Modernamente la distinción es clara, pero en aquella época creemos que no lo fue.

2.3. Concepto de Herencia en favor del Alma

Hemos definido alma y herencia, pero la suma de ambos conceptos no calza con el concepto de herencia en favor del alma. Para definir esta figura habríamos de preguntarnos si la herencia a favor del alma puede comprenderse como el derecho de suceder del alma, considerando herencia como sucesión, o si por el contrario, simplemente la figura haría alusión a una parte de la herencia que debería destinarse a favor del alma.

Asumir uno u otro concepto sí resulta muy importante, porque si se cree que en este tema la herencia alude al derecho sucesorio en sí, entonces deberíamos concluir que se trata de otorgar al alma la condición de heredera.

Por el contrario, considerar que el término herencia en este tema sólo busca determinar una parte del patrimonio relicto que deberá ser aplicado a su favor, significaría que no se trata del alma como heredera sino de un cargo impuesto a otro heredero y que beneficiará al alma del testador, pero como un simple tercero en la relación sucesoria, es decir, como el fin u objetivo final de última voluntad del testador.

Resulta difícil tratar de definir en pocas líneas lo que es un producto de siglos, más si se tienen próximos en el intelecto, conceptos y clasificaciones teóricas actuales.

Si se analiza jurídicamente la institución a la luz de la teoría de la capacidad para suceder, deberíamos

¹⁵ GOYENA, Florencia. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Madrid: 1852, Tomo 2.

¹⁶ Código Civil Español, artículo 659.

¹⁷ Código Civil de la República Argentina. Con las notas de Vélez Sarsfield. Buenos Aires: AZ editora, 1990. P. 690.

¹⁸ SAMANAMU F. Instituciones de Derecho Civil. Lima: 1911, Tomo I, p. 425.

¹⁹ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de la Legislación. París: Casa de D. Mariano Alcover, 1831, p. 257.

preguntarnos si el alma podría en algún momento haberse constituido en sujeto de derechos. Tal como ha evolucionado dicha teoría, sería imposible dejar de mencionar que en algún momento de la historia la doctrina jurídica sostuvo la discusión sobre si era o no posible concebir derecho sin sujeto. Al respecto podríamos mencionar a autores como Eindscheld, Koppen, Sechel e inclusive Bekker, que admitieron la existencia de derechos sin sujeto o con sujeto fingido como en el caso del último autor. Desde esta perspectiva en algún momento pudieron concebirse derechos hereditarios sin heredero capaz de adirse los mismos. Dentro de esta óptica, sería posible pensar en una herencia del alma en la que el alma no fuera el sujeto del derecho, el heredero, sino un simple beneficiario.

Ésta es la perspectiva que aparentemente hoy toma la doctrina cuando analiza la figura. Así, José Maldonado afirma:

“Y ésta es la conclusión que ha de servir para orientar el problema concreto que teníamos planteado a propósito de las herencias dejadas *“pro anima”*. Aquí ya he dicho que no puede estimarse que el alma sea el sujeto del derecho sobre los bienes. Este sujeto permanece incierto y no adquirirá determinación hasta que, con la base de esos bienes, se cree una fundación, o hasta que cada uno de ellos vaya a parar a las manos en que habrían de quedar, como estipendio de actos de culto o para que se produzca con tal entrega un acto de caridad, aplicables uno y otro como sufragios por el alma. Entre tanto el sujeto está transitoriamente indeterminado y lo que aparece en primer plano es el fin que ha de presidir la aplicación de tales bienes. Pero en ese paréntesis que se produce, el ordenamiento jurídico continúa protegiendo el derecho sobre esos objetos. Sin embargo, este caso presenta una modalidad especial: aquí el Derecho no mantiene su protección en vista de sujeto futuro, sino en atención al bien del sujeto pasado”.²⁰

Es lógico pensar que el beneficio del alma con la herencia no la convierte a ella en heredera, sino que convierte ello en un fin al cual debe responder la herencia por intermedio de una fundación. En este caso deberíamos preguntarnos si la transmisión sucesoria se produce en beneficio de aquella funda-

ción que habrá de crearse para beneficiar al alma. En tal caso no habría ningún obstáculo teórico, porque respecto a las fundaciones constituidas por testamento la transmisión sucesoria a su favor se produce a mérito de su creación en el testamento, desde el momento de la muerte del causante y aún de su inscripción registral, porque en la transmisión sucesoria no pueden haber lagunas²¹ y el carácter será retroactivo a pesar de que su creación sea posterior.

Sin embargo, todo este razonamiento, que resulta coherente desde nuestra perspectiva para justificar cómo el alma no podía ser heredera sino un simple fin en el destino de la herencia del testador, en el siglo pasado no se dio. No se dio porque como se verá, si bien en un inicio, con anterioridad al siglo XIX, se habla de beneficios establecidos a favor del alma, como *“causas pías”* o *“mandas pías”*, llega un momento en el que claramente se habla del alma como heredera y no como una simple beneficiaria, y es en este punto donde se centra la discusión del siglo XIX, no sólo en España sino también en América.

Para suplir las deficiencias que un ser abstracto como el alma podía importar al concepto de heredero, se había habilitado al albacea, quien venía a ser ejecutor testamentario, pero que no podía nombrar heredero, pues ello competía al testador. El comisario, albacea o administrador haría todo aquello que el alma no podría hacer pero reconociendo al alma como heredera.

Si bien jurídicamente podía no resultar coherente con la teoría de la capacidad que el alma pudiese heredar, en realidad es así como se asume en el siglo XIX, y eso se corrobora con comentarios y jurisprudencia de la época, donde se referían abiertamente al alma como heredera, ya sea para defender o atacar la concepción. Cabe pues dejar en claro que por debajo de la discusión subyacía la posibilidad de considerar al alma como sucesora y no como una simple beneficiaria a modo de cargo o finalidad última de la herencia.

Esta idea se corrobora por ejemplo a través de la teoría de Leibnitz²², que usualmente era citada para fundamentar la figura, por la cual se entendía la subsistencia del alma después de la muerte del

²⁰ MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, José. Herencias a favor del Alma del Derecho Español. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1944, p. 228.

²¹ LANATTA, Rómulo. Ob Cit. P. 262.

²² ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. SRL. 1954, p. 658.

Mas importantes todavía son las Leyes 6, 32 y 36 de Toro, pues aquí prácticamente se ve configurado el sistema de herencia a favor del alma. La Ley 6 dice que el causante puede disponer por su alma u otra cosa que él quisiere en determinada circunstancia, así se dice que:

“Los ascendientes legítimos, por su orden y línea derecha. sucedan ‘*ex testamento et eb intestato*’ a sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son descendientes a ellos en todos su bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que ayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de su bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, o hacer cualquier última voluntad por su alma, o en otra cosa qual quisieren; lo qual mandamos que se guarde, salvo en la ciudades, villas y lugares do según el fuero de la tierra se acostumbran tomar los bienes al tronco, a la rayz a la rayz”.

En la Ley 32 se hace alusión a la figura del comisario que deberá ejecutar la voluntad del testador, y si el testador no hubiere dejado heredero designado puede mandar distribuir la quinta parte de los bienes por el alma del testador, así se señala que:

“Quando el testador no fizo heredero, ni menos dio poder al comisario que lo hiciese por él, ni le dio poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley próxima, sino solamente le dio poder para que por el pueda hacer testamento, el comisario mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que el dio el poder, pagando sus deudas, y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quina de su bienes que pagadas las deudas montare, y el remanente se parte entre los parientes que venieren a heredar aquellos bienes ‘*ab intestato*’, y si parientes tales no tuviere el testador; mandarnos que el dicho comisario, de xansole a la muger del que le dio el poder, lo que según leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pías y provechosas a la anima del que le dio el poder, y no en otra cosa alguna”.

El mismo beneficio de la quinta parte a favor del alma funciona cuando el comisario no hizo testamento ni dispuso de bienes, como lo explica la Ley 36 de Toro:

“Quando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pado el tiempo, o porque no quiso, o porque murio sin facerlo, los tales bienes vengán derechamente a los parientes del que le dio el poder que hubiesen de heredar sus bienes ‘*ab intestato*’, los quales, en el caso que no sean fijos ni descendientes o ascendientes legítimos, sean obligados a disponer de la quina parte de los tales bienes por su anima del testador: lo qual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan a ello, ante las quales lo puedan demandar y sea parte para ello qualquier del pueblo”.

3.3. Las Manda Pías

Hemos ya indicado que la posibilidad de beneficiar a la propia alma, que en el Derecho Romano se presentó como una suerte de obligación materializada en la cuota “*pro ánima*”, en el Derecho Castellano se vio limitada a la figura de una asignación voluntaria por parte del causante. Sin embargo, la recepción de los Derechos Romano y Canónico producen en España –como señala José Maldonado– una época en la literatura jurídica que lleva consigo la consecuencia de sentar las construcciones jurídicas más sólidamente sobre fundamentos científicos.²³

Entre todas aquellas teorías que se desarrollan está la de las “*causas Pías*”, constituyéndose entre los españoles un sistema elaborado en bases canónicas y algunas normas romanas entre los siglos XVI y XVII. Sin embargo, lejos de ser tomada esta tendencia como un replanteamiento de aquellos antecedentes mencionados, se edifica sobre ella toda una teoría de las “*causas pías*” de los testamentos. Esta teoría fue explicada por Mantica, quien señaló que sólo podían estimarse como “*causa pías*” aquellas que redundasen en bien del alma del difunto.²⁴

Los testamentos “*ad pías causas*” eran aquellos que contenían “*pías causas*” y por ello se interpretaban de un modo más abierto y menos riguroso en la observación de formalidades, presumiéndose inclusive posteriores en caso de duda para salvar alguna formalidad. Sin embargo, la mayoría de autores de la época continúan trabajando la figura sobre la base de las Leyes de Toro, justamente en base a las leyes 32 y 36 antes comentadas.

²³ MALDONADO, José. Ob.Cit. p. 147

²⁴ MANTICA, Francisco. *Tractatus de coniecturis ultimorum voluntatum*. Genevae: 1769, p. 255.

En el siglo XVII surgen las Mandas Pías Forzosas, que son beneficios al alma por causa de muerte con carácter obligatorio. Se instituyen para llenar con su creación necesidades de tipo benéfico. La primitiva significación exclusivamente religiosa que mira la salvación del alma del “*de cuius*” va poco a poco dejando de lado aquellas consideraciones y se va concentrando en la ayuda que se brindaba con el monto de la contribución a combatientes, huérfanos, etc. Si bien en un inicio se dijo que ellas eran agradables a los ojos de Dios, poco a poco se va trasladando la concepción hasta convertirla en una de interés público y no religioso. Este carácter público se tornará estatal cuando estas mandas se convierten en impuestos estatales.

A mediados del siglo XIX se reorganiza la Hacienda Pública en España, y por la ley del 23 de mayo de 1845, que formula el presupuesto general de ingresos del Estado, se establece una contribución de repartimiento sobre el producto líquido de los inmuebles y del cultivo y ganadería, señalando que en esta contribución se refundía entre otros conceptos la manda pía forzosa. Diez años más tarde, por una Real Orden del 22 de julio de 1855, se declaró que efectivamente las mandas pías forzosas habían sido derogadas por la antes referida ley, pudiendo recaudarse en lo sucesivo únicamente como legado voluntario.

3.3. Derecho inmediatamente anterior al Código Civil español

Suprimidas las “mandas pías” obligatorias sólo queda la posibilidad de beneficiar al alma por exclusiva voluntad del testado. Probablemente el influjo de la religión en la época hace que ésta se convierta en una práctica constante. Sin embargo, es en este período donde se empieza a hablar ya no de herencia dejada en beneficio del alma sino del alma como heredera.

En la propia jurisprudencia española se va introduciendo esta terminología dándose a comprender que se trataba de considerar al alma como heredera, es así que en numerosos fallos del Tribunal Supremo se encuentra claramente reconocida el alma como heredera. No obstante, llama la atención la sentencia del 31 de diciembre de 1888, donde el Tribunal afirma “puede hacerse aquella institución o lo que es lo mismo, el invertir los bienes hereditarios en sufragios y obras pías”.

La doctrina creada por el Tribunal Supremo y que influenció el Derecho de la época admitió ampliamente la institución de heredero a favor del alma, ya sea que el testador nombrase albacea o en su caso

heredero fiduciario, quienes actuaban como interpósitas personas que harían viable la ejecución de la voluntad del testador. Una última nota interesante es que la heredera no sólo podía ser el alma del testador sino también eventualmente el alma de otros, por ejemplo de sus parientes.

4. RECEPCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

4.1. Generalidades

Las antiguas leyes y recopilaciones españolas tienen especial importancia entre nosotros, al haber sido muchas de ellas aplicadas en el Perú desde la conquista hasta que fuera promulgado el primer Código Civil de 1852. Por otra parte, conviene destacar que este nuevo Código también se inspiró en muchos casos en esta legislación, pues la tomó como fuente. Por esta razón, merecen ser tomadas en cuenta, sobre todo si consideramos que, como antes hemos explicado, la concepción del alma como heredera es típica de esta legislación.

4.2. Aplicación de leyes españolas

En el siglo XIX en el Perú, si bien se advierte un interés por la propia legislación, continúan rigiendo normas de la Corona. Proclamada la independencia por el General José de San Martín el 28 de julio de 1821, continuó rigiendo la legislación española en lo concerniente al Derecho Privado, salvo un breve período de tiempo transcurrido entre el 1 de enero de 1837 y el 31 de julio de 1838 en que rigieron los Códigos de Santa Cruz.

En la época del virreinato el Derecho aplicable en el tema de sucesiones así como en los demás campos del Derecho Civil fue el Derecho español de la época. Este Derecho, llamado Antiguo Derecho español, rigió en muchas de sus disposiciones.

Una importante obra legislativa es el Fuero Juzgo, cuyo nombre original fue *Lex Visigothorum Recesvintorum, Liber Judiciorum o Liber Judicum*. Este importante cuerpo de leyes, a pesar de su antigüedad –pues corresponde a la segunda mitad del siglo VII-, llegó a América como consecuencia de una decisión de Fernando III. En efecto, si bien el Fuero Juzgo tenía el mérito de haber sobrevivido a posteriores épocas a la de su creación, fue dado por Fernando III como fuero municipal a las ciudades de Córdoba y otras aledañas, siendo tal su fuerza que a pesar de no haberse mencionado en el ordenamiento de Alcalá se aplicó en España y América. Para Basadre el Fuero fue la versión

romanceada del *Liber Judiciorum* y contenía adiciones, supresiones y trueques.²⁵

Para el presente tema interesan resaltar los fueros municipales y nobiliarios que aparecieron de manera continuada en las regiones liberadas de España tras la invasión musulmana. Es entre los llamados fueros municipales en los que se autorizan figuras jurídicas tales como la denominada herencia a favor del alma del testador.²⁶

Entre los fueros municipales y nobiliarios destacan el Fuero Viejo de Castilla y el Fuero Real, siendo publicadas las denominadas Leyes de Estilo que contienen decisiones del Tribunal Superior de la Corte, aplicando y aclarando las disposiciones del Fuero Real.

Entre los años 1258 y 1263 probablemente son redactadas en Murcia las VII Partidas de Alfonso X el Sabio, y en 1348 se da el Ordenamiento de Alcalá formado por varios acuerdos de las Cortes. El Derecho de Sucesiones se encontró legislado en la Partida VI, admitiéndose entre sus disposiciones las mandas pías, a las que ya nos hemos referido como beneficios obligados en beneficio del alma del testador.

En 1505, a propósito de una reunión celebrada en la ciudad castellana de Toro, aparecen las leyes que llevan el nombre de la misma. Esta colección constó de ochenta y tres leyes, de las cuales cuarenta y cuatro tratan de las sucesiones, y como antes ya hemos indicado contenían disposiciones en beneficio del alma.

La Novísima Recopilación de las Leyes de España se sancionó en 1805 y tomó el mismo plan de materias que siguió la Nueva Recopilación sin mayores modificaciones.

Adicionalmente, los reyes de España, para un buen gobierno de sus colonias, dieron las Leyes de Indias, que como explica Lanatta fueron dictadas para hacer frente a situaciones desconocidas hasta entonces.²⁷

Todas estas normas resultaron de aplicación no sólo durante el virreinato sino también en la época de la

emancipación, produciéndose, como explica Basadre, una situación caótica²⁸ durante la colonia, pues los distintos documentos de Derecho estaban en parte derogados y en parte vigentes y hasta se dudaba de la existencia de algunos de ellos.

Si bien las leyes de indias debían aplicarse preferentemente, teóricamente debían aplicarse subsidiariamente las leyes castellanas; para José Cabral Toxo la aplicación se daba con la siguiente prelación²⁹:

La ley posterior o no recopilada derogaba a la anterior si versaban sobre la misma materia.

Las leyes compiladas eran aplicadas en el siguiente orden:

- a. La Novísima Recopilación
- b. La Nueva Recopilación
- c. Las Leyes de Toro
- d. El Ordenamiento de Montalvo
- e. El Ordenamiento de Alcalá
- f. Los Fueros Territoriales o de lugar, es decir Fuero Real, Fuero Viejo y Fuero Juzgo.
- g. Las Partidas

A pesar de que este orden teóricamente existía, explica Jorge Basadre que algunos historiadores optaron por aplicar preferentemente las Partidas, otros autores dicen que esta preferencia sólo se dio en relación a la parte referida al Derecho Procesal. Proclamada que fuere la independencia del Perú por don José de San Martín esta legislación española continuó rigiendo en el Perú. El Reglamento Provisional de Huaura, promulgado por el libertador el 12 de febrero de 1821, dispone en su artículo 18: "todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor mientras no sean derogados o abrogados por autoridad competente".

Posteriormente, el Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821 reiteró nuevamente la anterior disposición.

²⁵ BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. Lima: Ediciones Gráficas, 1986, p.230.

²⁶ LANATTA, Rómulo. Ob. Cit. p.80.

²⁷ Idem.

²⁸ BASADRE, Jorge. Ob. Cit. p. 239.

²⁹ CABRAL TOXO. "La prelación de los cuerpos legales en la historia del Derecho Argentino" en: Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas de Buenos Aires. Buenos Aires: 1933.

5. LA HERENCIA DEL ALMA EN LA LEGISLACION DEL SIGLO XIX

5.1. Normas anteriores al Código Civil de 1852

Tal como hemos explicado en los párrafos anteriores, la legislación española es la que desarrolla con mayor profundidad el tema de los beneficios a favor del alma y le da en los tiempos inmediatamente anteriores al Código la condición de heredera al alma.

Esta legislación también estuvo vigente en el Perú - como lo hemos indicado- hasta antes de que los Códigos de Santa Cruz fueren puestos en vigencia, esto es, entre el 1 de enero de 1831 y el 1 de julio de 1838, y continuó rigiendo con posterioridad a esta fecha hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1852.

El inconveniente de la legislación española es que como toda recopilación, se encontraba compuesta por diversas disposiciones que entre sí no siempre resultaban del todo coherentes.

Así, la Novísima Recopilación, tan consultada en el tema, mostraba disposiciones contradictorias que a la larga fueron mellando la figura. Por una parte se contemplaba la figura, sin embargo no faltaron las leyes que parecían negarla.

El Código de Santa Cruz, si bien no contuvo disposiciones contrarias a la herencia del alma, tampoco se ocupó de la figura. En el tema de las incapacidades para ser heredero no se menciona ningún impedimento en el alma para heredar, y dado que se trataba de una lista cerrada, con el apoyo de la normatividad de la época podía concluirse que se trató en definitiva de una posibilidad contemplada en esta legislación.

5.2. Las Herencias del Alma en el Código Civil de 1852

5.2.1. Antecedentes

Es durante el gobierno de don Ramón Castilla que se inicia la elaboración del Código de 1852. En 1845 el senador doctor José Luis Gómez Sánchez presenta un proyecto de ley que es aprobado por el Congreso y promulgado por el Ejecutivo, donde se autoriza al Presidente de la República nombrar una comisión de siete miembros que elaboraran un Proyecto de Código Civil. Esta comisión presentó un proyecto de Código Civil en donde la sección cuarta del Libro Segundo titulada "Del modo de adquirir el dominio por herencia" se ocupó del Derecho de Sucesiones. Interesa este proyecto por cuanto aquí se prohibía

sucedir a aquellas instituciones llamadas "manos muertas", al profesor, sus pariente y ahijados, así como al alma del testador. También fueron suprimidos el testamento por comisario y los fideicomisos que durante mucho tiempo fueron correlato necesario de la institución de la herencia del alma. El 21 de diciembre de 1849 se creó la Comisión Revisora que, luego de elaborado el correspondiente informe, permitió que el Presidente don Ramón Castilla promulgase el Código Civil el 22 de noviembre de 1850 ordenando que rigiera después de siete meses. El gobierno de J. Rufino Echenique no posibilitó la entrada en vigencia del Código porque lo mandó suspender, nombrando una nueva comisión para su examen.

Así, el proyecto definitivo, sin variaciones esenciales, fue aprobado en 1851, ordenándose su promulgación el 28 de julio de 1852 como efectivamente sucedió, entrando en vigencia al día siguiente.

5.2.2. Sistema Sucesorio del Código de 1852

El Código Civil de 1852 estuvo compuesto de tres libros y se ocupó de la sucesión en la cuarta sección del libro segundo denominado "De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas".

La sección se inicia con el artículo 630, que se refiere a la herencia señalando que por ella "sucede una persona a otra en los bienes y acciones que esta tenía al tiempo de su muerte". El siguiente artículo distingue entre la herencia legal y testamentaria.

Así, este Código reconoce el derecho de las personas a disponer de sus bienes, acciones y derechos para cuando hayan muerto, nombrando sucesor, pero debiendo respetar la institución del heredero forzoso. El artículo 637 señalaba que los herederos forzosos eran aquellos respecto a los cuales la ley establece la obligación de instituirlos. A continuación, el artículo 638 declaraba como herederos forzosos a los padres, abuelos y demás ascendientes así como a los hijos, nietos y demás descendientes legítimos. Se trataba pues de un sistema mixto, donde si bien se respetaba la voluntad del testador, claramente se limita esta facultad en base a los derechos de los herederos forzosos.

Por otra parte, los artículos 696 y 697 reconocen el monto de lo que sería una cuota de libre disposición, estableciéndose hasta un quinto para quienes tuvieren descendientes legítimos o hijos adoptivos y de un tercio para quienes tuvieren padres o ascendientes.

El artículo 702 aclara que el no tuviere herederos forzosos podía instituir por heredero a quien fuese

su voluntad. Así también el artículo 774 señalaba que el testador podría legar la parte de sus bienes respecto de los cuales la ley le permitiese disponer libremente. Sin embargo, la primera parte “*in fine*” del artículo 702, aplicable a herederos y también a legatorios en virtud del artículo 771, señaló que no podían recibir los bienes en sucesión “las personas comprendidas por este Código en la prohibición de heredar”.

Así, no se trataba de un régimen completamente abierto en cuanto a la cuota de libre disposición, que en este momento podía ser también toda la herencia, sino que se establecían límites en cuanto al nombramiento del sucesor ya fuere heredero o legatorio.

5.2.3. Prohibición para suceder en el Código de 1852

Para ser legatorio o heredero se requería determinada capacidad. El artículo 771 declaraba que para ser legatorio se requería tener la misma condición que para ser heredero.

En realidad, dada la redacción, habría que imaginar que debía existir un artículo que se ocupase de la capacidad de heredar, sin embargo esto no fue así. No fue así porque no hubo ningún artículo que se ocupara de la incapacidad como tal sino que simplemente se prohibía considerar herederos a determinadas personas o instituciones.

Doctrinariamente, la diferencia entre incapacidad y prohibición es notoria, por cuanto la incapacidad está referida a una falta de cualidad intrínseca del sujeto que lo hace inepto para suceder, mientras que en una prohibición la situación es distinta, pues el sujeto sí resulta apto para suceder y tan apto que es la ley la que por consideraciones de diferente índole debe prohibirle suceder. No hay una falta de aptitud sino una razón extrínseca, en este caso la ley, que le impide suceder.

Sin embargo, el Código no distinguió de manera adecuada entre estos conceptos de prohibición e incapacidad, pues aparentemente trató a ambos en un solo artículo, el 709, bajo la perspectiva de una prohibición. Sin embargo, luego de enumerar cada una de las prohibiciones, a continuación el artículo 710 agrega “No hay otros incapaces de ser instituidos herederos”. Con esto se evidencia aún más la confusión que se dio en la época.

Entre las personas a quienes se les prohibía ser herederos encontramos a las manos muertas, al confesor del testador, a los parientes consanguíneos del confesor dentro del sexto grado y sus afines dentro del tercero, a no ser que sean también parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o sus afines dentro del segundo, a los ahijados del confesor, si no fueren ahijados o parientes del testador, a los religiosos profesos de ambos sexos, a los médicos cirujanos y boticarios que hubieren asistido al testador durante su última enfermedad a menos que fueren parientes consanguíneos dentro del cuarto grado, al escribano que autoriza el testamento, su mujer, sus padres, nietos, suegras, nueras o yernos y también al alma del testador.

De la propia lista que se enumera queda claro que no se está seguro si se trata de una prohibición o una incapacidad, y en nuestra opinión cada caso difiere del otro, pues responden a situaciones diversas. Lo interesante es que el legislador de la época se preocupó por señalar que se trataba de una enumeración cerrada, donde no podía ser agregado ningún otro caso.

5.2.4. Prohibición de heredar para el alma

El artículo 709 inciso 5 del Código Civil de 1852 señalaba que se prohibía que fuera heredera el alma del testador.

Como ya antes se indicó esta prohibición venía desde el primer proyecto que inspiró al Código Civil de 1852. Esta decisión del legislador venía impuesta, luego de una reiterada legislación que aparentemente la aceptaba en su mayor amplitud. ¿Cuál pudo haber sido la razón para este cambio? Basadre explica que los primeros codificadores peruanos tuvieron marcada influencia romanista³⁰. Sin embargo existió también una fuerte injerencia de las ideas *ius naturalistas* que podían calificarse como la filosofía dominante en la época, buscando racionalizar y generalizar formas de Derecho. Agrega el autor que esta racionalización del orden jurídico llevó a consecuencias de carácter revolucionario que se manifestaron en el siglo XIX, con una actitud contraria a los privilegios que habían adquirido instituciones como la iglesia y la nobleza.

Estas influencias llegan al codificador de la época que probablemente no reparó en todas las consecuencias que un pensamiento como éste inspiraba. Del mismo modo influyeron en el codificador de

³⁰ BASADRE, Jorge. Ob.Cit. p. 362.

1852 la legislación castellana y algunas novedades del Código francés que tenían una raíz romana. Sin embargo, la influencia francesa venía también con un tinte innovador de abolición de figuras tradicionales. Dentro de esta concepción innovadora no sorprendió que se abolieran figuras como los fideicomisos, los testamentos por comisario y los testamentos en común.

Ahora bien, todas estas influencias e ideas se encaminan de tal modo que terminan por poner en tela de juicio la institución del alma como heredera. No obstante, la concepción del alma como heredera no tenía ninguna base sólida; recordemos que es prácticamente por una transposición de términos en la jurisprudencia española que se convierte el beneficio del alma en una herencia en la que el alma pasa a convertirse en sucesora.

Probablemente la concepción no resistió el más mínimo examen, por lo que ante este intento de racionalización presente en el Derecho de la época quedaba sin ningún sustento.

No debe olvidarse además que en este momento de la historia, la idea de un Derecho codificado se presenta en la mentalidad de la época como el ideal del Derecho que correspondía a la Independencia. Sin embargo, como explica Carlos Ramos, el desgaño de nuestros legisladores en materia de codificación durante los primeros años apunta al hecho difícilmente desmentible de que no eran tan revolucionarios y liberales como para desear un sistema sin lagunas que se derive y justifique lógicamente.³¹ Finalmente, cuando se codificó, también se reformó, sólo se reforzaron aquellas tradiciones hispánicas que a pesar de su origen tradicional se definían como modernas³². Por su acento y caracteres es obvio que la institución de la herencia del alma no era susceptible de ser ubicada como una de estas instituciones que perduraron.

5.2.5. Aplicación del Código de 1852 en el tiempo

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1852 establece que la ley no dispone sino para lo venidero y no tiene efecto retroactivo.

Esta disposición, en buena cuenta, quería significar que todos aquellos derechos adquiridos conforme a

normas anteriores no se veían derogados por la aplicación del nuevo Código, que eventualmente podría no reconocerlos.

Esta norma resulta en nuestra opinión de mucha importancia, en tanto significaría que todas las instituciones a favor del alma quedarían incólumes, siendo afectados tan sólo aquellos actos que se hubieren celebrado luego de entrar en vigencia el mismo.

Es decir, que todas aquellas instituciones que hubieren efectuado testadores a favor de su alma antes de entrar en vigencia el Código Civil de 1852 resultarían válidas si se consideraba que las leyes anteriores lo permitían.

6. LAS HERENCIAS DEL ALMA EN LAS COSTUMBRES Y JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XIX

6.1. Una práctica común en el siglo XIX

Refiere De Trazegnies que en el siglo XIX la relativa pasividad económica había sido sustituida por un afán de lucro desenfrenado que desembocaba en el comercio y especulación, se trataba de la "alocada carrera tras la riqueza", a la que también se refiere García Calderón³³.

Es probable que esta idea de enriquecerse sin límite influyera tan fuertemente en el hombre de la época que, llegada la hora de su muerte, se negara a aceptar que todo había terminado y que el dinero ganado no le aportaría ningún beneficio. Probablemente por ello resultaba atractiva la idea de pensar que la riqueza terrenal aún podía importar algún beneficio para el alma, apoyados en la idea de que una suerte de obras piadosas podían resultar favorables a su alma después de muertos.

La idea que subyacía bajo la institución del alma como heredera no era que el alma utilizaría el dinero para procurarse algún lujo o confort en el más allá. Ya que no era la rudimentaria idea del equipo del difunto, que en otros tiempos acompañó al muerto, ahora la idea tenía un matiz religioso. Se buscaba mediante limosnas a la iglesia u otras obras de caridad mejorar la situación del alma en el más allá, haciéndola proclive a alcanzar el descanso eterno.

³¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Toribio Pacheco. Jurista Peruano del siglo XIX. Lima: Fondo Editorial PUC, 1980, p. 260.

³² RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Ob. Cit. p.103.

³³ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1980, p.260.

No se trató de una institución encubierta que buscaba favorecer al comisario o fideicomisario en la práctica sino de una figura que respondió a la mentalidad de una época y que no cambió con la promulgación del Código de 1852, pues si bien ya no se llama heredera al alma, si se considera la validez de cualquier disposición testamentaria que ordene invertir en limosnas de misas y otros objetos de piedad, beneficencia u obras públicas³⁴.

Basadre señala que en el siglo XIX, antes de la promulgación del Código Civil de 1852, fueron numerosos los casos de personas que instituían por heredera a su alma. El historiador nos habla también de una tendencia existente en la época a favor de la libre enajenación de la propiedad³⁵ y que, probablemente, también se relaciona con la institución que analizamos.

El objetivo de instituir al alma como heredera en sí no era muy claro, pues lo que interesaba era el significado que ello importaba en obras de caridad, las mismas que debían estar claramente señaladas en el testamento. Así, si se solía hablar de herencia del alma, en realidad la herencia debía tener un destino concreto que era el de las obras piadosas que no dependían de la voluntad del albacea o comisario, sino exclusivamente de la voluntad del testador, es decir, de lo que él hubiere dispuesto. Sin embargo persistía la costumbre de denominar heredera al alma.

Así, podía quizá en aquella época haberse dado el caso de algún individuo que a pesar de no creer en la vida ultra terrena, hubiese igual instituido a su alma como heredera a fin de ejecutar en su nombre mandas piadosas.

Descartamos la posibilidad de que esta institución se hubiere usado como pretexto para beneficiar a quien actuare como albacea o comisario, pues el único beneficio que podría reportarle legalmente su nombramiento era el que le reconocieron por su labor de administración de la herencia; por lo demás, debía limitarse a realizar las mandas pías que le encomendare el testador, debiendo rendir cuenta documentada al juzgado al finalizar el ejercicio de su cargo. Otro asunto muy distinto es el que de manera ilegal, al no existir parientes que controlaran su labor de administrador y dado que por

razones obvias el alma del testador tampoco podía pedir cuentas, el albacea hiciere un mal uso de los bienes dejados en beneficio propio.

Con la promulgación del Código Civil de 1852 se le dio un carácter ilegal a la figura, pues se prohibía de manera expresa. Dicha disposición, sumada a la actitud de los tribunales, contribuyó a que se dejara de lado la institución de herencia a favor del alma, optándose por los legados caritativos.

6.2. La tendencia de los tribunales

Existen algunos comentarios que harían pensar que en múltiples ocasiones las cortes en el siglo XIX habrían fallado a favor de la validez de la herencia del alma³⁶. Sin embargo, estas afirmaciones no encuentran su correlato en ningún documento de la época, quedando como un simple comentario aislado.

En cambio, a partir de la Gaceta de los Tribunales, que apareció en Lima los años 1855 y 1856, sí puede determinarse que la tendencia de los tribunales fue la adversidad a la figura.

Ello se debe a que una tendencia generalizada en los Tribunales, principalmente en la Corte Suprema, era la de aplicar la Constitución y las leyes que de ella se derivaban, frente a la actitud de ciertos particulares de no tomarlas en cuenta. Los Tribunales trataron de armonizar la aplicación del Código Civil de 1852 con la legislación inmediatamente anterior.

6.3. Ejecutoria en la causa seguida entre Manuel Panizo y Zarate y José Sebastián Cárdenas

Es éste uno de los casos más conocidos de la época, ya que las discusiones jurídicas de la Corte se trasladaron al debate público mediante las publicaciones que fueron apareciendo principalmente en marzo de 1862 en el diario "El Comercio".

Quizá el asunto resultó de interés para todos por el tema del que se trataba o quizá simplemente fue la personalidad de los abogados de una y otra parte lo que incentivó el interés por el caso, llegando al extremo de participar en las notas periodísticas simples concurrentes o interesados en el tema, como ellos mismos se identificaban al suscribir sus cartas.

³⁴ Artículo 702, segunda parte del Código Civil de 1852.

³⁵ BASADRE, Jorge. Ob Cit. p. 386.

³⁶ "El doctor Gutiérrez siempre el mismo" artículo aparecido en el diario "El Comercio", Lima: 10 de marzo de 1962.

El asunto litigioso versa sobre un antiguo testamento otorgado por el señor Francisco de Zárate Marqués de Montemira y Conde de Oselles quien falleciera en el año 1846 dejando testamento, en el cual nombra como heredera a su alma y al señor José Sebastián Cárdenas como albacea y comisario, otorgándole además un poder para testar. Aparentemente este poder para testar incluía los poderes necesarios a favor del señor Cárdenas para que éste cumpliera con su voluntad, pero no especificaba claramente cuáles debían ser las obras piadosas a realizar.

Es aparentemente por esta última situación que surgen problemas; Cárdenas, a lo largo de su vida, cumple con hacer una serie de obras sobre las cuales existe la discusión de si fueron hechas para beneficiar a aquellos que el testador deseaba o si fueron hechas para beneficiarse él mismo. El hecho es que Cárdenas fallece y nombra como heredera y albacea a su esposa Casimira Rioja quien a su vez debe seguir cumpliendo la voluntad del señor Zárate. A su muerte doña Casimira vuelve a nombrar albaceas encomendándoles que sigan cumpliendo la voluntad del Marqués. El inconveniente es que aparece un sobrino nieto, el señor Panizo, quien reclama la herencia para sí, aduciendo la nulidad del testamento, por el hecho de que sólo se instituyó como heredera al alma pero no se indicaron claramente los actos caritativos que debían llevarse a cabo.

Los defensores del señor Panizo serán los doctores Gervasio Alvarez y Luciano Benjamín Cisneros. Por la otra parte, es decir, los albaceas de Cárdenas, el abogado será el doctor Gabriel Gutiérrez. Curiosamente, en 1861 Gabriel Gutiérrez dirigió la Gaceta Judicial, que apareció ese año, conjuntamente con Luciano Benjamín Cisneros, entre otros.

El proceso tiene momentos realmente dramáticos en los que el enfrentamiento entre ambas partes deja de ser un simple pleito ante un tribunal para tomar otros matices.³⁷

Uno de los aspectos más importantes de la discusión lo apreciamos cuando Panizo pretende afirmar

que el alma es mano muerta y por eso no hereda, Panizo dice "El alma no es persona, el alma no tiene derechos, el alma no puede aceptar herencias, el alma no puede adquirir, el alma no puede enajenar: el alma no puede ejercer ninguna de las funciones de la humanidad, luego el alma no puede ser instituida heredera"³⁸.

Gutiérrez, en base al propio Código de 1852, logra probar que las manos muertas son un concepto muy distinto en relación al de herencia del alma. Además, remitiéndose a normas españolas prueba que dicha institución estuvo vigente en ellas, que también rigieron en el Perú. Para Gutiérrez, el alma es un ser capaz de optar no precisamente bajo el absurdo aspecto de que ha de venir del otro mundo a pasearse por las calles, a comer, a vestir o presentarse en los tribunales a aceptar la herencia. Agrega el autor que esto sería un despropósito, siendo que el alma goza de la herencia que le dejan y convirtiendo su provecho, es decir los efectos de las obras piadosas de los actos de beneficencia y caridad³⁹.

Tras una larga polémica finalmente se dio la sentencia. Entre otras cosas se señaló que la herencia del alma estaba comprendida en la prohibición establecida por la Ley del 20 de diciembre de 1829. Esta sentencia tiene fecha del 31 de marzo de 1857⁴⁰, lo que nos hace suponer dos cosas, que se trató de la sentencia de segunda instancia, pues la Gaceta también publicó sentencias de las cortes superiores, o que se trató de un fallo que ordenó volver a dictar sentencia. En nuestra opinión, nos aventuramos a decir que se trató de la sentencia de la Corte Superior y no de la Ejecutoria de la Corte Suprema, pues ésta recién se dio cinco años después, en los últimos días de marzo de 1862.

No contamos con este último documento pero la aparición de un artículo en "El Comercio" del día 22 de marzo de 1862 nos permite intuir que el tenor de la sentencia final no fue del todo claro⁴¹. En el artículo mencionado se insiste mucho en la idea de que ganaron los Panizo al haber obtenido los bienes

³⁷ Ver "El Comercio", en los días 1,5,10,11,13,18, 20 y 22 de marzo de 1862.

³⁸ GUTIERREZ, Gabriel. Informe verbal que hizo el abogado doctor Gabriel Gutierrez defendiendo las testamentarias del señor Francisco Zárate, Marqués de Montemira y Conde de Oselles y de su albacea Comisario señor Don José Sebastián Cárdenas, Lima: Tipografía del Comercio. 1861, p.11.

³⁹ GUTIERREZ, Gabriel. Ob.Cit.

⁴⁰ Gaceta de los Tribunales 1855-1856. La versión existe en la Biblioteca Nacional pero se encuentra bastante deteriorada, no permitiendo su fácil lectura.

⁴¹ "El Comercio", 22 de marzo de 1862.

que disputaban “¿Qué disputaban los Panizo? Los bienes. Luego si éstos deben entrar a su poder y en una fuerte suma, han triunfado completamente sobre los rastreros manejos de la codicia. Se han escapado pues de las garras de los Albaceas más de 300,000.00 pesos que querían gozar sin más título que el de su temeridad”⁴².

Se comprende claramente que la Corte Suprema ordenó entregar al señor Panizo los bienes yacentes o sin aplicación, así como también los que de cualquier modo existan en la testamentaria de Cárdenas, y además deja expedito su derecho para perseguir los bienes que aquél hubiese querido conservar por medio de contratos fraudulentos o dolosos⁴³. Aparentemente, por el énfasis que se pone en el triunfo de los Panizo, la Corte mandó devolver los bienes al legítimo heredero porque a él correspondían como tal, con lo cual lo reconoce así y adicionalmente reconoce de manera indirecta una mala administración del señor Cárdenas. Sin embargo, la Corte parece no haberse pronunciado por la nulidad de la herencia del alma.

Esto no es de admirarse porque los propios demandantes en algún momento llegan a sustentar que para ellos la institución era válida conforme al Derecho español; lo que sustentaba su demanda no era la institución del alma en sí, sino el hecho de que el testador no había designado claramente las mandas piadosas, por tanto no había una verdadera institución, pues no se sabía en qué destinar los bienes para provecho del alma.

Así, tras haberse declarado en primera y segunda instancia que la institución de la herencia del alma era ilegal, aparentemente la Corte Superior, remontrándose a la época en que el testamento fuera dado, no aplicó la ley del 20 de diciembre de 1829, pues el testamento era muy anterior, por ello no anuló en sí la institución mandando restituirse todos los bienes, sólo ordenó que los Panizo tomaran posesión de los bienes que no habían sido aplicados a obras de caridad, lo que nos hace suponer que las mandas pías quedaron firmes para beneficio del alma del señor Marqués de Zárate.

Así, se admite que antes de las prohibiciones establecidas por ley, a partir de la aplicación de las normas españolas podía admitirse la institución del alma como heredera.

6.4. Otros Casos Judiciales

6.4.1. Causa seguida sobre vales de consolidación entre Francisca García Mancebo y don Mariano Soriano

En la causa seguida sobre vales de consolidación entre Francisca García Mancebo y don Mariano Soriano se aprecia, a partir de la sentencia del 16 de febrero de 1856, un fallo interesante sobre el tema de herencia del alma, declarándose nula la institución del alma como heredera después de promulgada la Ley 17, Título 5, Libro 1 de la Novísima Recopilación. Se aplicó esta norma porque aparentemente la institución fue realizada bajo la vigencia de la misma. Sin embargo, en la Ejecutoria del 26 de febrero de 1856, en la causa seguida sobre nulidad de testamento de Francisca Mancebo se aplica la Ley 2, Título 2, Partida 6, señalando que según esta norma los incapaces no pueden heredar y el alma es incapaz.

Aparentemente, cuando Francisca Mancebo fallece nombra como heredera a su alma, la cual le debía representar en todos sus actos, inclusive en el caso del juicio promovido sobre vales de consolidación. Aquí se comete el mismo error que en el caso anterior, se toma la institución como si se tratara de cualquier heredero normal a quien bastaría nombrarlo, cuando el caso del alma era muy distinto.

La Corte entendía como heredero a aquel que conforme la Ley 1, Título 3 y Partida 6, podía suceder efectivamente al finado en todos sus bienes, siendo claro que el alma no se encontraba en aptitud para ello. Por esto no bastaba mencionarla, sino indicar claramente las obras de caridad, dado que el alma no podía decidir sobre ello y de ninguna forma podían serle encomendadas otro tipo de representaciones como las que pretendía Francisca Mancebo⁴⁴.

6.4.2. Causa sobre nulidad de testamento de Antonio Irigoyen y Centeno

En la causa sobre nulidad de testamento de Antonio Irigoyen y Centeno del 14 de julio de 1856 se establece expresamente que heredero, según la Ley 1, Título 3 de la Partida 6, era aquel que había de suceder en los bienes, derechos y acciones de un individuo, al tiempo de su muerte, por testamento o “*ab intestato*” aprendiéndolos o disponiendo de ellas como verda-

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Gaceta de los Tribunales.

dero dueño; y el alma no podía representar al finado y desempeñar los deberes antes señalados.

La idea de la Corte es la misma, no podía admitirse la herencia del alma como cualquier herencia común y corriente donde la calidad de heredero comprendía también la de administrador. Se trata de una situación *sui-generis* donde la institución del alma sólo se convertía en el pretexto para hacer obras de caridad luego de la muerte del testador.

CONCLUSIONES

De todos los puntos analizados nos queda la duda sobre el íntimo sentimiento que albergó una institución como la herencia del alma, en cada una de las personas que optaron por ella en sus testamentos. No podemos considerar que hubiese sido una práctica mayoritaria en el siglo XIX la de instituir al alma como heredera, sin embargo, sí se trata de una costumbre que se difundió sobre todo en personas que contaban con un caudal considerable.

Muchos autores en el Derecho de Sucesiones han desarrollado una serie de teorías vinculadas al momento de la muerte, concluyendo que muchas decisiones al morir dependen del concepto del más allá que tuviere el difunto. Por ejemplo, se dice que la poca práctica existente sobre la desheredación se debió justamente al temor al más allá, a no querer morir sin haber perdonado.

Creemos que este tipo de ideas también estuvieron presentes en el hombre del siglo XIX. Muchos son los anuncios sobre defunciones que, en los periódicos de la época, al anunciar el deceso invitaban a orar por el alma del difunto. La convicción sobre la existencia del alma, estaba presente en la gran mayoría de gente. Vivir disfrutando de riquezas, en una sociedad donde las clases estaban muy marcadas, donde, como explica De Trazegnies, cada día los ricos eran más ricos y los pobres más pobres, justificaba que para el momento de su muerte el hombre del siglo XIX evaluara las circunstancias de su vida y eventualmente optara por favorecer a los necesitados.

Pero ello no se daba porque de pronto desarrollasen una marcada conciencia social, ni porque quisieren dejar los bienes mediante interpósitas personas, para ello existía la figura del fideicomiso. La verdad, en nuestra opinión, es que nombrar al alma era el pretexto para la realización de obras de caridad, no para que el alma se pudiese constituir en un heredero común ni en un sucesor en términos jurídicos; en otras palabras, era un modo de proximarse a la idea de descansar en paz. Aunque el hombre del siglo XIX no lo supiese, consideramos que la única razón de destinar el patrimonio a obras de caridad fue la de tranquilizar su propia conciencia con obras que no pudieron hacerse en vida y quizá el único legado para el alma consistía en asegurarle un real descanso después de la vida terrena.



BASES DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL PRESUPUESTARIO

César Ochoa Cardich
Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

La Constitución Económica formal peruana de 1993 incluye, dentro de su capítulo IV ("Del régimen tributario y presupuestal"), la denominada "**Constitución Financiera**", que incorpora un conjunto de principios fiscales y hacendísticos acerca de la adquisición, administración e inversión de los recursos económicos requeridos por la Administración Pública para satisfacer las necesidades colectivas.

Como señala la doctrina, el Derecho Presupuestario es el conjunto de normas que regulan la preparación, aprobación, ejecución y control del presupuesto del Estado y de los demás entes públicos¹.

En el presente trabajo nos dedicaremos a desarrollar los aspectos constitucionales más relevantes vinculados a la Ley de Presupuesto y al proceso de su aprobación como parte de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Como cuestión previa precisaremos la naturaleza jurídica de la Ley de Presupuesto. Se ha convertido en un lugar común afirmar que el presupuesto es la previsión de ingresos y gastos del sector público. Pero ni el presupuesto es sólo eso ni la Ley de Presupuesto se agota en esa materia.

Para un sector de la doctrina, la Ley de Presupuesto no es una ley por su contenido material, solo sería simplemente una ley en sentido formal por requerir el procedimiento parlamentario para su aprobación. Para esta teoría -llamada dualista- la Ley de Presupuesto sólo sería extrínsecamente una ley, puesto que su contenido material sería el de un acto administrativo del Poder Ejecutivo, en el cual el

Los actos de la Administración Pública se enmarcan dentro del principio de legalidad que, contrariamente a lo dispuesto para los sujetos privados, estimula que el Estado y sus organismos no pueden actuar sin que el ordenamiento los autorice expresamente. Es así que, tanto la Constitución como normas de rango inferior, determinan de manera puntual el proceso de elaboración del presupuesto, su contenido y la manera en que se fiscaliza. En el presente artículo, el doctor César Ochoa, describe y desarrolla el régimen legal que rige el presupuesto de la República, así como los principios que lo informan. Consideramos que este trabajo constituye un significativo aporte para el conocimiento de un tema poco desarrollado por nuestra doctrina.

¹ RODRIGUEZ BEREIJO, Alvaro. Introducción al Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.

Congreso sólo ejercería una función de control y fiscalización parlamentaria.

De otro lado, la teoría unitaria considera que la Ley de Presupuesto es ley en sentido material y formal, constituyendo plenamente un acto del Poder Legislativo en ejercicio de su función legiferante y no un acto de control o fiscalización.

La consecuencia práctica de precisar que la Ley de Presupuesto tiene la naturaleza jurídica de una ley en sentido material y formal es reconocer que constituye un acto en el cual los Poderes Ejecutivo y Legislativo co-participan en el establecimiento de su contenido material.

Sobre este tema coincidimos con la doctrina que asume la tesis unitaria. Si el presupuesto es aprobado siguiendo el procedimiento constitucional y parlamentario previsto para la aprobación de las leyes, es una ley en sentido formal y material. En nuestro ordenamiento constitucional no caben dudas sobre el particular. Se trata de una materia intrínsecamente parlamentaria, a tal extremo que los artículos 101 y 104 de la Constitución de 1993 establecen que la Ley de Presupuesto es una materia indelegable del Congreso, ya sea a la Comisión Permanente o al Poder Ejecutivo.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 26703 -de Gestión Presupuestaria del Estado-, que denominaremos también L.G.P.E., regula el ciclo presupuestario: elaboración, aprobación, ejecución y control. Por su contenido material corresponde a una ley de desarrollo constitucional. En nuestro concepto, la regulación del ciclo presupuestario debe ser materia competencial de una Ley Orgánica, teniendo en cuenta que el artículo 106 de la Carta establece que mediante leyes orgánicas se regula la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución. Como es lógico, no puede existir funcionamiento sino se regula el ciclo presupuestario del gasto en una entidad pública. En consecuencia, es materia propia de una ley orgánica y no de una ley ordinaria.

Sería conveniente que en la Carta Constitucional se incluya una norma expresa -como el artículo 349 de la Constitución Colombiana de 1991- que obligue al Parlamento a aprobar la Ley Anual de Presupuesto de acuerdo a los lineamientos normativos de la ley orgánica presupuestaria. Como la Ley Orgánica Constitucional y la Constitución conforman lo que se denomina un "bloque de constitucionalidad", la transgresión de la ley orgánica implica así mismo una transgresión a la Constitución.

LA LEY ANUAL DE PRESUPUESTO - CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICO-POLÍTICOS

En cuanto a sus características, cabe anotar que la Ley Anual de Presupuesto, que denominaremos también L.A.P., es formalmente una ley ordinaria; pero no es una ley como cualquier otra, no sólo por su peculiar contenido, sino también por la existencia de normas especiales de tramitación, de procedimiento, de elaboración y aprobación en la Carta Constitucional que analizaremos más adelante.

En este acápite nos referiremos a algunos aspectos jurídico-políticos relevantes en materia presupuestaria como el tema del veto de la Ley de Presupuesto ¿Es viable dentro de nuestro ordenamiento la observación de la Ley de Presupuesto por el Poder Ejecutivo así como su promulgación parcial ?

A este respecto, la doctrina nacional no tiene uniformidad de criterios, particularmente en cuanto a la promulgación parcial. Sobre el primer punto, no nos cabe la menor duda de que la L.A.P. puede ser constitucionalmente observada, puesto que siendo una Ley Ordinaria es de aplicación la normatividad general del Capítulo III ("De la formación y promulgación de las leyes") del Título IV ("De la Estructura del Estado"). En el referido capítulo está incluido el artículo 108, que faculta al Presidente a observar en todo o en parte las leyes aprobadas en el Congreso. En tanto que las normas especiales sobre tramitación y aprobación de la Ley de Presupuesto no dispongan nada en contrario, es de aplicación la potestad presidencial de observar parcial o totalmente la L.A.P.

El *impasse* se genera con la hipotética posibilidad de no contar con una Ley de Presupuesto en vigor al 1 de Enero. Este tema no es una elucubración teórica, sino un asunto que ha ocurrido en nuestra práctica constitucional con motivo de la observación y promulgación parcial de la Ley de Presupuesto de 1991 por el Presidente Fujimori, lo que sucedió durante la vigencia de la Carta de 1979.

Consideramos que la promulgación parcial de la L.A.P. constituye un supuesto de inconstitucionalidad. Dentro del marco del artículo 108 de la Carta, no es viable la promulgación parcial de ninguna Ley dentro de nuestro ordenamiento, aunque dentro de una línea de pensamiento liberal consideramos conveniente una reforma constitucional que excepcionalmente permitiera al Presidente de la República la promulgación parcial de la Ley de Presupuesto, como lo proponen corrientes hacendísticas neoconservadoras en los E.E.U.U.,

lideradas por el *speaker* de la Cámara de Representantes, el republicano Newt Gingrich.

La promulgación parcial vulnera el principio de **unidad inescindible de la Ley**. No cabe la menor duda de que la ley promulgada parcialmente por el Ejecutivo **no es la Ley aprobada por el Congreso sino otra Ley**.

En relación a los principios presupuestarios de carácter jurídico-político debemos mencionar:

1. Principio de Competencia: La aprobación del presupuesto corresponde al Congreso (artículo 77 de la Constitución), sobre la base del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo (artículo 78). La competencia exclusiva del Congreso en esta materia sólo reconoce una excepción: si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el proyecto de éste, que es promulgado por Decreto Legislativo conforme al artículo 80 de la Norma Suprema.

El principio de competencia es reforzado en el artículo 104, que establece que la Ley de Presupuesto es una materia indelegable del Congreso al Poder Ejecutivo, tal como la reforma constitucional, la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas y la Ley de la Cuenta General de la República.

2. Principio de Universalidad: El presupuesto debe incluir el conjunto de la actividad financiera pública en su totalidad, con la previsión de los ingresos y gastos del sector público estatal. El artículo 77 de la Constitución lo recoge explícitamente, al establecer que la administración financiera del Estado se rige por el presupuesto. Asimismo, se precisa que la estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: **gobierno central e instancias descentralizadas**, de tal modo que toda la administración financiera del Estado debe estar sujeta a control parlamentario. Cualquier excepción es inconstitucional.

3. Principio de Unidad: Este principio consiste en la sistematización de todos los ingresos y gastos del Estado en un documento único² contenido en la L.A.P. No cabe aprobar un presupuesto de ingresos separado e independiente de un presupuesto de gastos: es un documento único. Este principio está explícitamente desarrollado en la Norma II del Título Preliminar de la Ley de Gestión Presupuestaria

del Estado, que preceptúa que el Presupuesto del Sector Público debe contener el total de ingresos y gastos contemplados para el ejercicio presupuestal.

4. Principio de la No Afectación de Recursos: Se prohíbe que los recursos de alguna fuente determinada sean destinados a la satisfacción de algún gasto específico sin pasar previamente por el Tesoro Público, para centralizar en una única caja todos los ingresos recaudados. La Ley 26703 recoge implícitamente una de las finalidades de este principio al establecer, mediante la Norma V del Título Preliminar, que los ingresos que constituyen recursos públicos se administran en forma común y financian todos los gastos contemplados en la L.A.P. En tal sentido, Jarach señala que la afectación de recursos supone el aislamiento de una actividad del Estado y su sustracción del cálculo económico de la actividad financiera en su conjunto³.

Empero, la Carta de 1993, si bien recoge el principio de no afectación en su artículo 79, al establecer que el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, reconoce como excepción aquellos tributos con fines predeterminados solicitados por el Poder Ejecutivo.

Consideramos que la única excepción que debió preverse a nivel constitucional es la de tributos y fondos destinados al financiamiento de los gastos de las Regiones y Municipalidades para cautelar su autonomía financiera en materia de gasto público.

5. Principio de Temporalidad: El presupuesto en su conjunto tiene vigor en un determinado período temporal que suele coincidir con el año natural (de enero a diciembre), por ello algunos denominan a este principio como el de anualidad. Cabe anotar que el año financiero no coincide necesariamente con el año natural. Así, podemos distinguir 3 años financieros:

- Del 1 de enero al 31 de diciembre (España, Francia, Perú).
- Del 1 de abril al 31 de mayo (Alemania, Inglaterra).
- Del 1 de julio al 30 de junio (Australia, Canadá, Estados Unidos).

El principio de anualidad está explícitamente previsto en el artículo 77 de la Constitución, el cual establece que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que **anualmente aprueba** el Congreso.

² BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo Parte Especial, Cívitas, Madrid, 1994, p. 757.

³ JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1985, p. 82.

En la misma línea, la Norma VII del Título Preliminar de la Ley 26703 establece que la Ley de Presupuesto tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Asimismo, preceptúa que la Ley de Presupuesto contempla un período de regularización presupuestaria a efectos de completar el registro de información de ingresos y liquidar los compromisos de gastos no pagados durante el ejercicio. Consideramos que es técnicamente correcta, aunque el principio constitucional establece **la anualidad del presupuesto pero no del contenido de la Ley de Presupuesto**.

6. Principio de Exactitud: Se debe evitar la inclusión en el presupuesto de gastos de partidas crediticias de naturaleza genérica sin que se precise con acuciosidad a qué se destinan todos los créditos ⁴.

En resumen, el proceso presupuestario debe respetar las normas de elaboración de todo documento jurídico-contable.

7. Principio de Anticipación: Sustenta la necesidad de que el presupuesto sea aprobado con antelación suficiente respecto al inicio del ejercicio presupuestario. Conforme al artículo 78 de la Constitución de 1993, el Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. Asimismo, el artículo 80 de la Carta de 1993 establece que si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida para su promulgación al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo.

8. Principio de Publicidad: Se deriva de la vigencia del Estado de Derecho que obliga a la transparencia y cognoscibilidad de los actos de gobierno. En consecuencia, el presupuesto debe ser conocido en todas sus etapas:

- Publicidad del proyecto de presupuesto.
- Publicidad del debate en el Congreso.
- Publicidad del texto de la Ley aprobada, o en su defecto, del Decreto Legislativo Presupuestario ⁵
- Control parlamentario de la ejecución del presupuesto.
- Rendición de cuentas y fiscalización de las finanzas públicas mediante la Cuenta General de la República (artículo 81 de la Constitución).

9. Principio de Exclusividad Presupuestaria: La Norma VI del Título Preliminar de la Ley de Gestión Presupuestaria establece que la Ley de Presupuesto contiene, exclusivamente, disposiciones de orden presupuestal. Cabe anotar que la Constitución recoge este principio, pero sólo parcialmente, en el artículo 74, referido a la potestad tributaria del Estado, según el cual las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

El problema de aplicación del principio resulta complejo cuando se trata de otras normas (no tributarias), ajenas a la materia estrictamente presupuestaria. De hecho, ha sido práctica frecuente incluir preceptos jurídicos de la más diversa índole que incluyen auténticas modificaciones y derogaciones de normas jurídicas. Se dictan preceptos nuevos sobre materias que no son de desarrollo directo del estado de previsión de ingresos y gastos, pero que sí guardan **conexión con su aplicación** y por lo tanto tienen relevancia desde el punto de vista presupuestario y del gasto: remuneraciones de los funcionarios, régimen de pensiones, exceso de personal, creación y supresión de órganos administrativos, etc. Asimismo, se han incluido normas sobre procedimientos, excepciones y responsabilidades en materia de licitaciones y concursos públicos de méritos y precios que tienen relación con la ejecución presupuestaria.

Sobre la inclusión de estas normas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha determinado, en la STC 65/1987, que:

“(…) la obligación de incluir en los Presupuestos Generales del Estado la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal no impide que, junto a la configuración de las correspondientes partidas, la Ley que aprueba dichos presupuestos **establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de Ley ordinaria** (...) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan (...)”.

Existe en esta interpretación del principio de exclusividad presupuestaria una conexión con la cuestión de determinar la vigencia temporal de las normas que tienen relación con la aplicación y ejecución presupuestaria, así como con la de otras normas

⁴ BERMEJO VERA, José, *op. cit.*, p. 758.

⁵ En este aspecto resulta aplicable el artículo 51 de la Constitución, que establece que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. Cualquier norma “secretá” en un Estado de Derecho es inconstitucional.

ajenas a la materia presupuestaria que en la práctica son incorporadas en la Ley de Presupuesto y que las convierten en una “Ley-ómnibus” o, como la denomina Martín Retortillo, “Ley Carro de supermercado”⁶.

Estimamos que tratándose de estas normas no debiera ser aplicable el principio de temporalidad anual, manteniéndose vigentes mientras no sean derogadas expresamente por otra norma con rango de Ley. Sin embargo, coincidimos con Bermejo⁷ es que lo más técnico sería establecer expresamente que, en principio, su vigencia se limita al año en cuestión, y que aquellas normas a las que se pretendía dar vigencia indefinida se deben calificar explícitamente como tales.

10. Principio de la Justicia en el Gasto Público: El contenido del Derecho Presupuestario tiene un sentido teleológico de justicia en la orientación y aplicación del gasto hacia la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como principios y valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1 de la Constitución.

El principio de justicia en el gasto público conlleva la necesidad de controlar no sólo la legalidad de la realización de un determinado gasto, sino la **legitimidad** de la decisión del gasto público, esto es, la decisión política de gastar para unas determinadas finalidades antes que otras⁸.

El principio de justicia en el gasto público ha sido incorporado en el artículo 77 de la Carta de 1993, que establece que la programación y ejecución del gasto público responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Conjuntamente con la eficiencia económica, la Constitución encomienda al Estado aplicar el Presupuesto para conseguir fines de eficiencia social y descentralización. No se trata de simples normas programáticas, sino de una norma que supone asignar al Estado fines sociales que debe cumplir, al extremo de que si se legisla en sentido contrario a estos fines sociales se transgrede la Constitución.

Empero, la aplicación del principio constitucional de justicia en el gasto debe ser interpretado a la luz de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la

Constitución, que establece que las disposiciones de la misma que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

11. Principio del Equilibrio Presupuestario: Se recomienda al Estado que no gaste más de lo que ingrese. De principio programático de carácter económico ha pasado a ser un principio jurídico-político de rango constitucional. Así, el artículo 78 de la Carta de 1993 exige el equilibrio del **proyecto presupuestal** que envía el Ejecutivo al Congreso.

La L.G.P.E. es más precisa: exige el equilibrio del presupuesto aprobado y no sólo del proyecto presupuestal. En la Norma I del Título Preliminar establece que el Presupuesto Anual debe estar equilibrado entre sus ingresos y egresos, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.

12. En cuanto a los Principios Presupuestarios de Carácter Contable, con un sentido instrumental o auxiliar de los principios de contenido jurídico-político, se enuncian en el artículo 78 de la Constitución una serie de reglas que pretenden conseguir la mejor constancia de las previsiones presupuestarias:

- Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal en el Presupuesto.

- No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente. Estos gastos deben determinarse en el Presupuesto de acuerdo a la clasificación económica que precisa su naturaleza.

- No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PRESUPUESTARIO

El artículo 78 de la Carta de 1993 establece que el Presidente de la República envía al Congreso el proyecto presupuestal. Así, constitucionalmente, la iniciativa en la presentación del proyecto de Presupuesto corresponde como competencia exclusiva al Poder Ejecutivo.

⁶ MARTÍN -RETORTILLO, Lorenzo, citado por BERMEJO VERA, José, p. 765.

⁷ BERMEJO VERA, José, pp. 767-768. Cabe anotar que con la vigencia de la Ley de Gestión Presupuestaria -Ley 26703- y la L.A.P. de 1997 se ha dado un giro espectacular a lo que venía siendo habitual, reduciéndose al mínimo las normas ajenas a lo estrictamente presupuestario.

⁸ RODRIGUEZ BEREIJO, Alvarado, p. 103.

Existen diversas variantes en el Derecho Comparado relativas a las atribuciones parlamentarias en materia de modificación del proyecto de Presupuesto presentado por el Ejecutivo. En Inglaterra, la Cámara de los Comunes carece de atribuciones para modificar el proyecto presupuestal en lo referente a los gastos públicos. Su atribución es otorgar un visto bueno global a las partidas de gasto. Nótese que se trata de un régimen parlamentario, mientras que en los Estados Unidos, el Congreso puede modificar el proyecto presupuestal, pese a su régimen presidencial, como contrapeso al Ejecutivo, a quien controla mediante la votación de las leyes de financiación de la política gubernamental.

En el régimen constitucional peruano el procedimiento de aprobación se inicia con el envío del proyecto presupuestal por el Ejecutivo dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. En la misma fecha éste envía también al Congreso los proyectos de la ley de endeudamiento y de equilibrio financiero. La primera es la Ley de Endeudamiento Externo, que determina el monto de las operaciones de crédito externo que podrá concertar o garantizar el Gobierno Central durante el año. La segunda es denominada también Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público, que determina los criterios, fuentes y usos de recursos que permiten lograr el financiamiento del Presupuesto. Esta ley es de carácter anual y se debe aprobar antes que la Ley de Presupuesto.

La falta de aprobación oportuna de la Ley de Presupuesto por el Congreso es resuelta por la Constitución a favor del Ejecutivo. En nuestro concepto, la Carta debilita y anula la acción parlamentaria en materia presupuestaria con el establecimiento de un plazo preclusivo (hasta el 30 de noviembre) previsto en el artículo 80. Y es que si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo, entra en vigencia el proyecto de éste, que es promulgado por Decreto Legislativo. Más que un control parlamentario del Ejecutivo en materia presupuestaria, la norma impone un control del Poder Ejecutivo sobre el Congreso en esta materia.

En conexión con el tema del procedimiento constitucional de aprobación de la Ley de Presupuesto, debemos referirnos a las limitaciones constitucionales del gasto público. El artículo 79 de la Carta, en su primer párrafo, establece que los congresistas no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere al presupuesto del Congreso.

La previsión del artículo 79 es saludable para asegurar el equilibrio presupuestal. En el Derecho Com-

parado, cabe citar como referencia al artículo 134.6 de la Constitución Española de 1978, que establece que toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

En relación al trámite de la Ley de Presupuesto, el artículo 80 de la Carta establece que el Ministerio de Economía y Finanzas sustenta ante el pleno del Congreso el pliego de ingresos. Asimismo, cada ministro sustenta los pliegos de gastos de su respectivo Sector.

Del mismo modo, y para garantizar su autonomía, se establece que el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a su respectiva institución pública.

Finalmente, cabe anotar que los créditos suplementarios, las habilitaciones y las transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso de igual manera que la Ley de Presupuesto, conforme al artículo 80 de la Carta. En caso de receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente, que para aprobarlos requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros. Dada la representación plural de la Comisión Permanente, la mayoría calificada refleja un alto nivel de consenso para su aprobación.

Los créditos suplementarios son incrementos en los montos autorizados de ingresos y egresos, debiendo ser aprobados por Ley conforme al artículo 39 de la L.G.P.E.

Las transferencias y habilitaciones de partida son traslados de recursos entre pliegos presupuestarios, debiendo ser autorizados por Ley. El pliego es un nivel institucional dentro de la estructura del Presupuesto que identifica una función diferenciada del Estado. Sólo por Ley se autoriza la creación o supresión de pliegos presupuestarios, conforme al artículo 7 de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.

MARCO CONSTITUCIONAL DE ADQUISICIONES, OBRAS PÚBLICAS Y PROYECTOS.

Cabe tener en cuenta, dentro de esta temática, el artículo 76 de la Constitución Política de 1993, que preceptúa que las obras públicas y la adquisición de suministros y bienes se ejecutan por contrata y licitación pública. El fundamento jurídico de la obligación de seguir procedimientos administrativos de selección del co-contratante es el principio de transparencia en la ejecución de fondos públicos.

Asimismo, la norma constitucional establece que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La Ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. De este marco constitucional, podemos afirmar que se infieren los siguientes principios:

- La contratación de obras públicas y la adquisición de bienes y suministros con utilización de fondos públicos se realizan por licitación y contrata pública. En ese sentido, la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -L.C.A.E.-, Ley 26850, establece, en su artículo 15, que la licitación pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y servicios que establece la L.A.P. . Estimamos que este desarrollo del marco constitucional es acorde con la *ratio legis* de la Norma Suprema: asegurar la publicidad del procedimiento, garantizando la participación del mayor número de postores para la obtención de la oferta que sea más conveniente para la Administración Pública.

- La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la L.A.P. se hace por concurso público. En ese sentido, el artículo 16 de la L.C.A.E. preceptúa que el concurso público se convoca para la contratación de servicios y de consultoría, dentro de los márgenes que establece la L.A.P.

- La L.C.A.E. preceptúa, en su artículo 17, que la adjudicación directa se convoca para la contratación de obras, servicios de consultoría, otras clases de servicios y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la L.A.P. . Asimismo, preceptúa que la adjudicación directa de menor cuantía se utiliza para la contratación de obras, servicios generales y de consultoría y para la adquisición de bienes cuyo monto sea igual o inferior a la décima parte del límite máximo previsto en la L.A.P. para la adjudicación directa.

- La norma del tercer párrafo del artículo 76 de la Constitución, que señala que la ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades, se aplica no sólo a servicios y proyectos cuyo monto señala la Ley de Presupuesto, sino también a la contratación de obras y adquisición de bienes y suministros por interpretación

lógica y sistemática. En ese sentido, el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades pueden estar previstas en la Ley de Gestión Presupuestaria, la Ley Anual de Presupuesto y en normas con rango de ley como la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En esa dirección, consideramos un uso inconstitucional de los decretos de urgencia utilizarlos como instrumentos para exonerar de los procesos de selección al margen de esta normatividad.

LA FISCALIZACIÓN PRESUPUESTARIA: LA CONTRALORÍA Y LA CUENTA GENERAL:

Se considera que no basta con el control parlamentario para la aprobación de la Ley de Presupuesto dentro de este "poder presupuestario" compartido al que alude Fernández Segado citando a Cazorla Prieto⁹. Se requiere además de un control posterior que permita fiscalizar la utilización del gasto público. La Carta de 1993, en su artículo 82, establece que la Contraloría General es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Asimismo, la califica como "órgano superior del Sistema Nacional de Control", asignándole como competencia supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado.

Cabe anotar que el principio de legalidad de la Administración Pública es la base y el sustento de todo su accionar, el mismo que obliga a quien ejerce una función pública a desarrollar sus actos con estricta sujeción al marco legal vigente y dentro de los parámetros establecidos expresamente por la Ley; a tal punto que la transgresión de este principio irroga responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales. Así, Tomás Hutchinson¹⁰ precisa este principio:

"Así surge, en contraposición a lo que es propio en general de los sujetos privados, que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente.

Frente al principio *permissum videtur oinne quod non prohibitum* ('debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido'), que domina, en general, la vida civil, es propio del régimen de la Administración el apotegma *quae non sunt permissa prohibita intelligantur* ('Puede entenderse prohibido lo no permitido') (...)

⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. «El régimen socioeconómico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español» en: Derecho y Sociedad, núm. 10, Lima, p. 100.

¹⁰ HUTCHINSON, Tomás. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, p. 26.

El principio de legalidad es parte de la esencia del Estado de Derecho. **Significa negativamente que ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente**".

Conforme al artículo 40 de la Ley 26703, la supervisión de la Contraloría constituye no sólo una labor de auditoría, de comprobación y verificación de los estudios financieros y la legalidad de las operaciones realizadas, sino también un **control de gestión** que supone un análisis de los beneficios económicos y sociales obtenidos en relación con el gasto que han originado, o lo que la doctrina italiana denomina "control de mérito" de la decisión administrativa en relación a su conveniencia o utilidad.¹¹

En el Derecho Comparado cabe distinguir dos grandes sistemas de control:

1. El sistema anglosajón, que se caracteriza por un sistema de control realizado por el Parlamento a través de un alto funcionario denominado Contralor y Auditor General, que desarrolla su función fiscalizadora conjuntamente con la Cámara de los Comunes.

En los Estados Unidos, existe el Contralor General designado por el Presidente con acuerdo del Senado, quien no puede ser removido sino por el Congreso en los casos determinados en la Ley.

2. El sistema francés, en el cual existe un Tribunal de Cuentas, órgano que no sólo fiscaliza el gasto público, sino que también tiene funciones jurisdiccionales.

En el Perú, el Tribunal de Cuentas ha sido una institución de raigambre colonial que tiene antecedentes en el Tribunal de Cuentas de Lima, instalado en 1607. El Tribunal cumplía una doble función: dirigir la hacienda real, llevar el registro de ingresos y gastos y juzgar las cuentas de las oficinas subalternas de la Administración colonial. Con la República, el Tribunal Mayor de Cuentas siguió a cargo del examen de cuentas.

Ya en el presente siglo, en 1930, surge la Contraloría General, creada por Ley 6784, siguiendo el sistema norteamericano. Nació con la misma razón que hoy justifica su vigencia: supervisar el cumplimiento de las disposiciones de la ejecución presupuestal. Con su creación se constituyó en el Perú un sistema dual en el cual coexistían un Tribunal de Cuentas y la Contraloría. A partir de la vigencia de la Ley 14816

-Ley Orgánica del Presupuesto Funcional - de 1964, la Contraloría pasó ser un organismo autónomo y el Tribunal de Cuentas pasó a ser un órgano de la Contraloría hasta su extinción, con la entrada en vigencia, en 1971, del Decreto Ley 19039 que creó el Sistema Nacional de Control.

Por último, debemos referirnos al artículo 81 de la Carta, que hace referencia a la Cuenta General de la República. Este es un documento que sintetiza en cada ejercicio la información referente al estado de situación financiera y los resultados presupuestarios, financieros, económicos y de inversión de la actividad pública. Se constituye así en un instrumento de fiscalización de la gestión económica y financiera del Estado.

Este documento es elaborado por la Contaduría Pública de la Nación, organismo que remite la Cuenta General a la Contraloría General de la República para su análisis. La Contraloría emite un informe de auditoría sobre la Cuenta General de la República. El referido informe, acompañado de la Cuenta General de la República, es elevado por el Ministro de Economía y Finanzas al Presidente de la República para la presentación de ambos documentos al Congreso hasta el 15 de noviembre del año siguiente del ejercicio fiscal examinado.

La Cuenta General, acompañada del Informe de Auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Poder Ejecutivo al Congreso. Una vez recibidos, estos documentos son derivados a la Comisión Revisora de la Cuenta General de la República para su examen y dictamen dentro de los noventa días siguientes a su presentación.

El artículo 81 de la Carta de 1993 establece que el Pleno del Congreso se pronunciará en un plazo de 30 días. La misma norma establece que, si no hay pronunciamiento del Congreso en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que éste promulgue un Decreto Legislativo que contiene la Cuenta General.

Finalmente, cabe anotar que la aprobación de la Cuenta General de la República es un acto formal de ordenamiento administrativo y jurídico que no implica la aprobación de la gestión ni de los actos administrativos que aquélla sustenta, los cuales son objeto de control por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control y de fiscalización por el Poder Legislativo.

¹¹ MADARIAGA GUTIERREZ, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 77.

CURSO DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO MERCANTIL Y TRIBUTARIO

Luego de más de 30 años, finalmente nuestro país cuenta, desde el primero de enero de 1998, con una nueva Ley General de Sociedades. Este hecho tiene, como se podría esperar, muchísimas y muy importantes repercusiones tanto a nivel teórico, como, principalmente a nivel práctico; y es que el Derecho Societario tiene una influencia enorme, directa o indirecta, en prácticamente todos los ámbitos de nuestra profesión.

Consciente de la trascendencia de este hecho y previendo desde ya las implicancias de las significativas innovaciones de esta nueva norma, **THĒMIS-Revista de Derecho** y la Pontificia Universidad Católica del Perú organizaron un Curso de Actualización en Derecho Mercantil y Tributario, que tuvo lugar los días 30 de enero, y 1, 3, 6 y 8 de abril, en el auditorio de nuestra Facultad de Derecho. Este evento se desarrolló sobre la base de charlas magistrales por parte de 5 renombrados expositores, como son los doctores Enrique Normand, Julio Salas, Jorge Muñiz, Luis Hernández Berenguel y Humberto Medrano; luego se dió paso a sesiones de resolución de preguntas y casos prácticos, lo cual le otorgó dinamismo al evento permitiéndole cumplir con su objetivo principal: informar y transmitir claramente las diferentes áreas de innovación –y permanencia- que la nueva Ley General de Sociedades le ha otorgado al Derecho Societario.

CHARLA MAGISTRAL DEL DOCTOR RODRIGO URÍA M.

El día 22 de abril se llevó a cabo en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, una charla magistral a cargo del distinguido jurista español Rodrigo Uría, la cual fue organizada por **THĒMIS – Revista de Derecho**. El evento, que contó con la presencia de importantes figuras del Derecho, y otras carreras afines, se inició con una presentación a cargo del doctor Fernando de Trazegnies Granda, para luego dar lugar a la Conferencia Magistral del doctor Uría, cuyo tema fue la Reforma de la Legislación Societaria en España, los cambios frente a su legislación anterior, y sobre todo, las semejanzas y diferencias entre el sistema societario español y el nuestro, tanto el anterior como el vigente. Todo ello, además de su natural importancia, tuvo, además, una trascendencia mayor, al darse en el contexto de esta etapa de adaptación a los nuevos parámetros, a las nuevas figuras – y la pérdida de algunas tradiciones- que trajo consigo la Nueva Ley General de Sociedades, sobre todo tomando en cuenta la gran influencia que el Derecho español en general, y el Societario en particular, ha tenido, y sigue teniendo, en nuestra legislación.

SEMINARIO INTERNACIONAL "GLOBALIZACIÓN Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA"

Actualmente las economías del mundo están viviendo un proceso de grandes transformaciones debido a los nuevos retos que impone la globalización. Esto exige que las empresas logren dominar nuevas habilidades para adecuarse a los cambios en la tecnología de producción, en las tecnologías de información y en los requerimientos y necesidades de los consumidores de todo el mundo. El reto que plantea la globalización es el de ser competitivos no solo localmente, sino también internacionalmente, pues todas las empresas del orbe que produzcan bienes o servicios similares estarán en pugna por las mejores oportunidades del mercado global. En este contexto, la libre competencia en los mercados y las políticas de libre competencia cobran relevancia particular, pues ellas determinan el escenario más proclive para que las empresas logren los estándares de competitividad que se necesitan en este nuevo orden de cosas.

Con el propósito de contribuir al desarrollo de una visión integral de las políticas de competencia, la

regulación publicitaria, la competencia desleal y la protección al consumidor, a través de un análisis comparativo de experiencias locales, regionales e internacionales y como parte de las actividades programadas por su V aniversario el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), con el apoyo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), organizó el Seminario titulado "Globalización y Políticas de Competencia", llevado a cabo entre los días 25 y 29 de mayo de 1998 en el Hotel "Los Delfines".

Ambas entidades lograron comprometer la presencia de destacados expositores, entre los que figuran José Luis Guasch, asesor económico del Departamento Técnico para Latinoamérica y el Caribe del Banco Mundial (EE.UU.); Amadeo Petitbo, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de España; Claudia Lima Másquez, directora de la Secretaría General del Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor; Mark Silbergeld, Codirector de la Oficina de Washington de la Unión de Consumidores de EE.UU.; Beatriz Boza, presidenta del INCOPI; Alfredo Bullard, presidente del Tribunal del INCOPI; entre otros.

LA ESTRUCTURA DE LA OBLIGACIÓN

Tesis sustentada por el Doctor Freddy Escobar Rozas para optar el título de Abogado, ante el jurado conformado por los doctores Hugo Forno Flórez, Mario Castillo Freyre y Juan Rivadeneyra Sánchez, con mención de Muy Bien.

El instituto de la Obligación es seguramente –junto con el contrato, la propiedad y la responsabilidad civil– uno de los instrumentos a partir de los cuales se organiza todo el sistema del Derecho privado. Más aún, es evidente que en la actualidad otras áreas del Derecho como la tributaria y la administrativa (para mencionar sólo dos de ellas) han tomado prestado el fenómeno obligatorio para poder estructurar su propio ordenamiento. No puede parecer extraño, por tanto, que la preocupación acerca de la forma de ser y la manera de actuar de la obligación haya sido materia de singulares planteamientos e intensos debates, al punto que puede afirmarse que la evolución de la obligación ha sido una manifestación emblemática de la evolución del pensamiento jurídico.

Lamentablemente, no existe en nuestro país literatura que se haya preocupado por dar cuenta del interesante itinerario experimentado por la evolución de la obligación, y que a la vez haya tenido aportes relevantes en la evolución del concepto. Este vacío viene a ser colmado por el trabajo emprendido por Freddy Escobar, quien se ha empeñado en realizar un investigación histórico-evolutiva muy concienzuda, sirviéndose para ello de un abundante material bibliográfico que en muchos casos le ha entregado los planteamientos de la doctrina directamente de su

autor, evitando así, cuando ello ha sido posible, el recurso a intermediarios o a traductores que no pocas veces transmiten infielmente el pensamiento ajeno.

Por otro lado, creo que el autor de esta magnífica tesis ha tenido la virtud de darse cuenta de que la obligación es parte armónica de una maquinaria compleja que constituye el Derecho privado, y de que, por lo tanto, su estudio y análisis no pueden estar al margen de aquellos aspectos más generales sobre la base de los cuales está conformado. El autor no ha caído en el error de perspectiva de tantos autores de observar los institutos jurídicos como compartimientos estancos, desconectados de aquellos conceptos más generales de los que finalmente se nutren.

Todo este trabajo se ha desarrollado teniendo como escenario el dato normativo, a partir de las propias concepciones inmanentes a nuestro ordenamiento jurídico en general y a nuestro Código Civil en particular, de manera tal que se observa en todo momento un coitejo de las ideas y los planteamientos del autor, con los enfoques proporcionados por la ley vigente.

En su travesía hacia la definición de la estructura de la obligación, Freddy Escobar se plantea la problemática de la esencia del derecho subjetivo, y después de comentar las teorías negadoras y de esbozar sus apreciaciones críticas, así como aquellas que le merecen las distintas teorías que explican el derecho subjetivo, nos indica que éste se configura como una facultad de obrar (*facultas agendi*) para obtener la realización de un interés propio. Conviene destacar, que el autor hace un análisis impecable acerca de la distinción entre derechos subjetivos absolutos y relativos y demuestra con particular perspicacia la falsedad de la misma.

Este punto de partida no es im-pertinente si se considera que el derecho de crédito es un típico derecho subjetivo y por lo tanto debe existir una relación armónica entre estos dos conceptos.

A continuación, el autor se preocupa del análisis del deber jurídico en tanto que la situación de deuda es un típico deber, y concluye explicando que el deber jurídico se configura como una necesidad de obrar (*necitas agendi*) para la realización de un interés ajeno.

Posteriormente, en atención a que la obligación se configura ciertamente como una relación jurídica, aborda la problemática de ésta estudiando las distintas teorías que la han explicado, para concluir que se trata de la correlación o coordinación entre dos situaciones jurídicas subjetivas, de ventaja la una, de desventaja la otra.

Es indispensable entonces afrontar también el estudio de la situación jurídica subjetiva, proponiendo una sistematización lógico racional de los distintos tipos de situación jurídica, habida cuenta de que la relación obligatoria se estructura sobre la base de la correlación de dos de estos fenómenos. Entonces, el autor enseña cómo es que existen situaciones jurídicas de ventaja, cuáles son aquellas que pueden considerarse típicas y cuáles de éstas son activas y cuáles inactivas. A su turno hace lo propio respecto de las situaciones jurídicas subjetivas de desventaja. Aún cuando no se trata del principal propósito del trabajo, demuestra el autor cómo es que la posibilidad de enajenar no constituye una facultad del derecho subjetivo de propiedad sino que se configura como un poder externo a este derecho y que obra sobre él así como sobre otros tipos de situaciones jurídicas de ventaja. Adicionalmente, confirma aquella tesis según la cual los mecanismos de tutela son exter-

nos al derecho y se presentan como situaciones jurídicas de ventaja que surgen en los casos en que se produce la lesión de un interés jurídicamente relevante. Este planteamiento volverá a ser retomado al momento del análisis de la relación obligatoria en particular.

Premunido de los instrumentos generales hasta ahora detallados, el autor se encuentra en aptitud de enfrentar el estudio de la estructura de la relación obligatoria, de modo que le es fácil no sólo pasar revista a los distintos enfoques que ha recibido este instituto desde el punto de vista de la teoría personalista y los más numerosos aún que se han ensayado desde el punto de vista llamado patrimonialista (teorías patrimonialistas); así, la teoría realista, la teoría de la carga, la teoría del débito y la responsabilidad y la teoría del bien debido son expuestas y enjuiciadas críticamente con particularidad perspicacia. Tampoco han escapado de la investigación de Freddy Escobar la teoría de la tolerancia, la teoría neosubjetiva y la teoría de la integración.

Entonces, el autor presenta su propia perspectiva de la estructura de la obligación como una relación jurídica de estructura simple en donde el contenido patrimonial viene impuesto como una consideración de política legislativa y cuyo contenido está dado por la situación de crédito con particulares características, como también la situación de débito con las suyas, explicando el fenómeno fisiológico y también el patológico de la relación obligatoria y cómo es que, en este último caso, es fuente de nuevas situaciones jurídicas consideradas como mecanismos de tutela.

El trabajo que se ha reseñado de manera ciertamente lacónica es fruto de un largo y serio estudio que el autor ha realizado sobre la base de un compromiso que asu-

mió consigo mismo y cuyo objetivo era la búsqueda de la excelencia. Con ese norte fielmente seguido Freddy Escobar ha logrado un libro sumamente valioso y debería constituir una fuente de consulta indispensable para quien quiera adentrarse seriamente en el estudio de este instituto. Un enjuiciamiento sereno y ponderado de esta tesis la calificaría de modo inexorable como sobresaliente, aunque inexplicablemente sólo haya recibido formalmente la mención de muy buena.

Hugo Forno

LA NULIDAD DEL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Tesis sustentada por el señor Elmer Arce Ortiz para optar el título de Abogado, ante el jurado conformado por los doctores Mario Pasco Cosmópolis, Javier Neves Mujica y Carlos Blancas, con mención muy bien.

Nuestra legislación ha exhibido en materia de estabilidad laboral, desde 1991 en adelante, la tendencia creciente a sustituir el régimen de estabilidad absoluta, en el que se reconoce al trabajador injustificadamente despedido el derecho a su reposición en el empleo, por la estabilidad relativa, en el que el afectado sólo tiene derecho al pago de una indemnización. Sin embargo, se reservó un campo en el que esa sustitución de mecanismos reparatorios no operó: el despido nulo. En este caso, cuando no sólo hubiera ausencia de fundamento para la extinción del vínculo laboral, sino que ésta derivara además de la vulneración de determinados valores constitucionalmente relevantes, el trabajador tendría derecho a ser readmitido en su puesto.

Lamentablemente, ese campo de excepción fue concebido de mane-

ra estrecha y cerrada: sólo ante la violación de determinados derechos, sustantivos -referidos a ciertos motivos discriminatorios- o instrumentales -algunos aspectos de la tutela jurisdiccional efectiva-, y con severas limitaciones probatorias. De allí deriva que, en estos años, la utilización de la nulidad del despido por nuestra jurisprudencia, por demás reticente a lecturas progresivas de los textos, haya sido realmente pobre.

En este contexto, Elmer Arce emprendió la investigación que ha culminado en esta tesis. En una primera etapa, el autor ha revisado los mejores materiales doctrinarios y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros, sobre la materia. Un análisis cuidadoso de toda esa información, le ha permitido luego detectar los principales problemas, así como organizar adecuadamente sus planteamientos sobre la cuestión. Por último, ha redactado su trabajo con la mayor precisión. Éste es el itinerario de una brillante tesis, como la que nos ofrece el autor.

La tesis contiene primero un recuento de la evolución de nuestra legislación en lo que respecta a la regulación del despido. Los vaivenes de un subibaja de protección, que se detuvo por ahora muy cerca del suelo. Después, se presenta con rigor cada uno de los conceptos centrales referidos al despido lesivo de derechos constitucionales. Se detiene en la delicada cuestión de la tensión surgida entre la libertad de empresa, de un lado, y los derechos fundamentales de la persona -y, por tanto, también del trabajador- cuando se ejercen en el marco de una relación laboral. La preocupación en este punto es hallar el equilibrio entre uno y otro valor constitucionalmente tutelado, a través de la doctrina del balanceo. Asimismo, se ocupa del despido como acto lesivo de derechos constitucionales, indagando sobre el

momento en que puede operar la lesión (en la motivación o en la realización del despido), la tutela restitutoria apropiada (que no puede ser otra que la reposición del trabajador en el empleo) y la atenuación de la carga de la prueba, para favorecer a la víctima de la lesión.

Luego, Elmer Arce entra a la crítica de la regulación del despido nulo por nuestro ordenamiento, tanto en el plano sustantivo como en el procesal. En este caso, no ha escapado al juicio del autor ningún aspecto importante del tema. En mi concepto, hay dos asuntos aquí de especial relevancia, derivados de lo que Elmer Arce denomina la adopción de la opción restringida por nuestro ordenamiento: la limitación de la protección a sólo ciertos derechos y la focalización en el despido individual.

En el primer caso, quedan fuera de la tutela todos los derechos constitucionales no mencionados expresamente en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por ejemplo, los motivos de discriminación que no integran la lista regulada, como la edad, u otros atentados contra la tutela jurisdiccional efectiva, distintos a la represalia por la presentación de una queja por el trabajador, como las deficiencias de forma en el despido que revistan gravedad. En el segundo caso, se excluye una forma de extinción que al margen de que el ordenamiento la califique o no de despido, puede ser portadora de conductas del empleador lesivas de derechos constitucionales: el despido por causas objetivas. Aquí puede haber una transgresión, por ejemplo, al determinar la nómina de trabajadores comprendidos en una reducción de personal.

El dilema que se plantea frente a estas omisiones es el de si podría extenderse la cobertura de la tu-

tela por vía de interpretación jurisdiccional o si haría falta una reforma normativa. De descartarse lo primero y en tanto sucede lo último, habría dos cauces para accionar: la nulidad del despido, cuando estemos en los estrechos supuestos de la norma, o el amparo, cuando la vulneración recaiga sobre otros derechos constitucionales. En este caso, los magistrados no podrían excluir la vía extraordinaria de protección, ya que la ordinaria no comprende esos derechos. La reparación sería, en ambos casos, la readmisión del trabajador en su empleo.

Afortunadamente, el conjunto de problemas descritos ya cuentan en nuestro medio con un excelente estudio, que será de consulta imprescindible para cualquiera que se ocupe de esta materia. Si la recomendación unánime del jurado en el sentido de que la tesis se publique llega a materializarse, este destacado aporte a la doctrina peruana podrá llegar a los operadores jurídicos.

Permítaseme, por último, expresar mi satisfacción por el hecho de que esta tesis sobresaliente se haya producido en un área seriamente afectada por una reforma legislativa, que tras la máscara de flexibilización ampara el descontrolado ejercicio del poder patronal, y que sus planteamientos vayan en el sentido de garantizar la vigencia efectiva de los bienes constitucionalmente proclamados y, por tanto, de limitar razonablemente ese poder; así como que su autor sea ya uno de los más jóvenes y promisorios docentes del Departamento Académico de Derecho de nuestra Universidad, de cuya tremenda integridad personal y habilidad académica me he beneficiado antes, cuando fue asistente de mi curso, y ahora, como interlocutor privilegiado de sus reflexiones.

Javier Neves Mujica

EL FIDEICOMISO COMO RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL

Tesis sustentada por el Señor Juan Antonio Castro Molina para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante el jurado conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, Carlos Cárdenas y Luis Pizarro, con mención sobresaliente.

Me cupo la satisfacción de ser profesor informante y miembro del jurado que evaluó la sustentación de la tesis que para optar el título de abogado sustentó en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad el señor Juan Antonio Castro Molina, acto en el que fue aprobado por unanimidad con el calificativo de sobresaliente. Dicha tesis se denominó *"El Fideicomiso como relación jurídica patrimonial"*.

No sin antes agradecer a THĒMIS - Revista de Derecho, por la deferencia que me hace al encargarme estas palabras, en primer término, deseo resaltar el hecho –de por sí valioso– de que un exalumno opte el título de abogado a través de la elaboración y sustentación de una tesis, situación que ya constituye un valioso elemento distintivo, por el enorme esfuerzo y tiempo que quien emprende una labor así debe destinar para lograr sus objetivos.

Adicionalmente, pienso que la tesis, a diferencia de los expe-

dientes, brinda al graduado la oportunidad de dejar un aporte significativo a su Universidad, el mismo que implica una alta dedicación.

Pero el caso de la tesis del señor Juan Antonio Castro Molina es uno de aquellos en los cuales un profesor siente especial satisfacción al leer un trabajo tan notable respecto al tema escogido; y al integrar el jurado pude apreciar lo bien que el referido exalumno había preparado el respectivo estudio y su impecable sustentación oral y debate con los miembros de dicho jurado.

El señor Castro Molina hace un exhaustivo análisis del tema del fideicomiso, ofreciendo su trabajo características singulares.

Es de resaltar el estudio que efectúa en el Capítulo Primero de su tesis acerca de los antecedentes históricos del contrato, en los derechos en que tuvo nacimiento esta figura. Así, analiza sus antecedentes en Roma y en Inglaterra.

Dentro del Capítulo Segundo, relativo a la naturaleza jurídica del fideicomiso, resultan de sumo interés las diferencias y similitudes del fideicomiso con otras figuras, ya que ante la relativa novedad de este contrato en el Perú, me atrevería a decir que en nuestro modelo reina confusión y sobre todo ignorancia al respecto.

En el Capítulo Tercero de la tesis, el señor Castro Molina estudia

los elementos del contrato de fideicomiso, en general y respecto a la legislación peruana en particular.

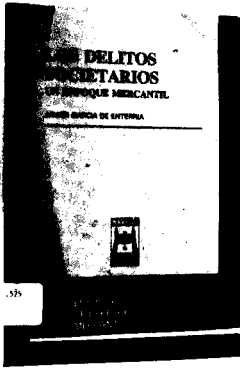
Es ilustrativo el tema del Capítulo Cuarto, cuando analiza el fideicomiso en las legislaciones de otros países tales como Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Venezuela, Colombia y México –pues sobre todo en estas dos últimas naciones se ha escrito y debatido mucho al respecto.

Uno de los temas que distinguen a la tesis del señor Castro Molina es el tratamiento de los aspectos tributarios del fideicomiso en el Perú, sobre todo al vincular el tema con las experiencias mexicana y colombiana (Capítulo Cuarto) y las pautas para modificar la legislación peruana en materia de fideicomiso, en lo que respecta al ordenamiento tributario (Capítulo Octavo).

Adquiere similar importancia el esfuerzo desplegado por el señor Castro al establecer ideas destinadas a modificar la legislación peruana en materia de fideicomiso.

Por todo ello, estimo que el esfuerzo del señor Juan Antonio Castro Molina tuvo un merecido resultado al obtener el calificativo a que hice referencia al comenzar con esta breve reseña de su tesis de abogado.

Mario Castillo Freyre



GARCÍA DE ENTERRÍA,
JAVIER

**"DELITOS SOCIETARIOS.
UN ENFOQUE MERCANTIL"**

Madrid. CIVITAS, 1996. 119p.

El antiguo Código Penal español consignaba los tradicionales delitos contra la propiedad; estos tipos penales proceden, en su mayoría, del Derecho Romano y, por lo tanto, de una concepción económica rudimentaria, ligada a las relaciones de intercambio entre individuos. Así, estos tipos legales resultan insuficientes, incapaces de dar un tratamiento jurídico adecuado a las modernas técnicas y complejas formas delictivas que pueden observarse al interior de las sociedades modernas: vehículos del desarrollo económico actual. Anota además el autor que "la propia trascendencia social de muchas sociedades, (...) justifica también la atribución de relevancia penal a supuestos especialmente graves de administración desleal y de conductas abusivas que pueden comportar (...) una profunda pérdida de confianza en el funcionamiento íntegro del sistema económico y mercantil...".

Sin embargo, nos dice que sólo se justifica la intervención del Derecho Penal en supuestos de especial trascendencia social que, además, no puedan ser reprimidos mediante otros mecanismos menos gravosos. El Derecho Pe-

nal debe ser la *última ratio*, señala. Estas normas penales, prosigue, deben ser precisas y específicas de modo que no pasen a formar parte del juego de intereses que caracteriza el funcionamiento del natural tráfico económico; de lo contrario se corre el riesgo de crear distorsiones intolerables, graves al interior de la regulación de la vida societaria. Estas normas deben sujetarse a la coherencia del marco regulatorio privado dispuesto para las sociedades mercantiles. En opinión del autor estas consideraciones no han guiado lo dispuesto por el reciente Código español, produciéndose entre uno y otro ordenamiento (Penal y Societario) discrepancias valorativas y problemas de enlace, de coherencia entre unas y otras disposiciones legales; de coherencia y unidad en el "conjunto de normas jurídicas aplicables a las sociedades mercantiles".

Los sujetos comprendidos en el ámbito de esta legislación son los socios en dos casos y los administradores en las restantes cuatro normas: los entes involucrados son cualquier entidad que opera en el mercado y que pueda amparar estas figuras, esté constituida o en vías de constitución. Continúa en la obra la exposición y análisis de las seis figuras delictivas. Las figuras son el "falseamiento de la información social", que tutela el derecho de información de socios y terceros interesados en la vida social, que en la práctica representa la toma de decisiones equivocadas que favorecen al beneficiario del falseamiento y perjudican económicamente al destinatario de este falseamiento (sociedad, algún socio o terceros); la "adopción de acuerdos abusivos por parte del socio mayoritario", figura que, anota el autor, puede producir graves disfunciones en el desarrollo de las relaciones entre so-

cios al convertirse en un instrumento de presión entre grupos sociales; la "adopción de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias"; la "lesión de derechos de los socios" por parte de los administradores; la "obstaculización de funciones supervisoras e inspectoras"; la "administración fraudulenta del patrimonio social" y efectuada en perjuicio de los socios y que beneficia a algún tercero coludido con el administrador que participa de estos actos fraudulentos.

Concluye García de Enterría este análisis de la nueva legislación penal aplicable al Derecho Mercantil consignando su disconformidad con algunos aspectos de la misma, entre los que destaca el que algunas de estas normas contrastan con mecanismos mercantiles y administrativos plenamente consagrados e idóneos para abordar las materias a que estaban asignados. Estos contrastes producen incoherencia y falta de unidad, factor que fuera ya advertido en un principio, en el ordenamiento jurídico de las sociedades; lo que entorpece algunos aspectos de su desarrollo en vez de protegerlo, como debe tener por finalidad el Derecho Penal.

ELVIRA MÉNDEZ CHANG

**ATRIBUCIONES DEL
PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA EN LAS
CONSTITUCIONES DEL
PERÚ DE 1979 Y 1993 EN
RELACIÓN A LA
CELEBRACIÓN DE
TRATADOS EN FORMA
SIMPLIFICADA**

Biblioteca de Derecho del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. (En preparación).

La obra nos presenta, en tres capítulos, un estudio analítico y

comparativo sobre la atribución del Presidente de la República en cuanto a la celebración de los tratados en forma simplificada y el control parlamentario respectivo en el Perú. Esta atribución, regulada por el artículo 104 de la Constitución Política de 1979 y, ahora, por el artículo 57 de la Constitución vigente, generó una serie de tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, observándose en el período que va de 1979 a 1996 un esfuerzo por controlar las atribuciones del Presidente de la República en esta materia.

Partiendo de los conceptos básicos sobre el Derecho de los Tratados, se procede al análisis de los tratados en forma simplificada en la doctrina y práctica internacional. Éstos son los que se ratifican por el Presidente de la República, sin que medie la aprobación previa del Congreso.

En cuanto a la legislación y práctica nacional, la Constitución Política del Perú de 1979 presentó algunas imprecisiones que generaron tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo en este tema. En primer lugar, se presenta el problema terminológico surgido por el empleo de las voces "tratado" y "convenio" en el articulado de nuestra Carta Magna, con implicancias para determinar el proceso de celebración de los tratados. En segundo lugar, el tema de las materias de exclusiva competencia del Presidente de la República resulta impreciso pues, en razón a la materia, se establece genéricamente la facultad del Presidente de celebrarlos sin aprobación del Congreso (artículo 104). En la práctica, hubo algunas discrepancias sobre la interpretación de cuáles eran dichas materias; así mismo, ante la ausencia de normas que aclararan lo relativo a la obligación de dar cuenta al Congreso por parte del Poder Ejecutivo, se llegó a discutir so-

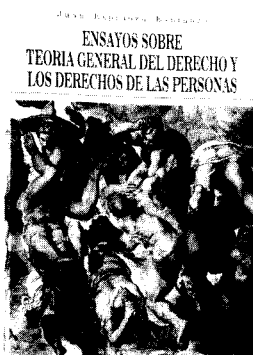
bre sus alcances, limitándose a un mero "informar". Un ejemplo del exceso de esta "discrecionalidad" y la falta de control sobre los tratados simplificados por el Ejecutivo, fue el Protocolo del Convenio Pesquero entre Perú y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para la colaboración en un proyecto de desarrollo pesquero (1988), el cual fue aprobado previamente por el Congreso e invadió materia reservada a la ley (materia tributaria, por ejemplo), y no pudo ser objeto de un control político efectivo.

La entrada en vigor de la Ley 25397 (Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente del 31 de enero de 1992) marcó una nueva etapa en las relaciones ejecutivo-legislativo. Se dio la denominación de "convenios internacionales ejecutivos" a los tratados simplificados, se señalaron algunos supuestos de aplicación del control parlamentario en cuanto a la atribución de celebrar tratados simplificados por el Presidente de la República (una "lista positiva" tentativa), la ubicación de estos tratados como Decretos Supremos en nuestro sistema de fuentes del Derecho y la regulación del procedimiento de dar cuenta al Congreso. Sin embargo, en este nuevo marco, las tensiones y problemas se mantuvieron.

La Constitución Política del Perú de 1993 asume, con buen criterio, al "tratado" como término genérico. En cuanto al proceso de celebración de los tratados en forma simplificada, éste no varía substancialmente. En cuanto a las materias de competencia del Presidente de la República, se adopta el sistema de la lista positiva en el artículo 56, lo cual da una mayor claridad sobre qué tratados requieren la aprobación previa del Congreso. En relación al Control Parlamentario, vigen-

te la Ley 25397 en lo que no contradiga la Constitución de 1993 y a la Ley 26647, se aclaran y perfeccionan los mecanismos de articulación y control entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Se mantiene la obligación de dar cuenta al Congreso con un procedimiento y forma precisas, lo cual permite un control parlamentario eficaz. Finalmente, se establece el control de la constitucionalidad de los convenios internacionales ejecutivos a través de la acción de inconstitucionalidad.

En general, este estudio resulta interesante por analizar la legislación nacional aplicable y las implicancias en el Derecho Internacional en materia de tratados simplificados, teniendo en cuenta tanto la variable jurídica como el análisis del control parlamentario.



JUAN ESPINOZA ESPINOZA

ENSAYOS SOBRE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS. ESTUDIOS COMPARATIVOS DE CIRCULACIÓN DE MODELOS JURÍDICOS

Lima: Editorial Huallaga, 1996. 256 p.

Fruto de sus años de investigación en Europa, el doctor Espinoza presenta el libro "Ensayos sobre Teoría General del Derecho de las Personas". Precedidos de un elogioso prólogo del

jurista Francesco Donato Busnelli, estos ensayos, con el prestigio que les confiere haber sido publicados previamente en importantes revistas italianas, combinan el exhaustivo análisis técnico con una apasionada defensa del ser humano y su ontología.

Cabe destacar, desde ya, su riguroso estudio comparativo -que abarca la legislación y jurisprudencia de la Europa Continental, del Derecho anglosajón y del Derecho latinoamericano- así como la exposición y análisis de las más actuales y autorizadas voces de la doctrina italiana.

Bajo este substrato, el autor inicia su trabajo con una abierta crítica al sistema de fuentes considerado en el Código Civil y el Código Procesal Civil, propugnando revalorizar el papel de la jurisprudencia y la costumbre en la creación y transformación del Derecho.

El ensayo dedicado al abuso del derecho nos muestra la evolución de este concepto en la jurisprudencia y en la doctrina, así como la manera en la que éste ha quedado subsumido paulatinamente dentro de los criterios de la eficacia y de la responsabilidad civil. Exposición sumamente gráfica de cómo las instituciones jurídicas responden a contextos determinados; sin embargo, una vez modificados éstos, es necesario también un consecuente redimensionamiento de aquéllas.

En ese sentido, el autor justifica el nacimiento de la figura del abuso del derecho como respuesta a la rigidez del principio de la tipicidad de los derechos imperante en ese entonces. Una vez superado el principio de la tipicidad por una concepción del derecho subjetivo integradora no sólo de atribuciones sino tam-

bién de limitaciones inmanentes a su estructura, entre las que destacan principios como la buena fe y la corrección, la teoría del abuso del derecho como figura autónoma pierde utilidad operativa, convirtiéndose en un "refuerzo retórico o una tentativa de clasificación redundante".

Dentro de la consistente muestra de la jurisprudencia en esta materia destacan dos sentencias emitidas por tribunales peruanos que nos presentan -contra lo que usualmente se pueda pensar- a un juez peruano menos formalista y que también ha ido superando la concepción tradicional del derecho subjetivo por una actitud más sensible a impedir el injusto ejercicio de los derechos.

Con un ánimo más expositivo que crítico se abarca el problema del abuso de la personalidad jurídica, tema que, no obstante su considerable desarrollo en el Derecho comparado, no cuenta en el país con el aporte jurisprudencial y aún no ha sido tratado en forma minuciosa por la doctrina.

El capítulo IV - "El *status* jurídico del concebido" - es una elocuente defensa del derecho a la vida del embrión, acompañada de una búsqueda seria de alternativas para los casos de maternidad -y paternidad- no deseada. El calor humano con que el autor aborda el tema no se desdice en modo alguno con la lucidez de su tratamiento, que se percibe desde el inicio del capítulo, cuando propone como punto de partida dar mayor atención a la determinación sobre cuándo surge la vida humana según los datos que proporcionan la medicina y la biología, y no a los interminables debates de juristas y filósofos.

La madurez como jurista del autor se comprueba en su defensa

abierta en favor del concebido – que contradice la tendencia casi unánime de la doctrina italiana y en su denuncia de “una legislación que es contradictoria y una jurisprudencia que es titubeante” en Italia.

Si bien el acertado punto de partida del artículo le permite arribar a conclusiones preliminares con bastante objetividad, al llegar al problema de la colisión entre la protección a la madre – la denominada esfera de la *privacy* – y la de los derechos del concebido, el autor elige la última de las alternativas sobre la base de criterios evidentemente valorativos –entre los que destaca la solidaridad–, lo cual es inevitable al presentarse dicha disyuntiva.

Culmina el autor esforzándose por proponer alternativas serias “que respeten la decisión de la mujer de no asumir la responsabilidad de criar un hijo sin sacrificar el incontrastable derecho a la vida del concebido”, tema que no ha sido abordado de manera adecuada por los juristas, quizás por su menor “trascendencia” en el plano filosófico, pero que es de vital importancia en la vida cotidiana.

En el capítulo V se destaca nítidamente, junto a su invocación en torno a la salvaguarda del cadáver en tanto protección “ultraexistencial del sujeto de derecho”, una polémica propuesta: la tutela por parte del ordenamiento jurídico al cambio de sexo del transexual, en tanto reconocimiento de la preeminencia del sexo psíquico sobre el físico.

El conflicto de intereses entre el “futuro” difunto, sus familiares y el Estado en relación al trasplante es absuelto por el autor a favor del primero, por considerar que la muerte del sujeto no es una suerte de desaparición instantánea en el mundo de las rela-

ciones jurídicas. La defensa del ser humano y su esfera de actuación también es preferida cuando se trata el tema de la esterilización, donde concluye que “el hecho de someterse (o no) a la esterilización – a la que distingue acertadamente de los métodos anticonceptivos – es una decisión existencial que involucra al ser humano, sea individualmente considerado, sea en su condición de cónyuge o conviviente”.

La tutela de la individualidad del ser humano y su realización del proyecto vital de existencia lo lleva, como se anticipó, a propugnar el reconocimiento del derecho del transexual al cambio de sexo. Esta propuesta, que en el Perú contara entre sus primeros propulsores a un jurista de la talla de Fernández Sessarego, es mostrada bajo los distintos argumentos elaborados en la jurisprudencia extranjera –tales como la diferencia género y sexo, la existencia del denominado sexo psíquico y el recurso de la ficción jurídica. Aunque apasionante, el ensayo no llega a producir la misma convicción que el artículo sobre “El *status* jurídico del concebido” debido a la dificultad que siempre se presenta al delinear científicamente un concepto como el denominado “sexo psicológico”; noción de por sí ambigua y que en algunos casos se ha dado por presupuesta al exigirse al Estado la carga de desvirtuar su importancia, tal como se comprueba en el dictamen de la Comisión Europea de los Derechos Humanos en el caso Rees contra el Reino Unido, que forma parte de la nutrida bibliografía del ensayo.

No obstante, el autor sostiene una tendencia cada vez más aceptada, a la que incluso países conservadores como España comienzan a adherirse, y que lleva a pensar en un inevitable giro en el Derecho peruano en los próxi-

mos años: al margen de la consistencia o no de los conceptos esbozados por la jurisprudencia, el Derecho, como el autor constantemente ha recalcado, se nutre de la sociedad y responde a los valores que ella asume, más que a la nitidez de las definiciones científicas o filosóficas.

De particular interés y actualidad es el ensayo sobre la capacidad jurídica, en el que el autor propugna descartar aquella concepción prohibitiva de los derechos de los sujetos débiles, y reemplazarla por una tutela realmente respetuosa de los disminuidos. La propuesta del autor, que se encuentra entre las más novedosas y serias que se han dado en la materia, parte del cuestionamiento de la distinción entre los términos capacidad jurídica y capacidad de obrar y concluye con su adhesión al esbozo de la propuesta de ley de Cendón, en el sentido de acudir al recurso de las cláusulas generales; ya que, según el autor, “las necesidades existenciales de los sujetos no se pueden tipificar en reglas fijas”.

Tras demostrar su postura a favor de una tutela respetuosa de los sujetos débiles, el autor realiza un análisis crítico del tratamiento de la materia por el Código Civil peruano, en el que, deduce, pareciera que la regla general es la incapacidad de los sujetos débiles y la excepción su capacidad.

El tema de la cuantificación del daño subjetivo es el eje de atención del capítulo VI donde, bajo la perspectiva del moderno “Derecho de Daños”, el autor realiza una exposición de los métodos genovés y pisano, concluyendo en su conveniencia como punto de partida a efectos de la determinación del *quantum* del daño subjetivo en nuestro ordenamiento. Se busca superar de esta

manera aquella tradicional determinación judicial de resarcimiento del daño que el autor califica, siguiendo a Alpa, como "una suerte de lotería forense", por una valorización más objetiva y predecible.

La necesidad de fusionar dos instituciones que se regulan de manera distinta –la fundación y el comité- pero que en opinión del autor son substancialmente similares, es el tema central del último ensayo, en el que se percibe el importante influjo de la tesis de las "tipologías abiertas" de la moderna doctrina italiana. Así pues, el autor advierte la evolución histórica de ambas instituciones, y cómo es que esta evolución aún no ha sido percibida por el legislador, manteniéndose en nuestro ordenamiento un tratamiento disímil que contradice la naturaleza actual de la

fundación y el comité: el hecho de administrar el patrimonio de terceros.

Volvemos a constatar a estas alturas cómo las instituciones jurídicas se van adaptando a los tiempos en vez de permanecer inalteradas, ya que según el propio autor "siendo el Derecho un producto cultural, sus institutos deben adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad".

Si bien autónomos en su temática, los ensayos de Juan Espinoza Espinoza se hallan entrelazados por el permanente influjo de una concepción tolerante y a la vez solidaria del Derecho. Principios –la tolerancia y la solidaridad- que muchas veces parecieran contraponerse en el Derecho, pero que el autor a lo largo de sus páginas se esfuerza admirablemente en conciliar. En uno de los

pasajes más vibrantes de su libro, cuando defiende el derecho del transexual al reconocimiento del cambio de sexo, encontramos este párrafo, que pareciera resumir la filosofía del autor: "El Derecho en tanto producto cultural, debe reflejar una sociedad abierta y tolerante a este tipo de cambios y desarrollos y dejar en el armario del anticuario conceptos que impidan la realización del proyecto vital de existencia del ser humano, el cual debe armonizarse con los intereses familiares y sociales; ésta es la vía sobre la cual debemos dirigirnos".

Los "Ensayos sobre Teoría General del Derecho y Derechos de las Personas" se constituyen, de esta manera, en un aporte significativo para un replanteamiento serio y profundo del Código Civil, en circunstancias, que dicho sea de paso, no han podido ser más propicias.

NOTARIA Rodríguez Velarde

DR. JAVIER RODRIGUEZ VELARDE
Abogado - Notario

Horario de atención:

De Lunes a Viernes: De 9.00 am a 7.00 pm
Los Sábados de: 9.00 am a 1.00 pm.

Av. Cayma, Edificio Banco de Lima, Of. 3 (segundo piso) Telefax: 255-559 AREQUIPA

ESTUDIO RUBIO, LEGUIA, NORMAND & ASOCIADOS

Av. Dos de Mayo 1321-San Isidro. Lima-Perú
Teléfono: 442-4900 Fax: (51-1) 442-3511
E-mail: abogados@erubio.com.pe

AGRADECIMIENTOS

THEMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Manuel Barrios, Beatriz Boza, Alfredo Bullard, Franklin Cáceres, Mario Castillo, Javier Castro, Isidro Delgado, Luis Diez Canseco, Juan Espinoza Espinoza, Carlos Fernández Sessarego, Enrique Ghersi, Gorki González, Patricia Harman, José Juan Haro, Baldo Kresalja, Rogelio Llerena, Martín Mejorada, Javier Neves, Manuel Noya de la Piedra, Carlos Patrón, José Antonio Payet, Patricia Paz Soldán, Manuel de la Puente y Lavalle, José Ramírez Gastón, Alonso Rey, Carlos Rodríguez - Pastor Percivale, Marcial Rubio, Eduardo Sotelo, Fernando de Trazegnies, Gladys Triveño, Joaquín Uris Lloret, Fernando Vega Sánchez, Verónica Zambrano, Juan Zegarra Russo, Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Soledad Alvarez, Gabriel Arrisueño, Ana María Asmat, Inés Baca, Verónica Baca, Ana Cristina Barrionuevo, Jorge Betancourt, Marita Caballero, Lourdes Chang, Jerónimo Chiarella, Liz Chirinos, Claudia Díaz, Patricia Gallegos, Daniela García Belaúnde, Sebastián Granda Benavides, Halvy Hartley, Familia Horna Zegarra, Fernando Lanfranco, Denisse Ledgard, Jorge Marchena, José Carlos Maya, Fernando Molina, Oscar Montezuma, Mariana Osma, Johan Otoyá, Enrica Pérez, Familia Ramírez Ráez, Carmen Rodríguez, Viana Rodríguez, Rocío Silva Santisteban, Gilda Spallarossa, Filiberto Tarazona, Carolina de Trazegnies, Cecilia Valenzuela, Carmen Velarde, María Yshimura, Gonzalo Zegarra.

Todos los interesados en colaborar con **THEMIS - Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviar sus trabajos a la casilla postal 110711 - Lima 11 (con una copia en diskette) o a nuestro correo electrónico: themis@pucp.edu.pe.

THEMIS - Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

THEMIS - Revista de Derecho agradece el apoyo de las siguientes instituciones :

ESTUDIO AGUIRRE CHUMBIMUNI ABOGADOS

ARTHUR ANDERSEN ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

ESTUDIO JORGE AVENDAÑO VALDEZ

BARRIOS, FUENTES & URQUIAGA, ABOGADOS

ESTUDIO BELLIDO, SACO-VÉRTIZ & TABOADA, ABOGADOS

ESTUDIO DE BELAUNDE & MONROY, ABOGADOS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DUANY & KRESALJA, ESTUDIO DE ABOGADOS

ESTUDIO ECHEANDÍA, MANINI Y ASOCIADOS ABOGADOS

ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA

ESTUDIO GARCÍA CALDERÓN, GHERSI & VIDAL ASOCIADOS, ABOGADOS

ESTUDIO GRAU ABOGADOS

LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL, ABOGADOS

ESTUDIO MARTÍNEZ , BERNINZON Y LAVALLE

MUÑIZ, FORSYTH, RAMÍREZ, PÉREZ-TAIMAN & LUNA-VICTORIA ABOGADOS

ESTUDIO OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

ESTUDIO ROSSELLO

ESTUDIO RUBIO, LEGUÍA, NORMAND & ASOCIADOS

ESTUDIO YORI & BUSTAMANTE ASOCIADOS

